

MECANISMOS PARA LA DEFENSA DE LA UNIDAD DE MERCADO: LA RECLAMACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS*

Iñigo Urrutia Libarona

Profesor Agregado de Derecho Administrativo

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar el procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos diseñado por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)¹, como vía alternativa (al sistema ordinario de recursos) que se ofrece a los operadores económicos para la defensa de sus derechos o intereses legítimos frente a actividades administrativas incompatibles con la libertad de establecimiento o de circulación, en la configuración que de estas libertades realiza la propia norma. Esta reclamación que, como veremos, parece configurarse más que como alternativa, como la vía preferente para actuar contra todo tipo de actividad administrativa (normativa o no normativa, incluida la inactividad y la vía de hecho) que pueda afectar al mercado, se enlaza con un nuevo recurso contencioso-administrativo especial, en el que se reconoce legitimación activa exclusivamente a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia posibilitando, asimismo, la participación de los operadores económicos en el mismo.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) supone el estadio final de la configuración evolutiva de la unidad de mercado que encontraría un punto de inflexión trascendente en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios)².

* Este trabajo se hace en el marco del proyecto de investigación DER2013-47190-C2-1-R

¹ BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2013, pp. 97953-97978.

² DO L-376/36 de 27 de diciembre de 2007. En esencia, la Directiva de Servicios supuso un cambio de paradigmas en el que las libertades de establecimiento y de prestación de servicios fueron configuradas de manera prevalente a través de la contención, limitación y revisión de los medios de intervención de los poderes públicos sobre el mercado de servicios, estableciendo un modelo general de ordenación del sector. Por todos, *vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomas (dir). *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid: Marcial Pons, 2009; RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.). *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cizur: Civitas-Thomson Reuters, 2009; NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (dir). *La termita Bolkenstein*.

La exposición de motivos de la LGUM hace referencia a su justificación, que se encontraría en el hecho de que “a pesar de las medidas adoptadas, la fragmentación subsiste en el mercado español... [lo que] dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala que ofrece operar en un mercado de mayores dimensiones, lo que desincentiva la inversión y, en definitiva, reduce la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el empleo”³. La norma pretende garantizar la unidad de mercado nacional español “evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial”⁴.

Como ha destacado la doctrina, la perspectiva de partida de la norma resulta discutible⁵. Y es que unidad de mercado no es sinónimo de mercado sin intervención. Como se sabe, el art. 139.2 CE prohíbe a todas las autoridades la adopción de medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. Lo que prohíbe la Constitución es introducir obstáculos territoriales a la libertad de circulación y establecimiento, es decir, la introducción de requisitos discriminatorios en función del territorio, en la medida que, de acuerdo con el TC, unidad de mercado "supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio a la actividad económica"⁶. Partiendo de ello se comprenderá que la LGUM trasciende de ser una exigencia de la unidad de mercado tal y como ésta ha venido configurándose por parte del TC, quien ha expresado que “nunca podrá considerarse “obstáculo” para la libre circulación de bienes en todo el territorio el efecto que se siga de la aplicación de una norma que resulta, por su objeto y contenido, de indiscutible competencia

Mercado único vs. Derechos ciudadanos, Cizur: Thomson Reuter, 2012. DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, Tomas. ¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?. En: *Revista Española de Derecho Europeo*, 2007, nº 22, p. 237 ss. y RIVERO ORTEGA, Ricardo. Reformas de Derecho Administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2009, nº 34, p. 63 ss.

³ Exposición de Motivos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, párrafos 2 y 3.

⁴ Exposición de Motivos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, párrafo 6.

⁵ Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Unidad de Mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, nº 163, pp. 11 ss. También en tono crítico MUÑOZ MACHADO, Santiago. Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, nº 163, p. 16. Véase también M. CARLÓN RUIZ, Matilde. Los mecanismos de protección de la unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, nº 165, p. 148; ALONSO MAS, María José. Los títulos competenciales. En: María José Alonso Mas (dir), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*. Madrid: La ley, 2014, pp. 231 y ss.

⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 88/1986, de 1 de julio, FJ 6. [en línea]. [Consultado el 24 de diciembre de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/651>

autonómica, llevando la argumentación contraria, más bien, a una inadmisble constricción de las potestades autonómicas en aras de un entendimiento del principio de unidad de mercado que no se compadece con la forma compleja de nuestro Estado”⁷. La consideración como “obstáculo” de toda intervención sobre el mercado supone el riesgo de convertir todo límite a la libertad de empresa⁸ en una actividad contraria a la unidad de mercado⁹.

La LGUM avanza un régimen de armonización de las condiciones o requisitos que pudieran afectar al establecimiento de prestadores a través de una doble vía, ya ensayada a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁰, identificando de manera extensiva las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, y de otro, estableciendo límites formales y materiales a los actos de intervención sobre la base de los principios de necesidad y proporcionalidad¹¹. Una segunda técnica dirigida a la armonización normativa se produciría a través de los instrumentos diseñados para impulsar cambios normativos (que afectarán principalmente a las CCAA)¹², a lo que se ha de añadir los mecanismos de protección de los operadores económicos, que es el aspecto sobre el que ahora interesa profundizar.

Como se ha adelantado, el artículo 26 de la LGUM ha introducido un nuevo procedimiento de “reclamación” con carácter alternativo a las vías ordinarias de recursos. En particular, el precepto faculta al operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la

⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 87/1987, de 2 de junio, FJ 3. [en línea]. [Consultado el 24 de diciembre de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/819>

⁸ Vid. REBOLLO PUIG, Manuel. La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la Unidad de Mercado. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, nº 163, pp. 23-33 donde argumenta que los límites a la libertad de empresa, constitucionalmente admisibles, se han visto restringidos a través de la LGUM en virtud de la concepción restrictiva de las razones imperiosas de interés general, entre las que ni siquiera están las contempladas en el art. 38 CE.

⁹ Sobre los distintos ámbitos en los que operan los art. 38 y del 139.2 CE con relación a la perspectiva territorial vid. DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomas. *Mercado Nacional único y Constitución*, Madrid: CEPC, 2008, p. 44 ss. y 84 y ss., y TORNOS MAS, Joaquín. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En: *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 2014, nº 19, p. 154.

¹⁰ Desde la perspectiva formal, a través de la Ley 17/2009 se buscaría un marco jurídico de referencia desde el que abordar la labor de depuración del ordenamiento en su conjunto, configurando esta ley horizontal como norma de cabecera o norma principal, del sector servicios. El efecto de esta ley horizontal no sería tanto la plena incorporación de la Directiva, cuanto la voluntad de dirigir y condicionar el ulterior proceso de revisión normativa.

¹¹ Capítulo IV (art. 16 a 18) de la LGUM, *cit. supra* nota 1.

¹² Capítulo III (art. 10 a 15) de la LGUM, *cit. supra* nota 1.

libertad de establecimiento o de circulación, a dirigir una “reclamación” a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en el plazo de un mes¹³. Las cuestiones que se plantean con relación a esta reclamación son varias, entre las que cabe destacar la amplitud con la que se han configurado los actos susceptibles de reclamación, la naturaleza de ésta y su relación con la vía ordinaria de recursos administrativos así como ciertos aspectos relativos al procedimiento de sustanciación de las reclamaciones. Seguidamente se analizarán esos aspectos separadamente.

2. OBJETO DE RECLAMACIÓN

Los actos objeto de reclamación ante la Secretaría para la Unidad de Mercado se caracterizan por dos notas: de un lado, la actuación administrativa habrá de resultar incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en la LGUM, produciendo una vulneración de los derechos o intereses legítimos del operador; y de otro lado, la reclamación podrá dirigirse contra disposiciones generales, actos y actuaciones administrativas, incluyendo la inactividad y la vía de hecho.

Respecto del primer factor (medidas incompatibles con las libertades de establecimiento o de circulación), su alcance ha de ponerse en relación con el artículo 18 de la propia Ley, que ha ampliado, a través de una extensa lista, las actuaciones que se considera que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación y, por tanto, son consideradas contrarias al principio de unidad de mercado. Se trata, en líneas generales, de todo requisito distinto a aquellos fijados por la autoridad de origen¹⁴, que tenga efectos sobre el acceso a la actividad económica, su ejercicio, así como también para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos¹⁵.

¹³ El plazo es diferente en el caso de las actuaciones constitutivas de vía de hecho, que la norma fija en 20 días contados desde el día que se iniciaron (art. 26.1 LGUM, *cit. supra* nota 1).

¹⁴ El anexo de la LGUM contiene la definición de “autoridad de origen” que es la “autoridad competente del lugar del territorio nacional donde el operador esté establecido legalmente para llevar a cabo una determinada actividad económica. Se entenderá que un operador está establecido legalmente en un territorio cuando en ese lugar se acceda a una actividad económica y a su ejercicio”. Por su parte se define la “autoridad de destino” como la “autoridad competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él”. La DA 10ª contiene las normas para determinar la autoridad de origen en los casos en que haya conflicto para determinar cuál es o el operador se haya establecido en más de un lugar. El anexo no contiene definición de la “autoridad del lugar de fabricación”. A este respecto, la autoridad competente sería aquella que ejerce competencia territorial sobre el lugar donde radique la fábrica de producción del bien.

¹⁵ Con relación a los requisitos para la obtención de ventajas económicas, el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia (Resolución de 14 de octubre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local

Con relación a los requisitos prohibidos, resulta de especial alcance el contemplado en la letra b del apartado 2 del art. 18 LGUM referido a la obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen. Lo que esta prohibición viene a significar es el desplazamiento y consiguiente inaplicación de la normativa propia a favor de la normativa de origen del prestador. Esta norma supone, en definitiva, la aplicación de la norma menos gravosa en detrimento de la territorialmente aplicable, y ello, además, con independencia de sus efectos sobre la libre circulación de bienes y mercancías.

Podrán ser *objeto de la reclamación*, en consecuencia, además de las actuaciones administrativas que, de acuerdo con el artículo 18 de la LGUM se entiende que limitan *per se* las libertades de circulación y establecimiento, también aquellas otras que no se produzcan dentro de los márgenes de necesidad y proporcionalidad que establece el artículo 17 de la misma, respecto de la exigencia de autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones.

Con relación al segundo factor, a saber, los actos susceptibles de reclamación, el artículo 26.1 de la LGUM dispone que, “en concreto, podrá dirigirse frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario”¹⁶. Asimismo, podrá dirigirse “frente a disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo I del Título III de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo”¹⁷. Es decir, se trataría de todo acto no normativo susceptible de ser recurrido en vía administrativa así como de los actos tanto normativos como no normativos que puedan ser objeto de recurso contencioso-administrativo de acuerdo con el artículo 25 de la LJCA, cuyo segundo párrafo incluye, como es sabido, la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. En

publicado en el BOE nº 262 de 29 de octubre de 2014) entiende que el art. 18.2.a LGUM “no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa”.

¹⁶ LGUM art. 26.1 (segundo párrafo). Nótese que en este caso el término “actuación” habrá de identificarse con actos expresos o presuntos, en la medida que, de acuerdo con lo dispuesto en el propio párrafo, aquella habrá de agotar o no la vía administrativa, lo que no resultará de aplicación en el caso de la inactividad o de la vía de hecho.

¹⁷ *Ibid.*

definitiva, el procedimiento del art. 26 LGUM podrá actuarse frente a cualquier decisión administrativa, sea estatal, autonómica o local, incluso de aquellas entidades u organismos públicos vinculados a los anteriores¹⁸; decisiones que podrán ser tanto normativas como no normativas; agoten o no la vía administrativa. Asimismo, el ámbito objetivo también abarcará la inactividad y la vía de hecho.

En síntesis, la *delimitación positiva* de esta acción resulta prácticamente omnicomprendiva de toda actividad de de cualquier Administración Pública y de sus organismos dependientes. Si estamos a su *delimitación negativa*, únicamente quedarían excluidas de su ámbito las eventuales actuaciones contrarias a la libertad de circulación realizadas por entidades de derecho privado o por operadores privados, así como las normas con rango de ley tanto del Estado como autonómicas.

3. LEGITIMACIÓN

La legitimación se prevé de forma amplia en la medida que, además del operador económico cuyos derechos o intereses legítimos hubieran sido vulnerados, también se contempla la posibilidad de que las organizaciones representativas de aquellos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales puedan acudir a este procedimiento en defensa de los intereses colectivos que representan¹⁹.

Con relación a esta cuestión se ha de añadir que, en virtud de la Disposición Adicional quinta de la propia Ley, cualquier persona física o jurídica se encuentra legitimada para interponer esta reclamación en ejercicio de la acción popular prevista en aquella. Sobre esta cuestión se tratará más adelante; baste adelantar ahora que la caracterización “pública” de la acción prevista se ha hecho extensiva a los

¹⁸ Sobre la heterogénea procedencia de las singulares actuaciones administrativas susceptibles de afectar a la unidad de mercado, *vid.* CASARES MARCOS, Ana Belén. Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de circulación: procedimiento en defensa de los derechos de los operadores económicos por las autoridades competentes. En: ALONSO MAS, M^a J. *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley, 2014, pp. 886 y ss.

¹⁹ *Vid.* 26.2 LGUM. De esa forma, se hace extensiva a este procedimiento de “reclamación” la legitimación que el artículo 19.1.b de la LJCA reconoce a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos... que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos. El reconocimiento de la legitimación a favor de las asociaciones empresariales sería incluida en los párrafos 2 y 8 del art 26 LGUM como consecuencia de una enmienda parlamentaria (Diario de Sesiones Congreso de los Diputados nº 444, de 23 de octubre de 2013, p. 10).

procedimientos administrativos, y no únicamente al procedimiento judicial (que se articulará a través de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia²⁰).

Pese a que la norma no lo exprese con claridad, no resultaría descartable la legitimación de la propia Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para interponer la reclamación previa²¹. Abonarí­a esta interpretación la facultad que el art 27 de la LGUM reconoce a la Comisión Nacional para acudir a la vía jurisdiccional, y que, en caso de tratarse de un acto que no agotara la vía administrativa, exigiría la previa presentación de la reclamación o, en su defecto, del recurso administrativo de alzada.

4. NATURALEZA DE LA RECLAMACIÓN

La LGUM califica el procedimiento de “reclamación” como un procedimiento alternativo y añade que “de no acogerse a él, el operador económico podrá interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra la disposición, acto o actuación de que se trate”²². La doctrina ha calificado a este procedimiento como una vía administrativa-arbitral de resolución de diferencias²³. Desde esa perspectiva, no nos encontraríamos propiamente ante un recurso administrativo especial, sino ante un procedimiento en el que, con participación de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado, y sobre la base del principio de cooperación entre las autoridades competentes (que actuarán en red, como luego veremos), resolverá finalmente la autoridad sustantiva autora de la actividad o, de tratarse de un acto que no agote la vía administrativa, el superior jerárquico del órgano que lo hubiera dictado²⁴.

En definitiva, el operador económico podrá optar por presentar la reclamación o bien por interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo que en su caso corresponda, de forma alternativa. A este respecto la Ley solo indica que si el operador no desea interponer la “reclamación” podrá interponer el recurso procedente.

²⁰ Vid. La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013), la configura como un organismo público, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada que actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia. Su Estatuto Orgánico sería aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013). Sobre su competencia en materia de unidad de mercado Vid. CARLÓN RUIZ, Matilde. Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como garante de la unidad de mercado. En: CARLÓN RUIZ, Matilde (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 617-653.

²¹ Vid. CARLÓN RUIZ, Matilde. Los mecanismos de protección... *cit. supra* nota 12, p. 166.

²² Artículo 26.3 LGUM, *cit. supra* nota 1.

²³ Vid. PADRÓS REIG, Carlos y MACÍAS CASTAÑO, Jose María. Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado. En: *Revista de Administración Pública*, 2014, n° 194, p. 136.

²⁴ Artículo 26.5 LGUM, *cit. supra* nota 1.

Y si, por el contrario, optara por interponer la “reclamación” contra un acto que no agote la vía administrativa, el procedimiento se tramitará en la forma prevista por el art 26 de la LGUM y “la resolución de la autoridad competente debidamente notificada pondrá fin a dicha vía”²⁵. Sobre esa base, el “reclamante” podrá optar nuevamente por continuar por la vía contencioso-administrativa específica para garantizar la unidad de mercado o, por el contrario, interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario (de acuerdo con las reglas generales de la LJCA).

Pese a que formalmente la vía de la “reclamación” se plantee de forma alternativa a la vía ordinaria (de los recursos administrativos), en la práctica ello puede ponerse en tela de juicio a la vista del párrafo 9 del art. 26 LGUM, que explicita que “cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento y circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación regulada en este artículo deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la actuación de que se trate”²⁶. Queda claro, en consecuencia, que la “reclamación” habrá de ceñirse a aspectos relativos a eventuales vulneraciones de las libertades de circulación, no pudiendo abarcar otros distintos. La cuestión que aquí se plantea es saber qué mecanismo prevé la norma para hacer efectiva esa distinción de planos. Pues bien, el propio artículo 26.9 prevé la articulación de ambos planos a través de “la reclamación” al disponer, a renglón seguido, que el plazo para interponer el recurso administrativo o jurisdiccional que proceda frente a la actuación administrativa “se iniciará cuando se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente”²⁷.

Es decir, una reclamación basada en motivos distintos a la vulneración de las libertades de circulación y establecimiento no hace fenecer los plazos ordinarios para atacar la actuación administrativa de que se trate. La inadmisión o desestimación de la “reclamación” reabre los plazos para interponer los recursos administrativos o contencioso-administrativos procedentes. Con ello la LGUM convierte a la “reclamación” en vía preferente a la ordinaria de los recursos en la medida que, pese a no basarse en una vulneración de las libertades atacables mediante este procedimiento específico, la posibilidad de interponer los legalmente procedentes no se cerrará. Siendo así, cabe intuir que, en la práctica, el carácter alternativo de la “reclamación” no lo será

²⁵ Artículo 26.7 (*in fine*) LGUM *cit. supra* nota 1.

²⁶ Artículo 26.9 LGUM *cit. supra* nota 1.

²⁷ *Ibid.*

tal, pudiendo convertirse en la vía previa de toda impugnación que pueda tener relación, siguiera mínima, con la unidad de mercado. Y es que si la Secretaría entendiera que el acto objeto de reclamación no es encuadrable dentro del ámbito para ella prevista, así se lo comunicará al operador, abriéndose nuevamente los plazos para interponer el recurso ordinario que proceda contra aquel.

5. EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN

La LGUM ha previsto la participación de diferentes sujetos en la tramitación y resolución de las “reclamaciones”. Sobre la legitimación activa ya hemos puesto de manifiesto su amplia configuración, sobre lo que no se insistirá. Asimismo, en el procedimiento intervendrán los siguientes tres sujetos:

- La *Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado*, sobre la que recaerá el peso de la tramitación.
- La *autoridad competente* afectada que, el apartado 5 del art 26 LGUM, cifra de la siguiente forma:
 - a) Cuando se trate de disposiciones de carácter general y actuaciones que pongan fin a la vía administrativa, la autoridad que la haya adoptado.
 - b) Cuando se trate de actuaciones que no pongan fin a la vía administrativa, aquella que, de no aplicarse el procedimiento de reclamación, hubiera conocido del recurso contra la actuación objeto de reclamación. Es decir, la autoridad competente en este caso no será la autora del acto sino aquella a quien corresponda resolver los recursos de alzada contra los actos dictados por la autoridad que ha dictado el acto (inactividad o vía de hecho) objeto de reclamación. Dicho de otra forma, si el acto no agota la vía administrativa, la autoridad competente será el superior jerárquico del órgano autor del acto. Respecto de los actos que no agotan la vía administrativa la ley exige que, una vez se haya interpuesto la reclamación, la autoridad competente solicite del órgano administrativo autor del acto la remisión del expediente administrativo, así como de un informe sobre la reclamación en el plazo de cinco días.
- Y finalmente, *la red de puntos de contacto*, que intervendrán en el procedimiento de reclamación a través de las “aportaciones” que remitan, en la forma que luego explicaremos. La Ley establece los siguientes puntos de contacto:

- a) La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.
- b) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- c) Cada Departamento Ministerial.
- d) La autoridad que designe cada Comunidad Autónoma o Ciudad con estatuto de Autonomía.

Con relación a los puntos de contacto varias cosas llaman la atención: en primer lugar, la omisión de puntos de contacto relativos a la administración local²⁸; en segundo lugar, la inclusión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como punto de contacto, a la que se reconoce, en consecuencia, su capacidad de actuar en el procedimiento de “reclamación” mediante aportaciones. Ello puede resultar disfuncional en la medida que, como luego veremos, la Comisión Nacional será la legitimada para interponer el recurso contencioso-administrativo contra la decisión final que pueda dictar la autoridad competente²⁹.

El procedimiento, a grandes rasgos, consiste en lo siguiente: presentada la reclamación por algunos de los sujetos legitimados, ésta se habrá de dirigir a la Secretaría para la Unidad de Mercado, que abrirá una fase preliminar de admisión, en la que se ha de comprobar si la actuación objeto de reclamación puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación, así como su presentación en plazo. La Secretaría podrá inadmitir la reclamación cuando no concurren los requisitos exigidos. Con relación a esta cuestión, sorprende que el trámite de admisión sea resuelto por una autoridad distinta a la que finalmente resolverá el procedimiento. Con todo, una eventual inadmisión por parte de la Secretaría del Consejo se entendería un acto de trámite cualificado, susceptible de ser recurrido por el operador económico mediante las vías ordinarias que quepan contra los actos de la Secretaría del Consejo.

En el caso de que la reclamación fuera admitida, la Secretaría la remitirá al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada, así como a los demás puntos de contacto, que podrán remitir a la autoridad competente afectada las

²⁸ Sobre la vinculación de la administración local a la unidad de mercado *vid.* REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 146, 2010. Relacionado con esto, también sorprende la omisión de toda referencia a las administraciones de los Territorios Históricos que también ejercen ciertas competencias en materias que afectan al mercado.

²⁹ La excepcionalidad de este recurso viene a reforzar el creciente peso de la CNMC para una defensa autónoma de los principios del mercado sin que se atisben contrapesos para la protección de otros intereses generales, *vid.* NOGUEIRA LÓPEZ, A. Administraciones independientes, cambio global y garantía de los derechos de los ciudadanos a mínimos vitales en materia energética. En: Varios Autores, *Autorità Indipendenti e Servizi Pubblici*, 2016 (en prensa).

aportaciones que consideren oportunas en el plazo de cinco días, informando de ello a la Secretaría del Consejo. Ciertamente no está claro cuál puede ser el alcance de las aportaciones que puedan realizar los restantes puntos de contacto, por resultar manifiestamente incompetentes. En todo caso, tales informes habrán de incorporarse al expediente como aclara el art. 26.5 (*in fine*) LGUM.

Por su parte, la Secretaría del Consejo deberá realizar un “informe de valoración” sobre la reclamación recibida, en un plazo de 10 días. La LGUM dispone que el informe de valoración “deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente a la hora de decidir”³⁰. Pese a la naturaleza imperativa de los términos empleados, no se puede entender que se trate de un informe vinculante ni determinante, de manera que la autoridad competente tendrá libertad para resolver lo que en derecho estime que procede³¹.

El plazo para que la autoridad competente resuelva resulta forzosamente breve, aunque la Ley no lo fija. Lo que establece el apartado 6 del art. 26 de la LGUM es que “transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada informará de la resolución adoptada por ésta a la Secretaría del Consejo y a la red de puntos de contacto, indicando las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación”. Como se ve, la Ley solo fija el plazo de 15 días a contar desde la presentación de la reclamación de que dispone el punto de contacto para informar sobre la resolución de la autoridad competente, pero no el plazo del que ésta dispone para adoptarla. La autoridad competente habrá de resolver, en consecuencia, dentro de esos márgenes temporales.

A nuestro juicio se trata de plazos difícilmente calificables como razonables atendiendo a la complejidad de la materia. A ello se añade la previsión legal de la participación de un órgano intermedio, el punto de contacto, cuyo papel no se acierta a entender en la medida que las relaciones entre la autoridad competente y la Secretaría podrían haberse previsto de forma directa, con lo que, además, se hubiera ganado algo de tiempo.

³⁰ Artículo 26.5 LGUM, *cit. supra* nota 1.

³¹ Esta es la línea interpretativa que se plasma en la Resolución de 14 de octubre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, punto i). Pese a tratarse de un mero acuerdo de Comisión Bilateral, cuyos efectos resultarán por tal motivo limitados, no hay razón para interpretarlo en un sentido diferente.

El art. 26.6 LGUM concluye estableciendo los efectos de la falta de adopción de la resolución en plazo, entendiéndose “desestimada por silencio administrativo negativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de reclamación”³². Atendiendo a lo perentorio de los plazos, previsiblemente la vía del silencio administrativo negativo se convertirá en la regla general en materia de reclamaciones vinculadas a la unidad de mercado.

Finalmente, como trámite final, la Secretaría del Consejo notificará al operador la resolución adoptada (a la que habrá de añadir los informes previamente emitidos, aspecto éste ciertamente original), dentro del día hábil siguiente a la recepción de la resolución³³. A partir de aquí quedará expedita la vía contencioso-administrativa especial diseñada a través de la LGUM, con modificación de la LJCA, de la que se tratará en el siguiente epígrafe. Vía contencioso-administrativa que, como luego se verá, podrá instar no solo el operador económico, sino también las organizaciones representativas de éstos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las Asociaciones Profesionales, dirigiendo una denuncia (solicitud, según dice el art. 26.8 LGUM) a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el plazo de cinco días.

Son varias las cuestiones que surgen de la configuración legal del procedimiento de reclamación. Así, podríamos preguntarnos, en primer lugar, si la autoridad competente podría inadmitir la reclamación por entenderla no incardinada en el objeto de este procedimiento. Como se sabe, la Ley ha previsto que el trámite de admisión lo realice la Secretaría del Consejo de forma previa a su remisión al punto de contacto de la autoridad competente. A nuestro juicio, ello no debiera limitar la posibilidad de que la autoridad competente se pronuncie sobre la admisión, so pena de privar a esta última de su competencia material y territorial y, en consecuencia, de su capacidad de apreciación y resolución, que la LGUM no podría limitar. La autoridad competente podría entender, en contra del criterio formulado por la Secretaría del Consejo, que no se cumplen los requisitos del art. 26.1 LGUM, caso en el que procedería resolver inadmitiendo la reclamación. Si esto no se entendiera así, la autoridad competente se vería forzada a interponer un recurso contra el acto de admisión a trámite de la Secretaría del Consejo, lo que carecería de toda lógica. En caso de que la autoridad

³² Artículo 26.6 LGUM, *cit. supra* nota 1.

³³ Artículo 26.7 LGUM, *cit. supra* nota 1.

competente resolviera inadmitiendo la reclamación, a nuestro juicio, el silencio negativo no desplegaría efectos.

Una segunda cuestión, relacionada con la anterior, es el caso de las resoluciones extemporáneas dictadas por la autoridad competente. Ante esta hipótesis que, atendiendo al corto plazo que se concede a la autoridad competente para resolver, no resulta extrema, la duda surge con relación a la funcionalidad general de los actos expresos dictados extemporáneamente (tras la producción de los efectos del silencio)³⁴. Y es que la participación del punto de contacto que ha de informar a la Secretaría del Consejo sobre la decisión (o no decisión) de la autoridad competente, y la posterior notificación de la Secretaría al operador trastocan el funcionamiento ordinario del silencio negativo, haciendo surgir actos expresos (siquiera de mera comunicación sobre un acto presunto ajeno)³⁵. Asimismo, la desvinculación entre el procedimiento (tramitado por la Secretaría del Consejo), la resolución (que la dictará la autoridad competente) y la notificación (en la que participa nuevamente la Secretaría del Consejo) dificultan una interpretación adecuada de la normativa general sobre el silencio³⁶. La lectura de conjunto sería que la autoridad competente pierde centralidad en el procedimiento de reclamación a favor de la Secretaría del Consejo, pese a ser la primera la competente para resolverlo, razón por la que surgen dudas sobre su constitucionalidad.

Con todo, entendemos aplicables las reglas de que el silencio no exime a la autoridad competente de su obligación de resolver y de que resultando un supuesto de desestimación por silencio administrativo, la autoridad competente podrá dictar una

³⁴ Artículo 43.2 Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

³⁵ Entendemos que en la medida que la autoridad competente es la competente para resolver la reclamación, nada le impediría que notificara directamente su decisión al reclamante, sin perjuicio de que la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado notifique dicha resolución dentro del día hábil siguiente a la recepción de la misma, comenzando el cómputo los plazos a que se refieren los apartados 8 y 9 del artículo 26 de la LGUM desde la notificación efectuada por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. En este sentido *vid.* Resolución de 17 de julio de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. BOE núm. 195 de 12 de agosto de 2014.

³⁶ Si partiéramos de la base de que el procedimiento es tramitado por la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado, podría pensarse en la posibilidad de instar la suspensión del plazo de 15 días, sobre la base del artículo 42.5.c de la Ley 30/1992 (LRJPAC) que refiere el caso en el que “deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración”. La primera dificultad para aplicar este precepto es que no se trataría propiamente de un informe preceptivo ni determinante, sino de la resolución final. En el caso de que pudiera superarse ese escollo, surgiría una segunda dificultad derivada de que la eventual suspensión del plazo la debiera acordar, en este caso, la Secretaría del Consejo y no la autoridad competente.

resolución expresa posterior al vencimiento del plazo sin vinculación alguna al sentido del silencio. El problema es nuevamente operativo. En concreto, los cortísimos plazos previstos por la LGUM para instar la apertura de la subsiguiente fase judicial (de cinco días), lo que supone que, previsiblemente, el procedimiento contencioso-administrativo especial ya se encontrará abierto para cuando la autoridad competente dicte su acto expreso extemporáneo, lo que produciría la pérdida sobrevenida del objeto del recurso contencioso administrativo³⁷.

CONCLUSIONES

La nueva configuración de la unidad de mercado se ha realizado sobre la base de la expansión de de las libertades de circulación y establecimiento frente a la capacidad de regulación o de incidencia sobre los mercados por parte de los poderes públicos. En ese contexto, la LGUM ha introducido nuevos instrumentos administrativos y jurisdiccionales con la finalidad de proteger la posición de los operadores económicos a quienes se faculta para instar acciones contra las regulaciones y decisiones administrativas que puedan afectar al mercado. Parece avanzarse hacia un sistema de superprotección de los operadores económicos, a los que se ofrecen mecanismos especialmente vigorosos para la defensa de sus intereses que guardan paralelismo con aquellos diseñados para la defensa de los derechos fundamentales. Ahora bien, nada tienen en común la defensa de los derechos fundamentales con la garantía de la unidad de mercado, de ahí que surjan interrogantes sobre la opción de política legislativa seguida, quizás explicable sobre la base de presupuestos meramente ideológicos, pero difícilmente justificable desde la perspectiva de su selectividad. No resulta claramente explicado en la norma por qué en este caso se articulan nuevos procedimientos más rápidos y efectivos, haciéndolo además en detrimento de la posición de la administración, y no se hace lo mismo en otros ámbitos.

³⁷ Aunque la LJCA no incluye entre las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo (art 51 LJCA) la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, operaría de una forma semejante a éstas puesto que harían inviable el enjuiciamiento del recurso. Cabe resaltar, ante todo, esta idea de que la pérdida de objeto del recurso es una causa que afecta al proceso, que queda así sin decidirse en cuanto a lo que fundamentalmente debe dirimirse en él: si el acto o disposición que se impugna es o no conforme con el ordenamiento jurídico. La pérdida o carencia de objeto del recurso judicial sucede cuando la relación jurídico-procesal, válidamente constituida en todos sus elementos objetivos, subjetivos y temporales, se ve alterada por el acaecimiento de un hecho sobrevenido que afecta a su objeto, esto es, al acto, disposición o actuación objeto del recurso o a la pretensión que frente a tal actividad se ejercita. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de Septiembre de dos mil quince, FJ 6. [en línea]. ROJ: STS 4016/2015. [Consultado el 24 de diciembre de 2015]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7490110/urbanismo/20151009>

La técnica legislativa empleada para diseñar los nuevos instrumentos administrativos y jurisdiccionales resulta mejorable, especialmente en aquellos aspectos puestos de manifiesto en este trabajo, a los que se ha tratado de dar solución interpretativa a lo largo del mismo, y a los que ahora no cabe más que remitirse. En todo caso, y desde una visión de conjunto, se ha de destacar la complejidad del modelo de control diseñado, que aboca a una progresiva configuración del mercado interior a golpe de pleito que planteen (o que impulsen) los operadores económicos. En otro orden de cosas, ciertas opciones legislativas sugieren cuestiones sobre las que reflexionar, como por ejemplo el refuerzo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, como superregulador, al que se añade la función de garante del mercado a través del control de la actividad normativa y no normativa de las Comunidades Autónomas. Quizás a través de la CNMC se ha pretendido buscar una cierta neutralidad política en el sistema de control de la actividad (principalmente) autonómica; ahora bien, desde la perspectiva del reparto territorial del poder político, previsiblemente, tal neutralidad no sea así percibida, entendiéndose más bien como un sistema que aboca a la homogenización.

La lectura de conjunto a la que nos lleva el análisis realizado es que, con esta nueva regulación, el punto de equilibrio entre, de un lado, las potestades administrativas derivadas del servicio a los intereses generales que corresponde satisfacer a la Administración, y de otro, los intereses que legítimamente ostentan los operadores económicos, parece haberse deslizado en materia de unidad de mercado.