

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS EN GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: NUEVA VÍA ALTERNATIVA AL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE RECURSOS

Marina Rodríguez Beas

Personal Investigador de acceso al SECTI
Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN:

En este trabajo analizamos los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de circulación que diseña la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. En concreto, se examinan, desde una perspectiva crítica, dos de los procedimientos que constituyen una nueva vía alternativa al sistema administrativo de recursos: la reclamación para la unidad de mercado (art. 26 LGUM); y la solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que interponga un recurso contencioso-administrativo especial contra una actuación que considere que vulnera la unidad de mercado (art. 27 LGUM).

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante LGUM), tiene por objeto, “hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional (...) y garantizar la integridad del orden económico”¹. Esta Ley no continua o profundiza en la línea marcada por las anteriores normas como insinúa el preámbulo de la propia Ley, porque ésta a diferencia de la Directiva de servicios y de la Ley 17/2009

¹ Norma polémica que ha suscitado una intensa conflictividad competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Prueba de ello son los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento de Cataluña, por el Gobierno de Cataluña y por el Consejo de Gobierno de Andalucía contra la LGUM. Mediante Providencia de 8 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1397-2014, promovido por el Parlamento de Cataluña contra los artículos 14.2 y, por conexión, 23.2; 16; 17; 18 y, por conexión, 5 y disposición final segunda; 19; 20; 26.5; 27 en relación con la disposición final primera, apartado tres; apartado uno y, por conexión, dos de la disposición final tercera y disposición final cuarta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (BOE, núm. 91, de 15 de abril de 2014). Mediante Providencia de 8 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1411-2014, promovido por el Gobierno de Cataluña contra los artículos 5, 6, 14.2, 16 a 20, 23, 26.5, 27, disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (BOE, núm. 91, de 15 de abril de 2014). Mediante Providencia de 8 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1454-2014, promovido por el Consejo de Gobierno de Andalucía contra los artículos 6; 14.2; 17, último inciso del párrafo primero y letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda y cuarta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (BOE, núm. 91, de 15 de abril de 2014).

introduce requisitos y condiciones materiales o sustanciales de acceso y ejercicio² ya que el núcleo de las exigencias de las citadas recaen fundamentalmente sobre requisitos formales o de procedimiento³.

La LGUM, para asegurar la garantía de la unidad de mercado por él diseñada, ha establecido unos mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativo. Así, en vía administrativa la LGUM ha introducido la reclamación a favor de los operadores económicos con el fin de poner de manifiesto vulneraciones de las libertades contempladas en la propia Ley y en vía contenciosa se configura un nuevo recurso contencioso-administrativo especial para el que se ha dota de legitimación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

2. RECLAMACIÓN PARA LA UNIDAD DE MERCADO

La LGUM habilita en su art. 26 un procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes⁴. Así, el 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 reputa que puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación que reconoce la propia LGUM, podrá dirigir su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en el plazo de un mes⁵.

El objeto de esta reclamación puede ser toda actuación⁶ que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. También podrá dirigirse

² En este sentido, RODRÍGUEZ PORTUGUEZ, M., “El impacto de la Ley de garantía de la unidad de mercado sobre la ordenación del comercio interior”, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, p. 542-543.

³ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 192, 2013.

⁴ Para un estudio exhaustivo, véase CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (art. 26)”, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, p. 831 y ss.

⁵ En el caso de actuaciones constitutivas de vía de hecho, el plazo será de veinte días contados desde aquel en que se iniciaron.

⁶ Expresión ambigua que utiliza el legislador. Como afirma CARLÓN RUIZ, esta referencia obliga a interpretar el término de forma más precisa, identificándolo tanto con los actos expresos como presuntos. Así, cuando el legislador menciona actuación se refiere más propiamente a “acto”, lo que se confirma en el apartado 1 del art. 26 LGUM cuando precisa que la reclamación “también podrá dirigirse frente a las 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-Administrativo, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo”. *Vid.* CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la Ley de unidad de

frente a las 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 Contenciosa-Administrativa (LJCA), pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo. Se trata, así, mediante este mecanismo, de una vía específica de recurso administrativo específico para conseguir la anulación de cualquier acto, actuación, inactividad o vía de hecho que incurran en alguno de los supuestos que el art. 18 LGUM determina que limitan el libre establecimiento y la libre circulación.

2.1. El carácter “alternativo” de la reclamación

Esta reclamación se trata de una “nueva alternativa al sistema administrativo de recursos”⁷ o como lo califica PADRÓS REIG y MACÍAS CASTAÑO es una especie de vía administrativa-arbitral de resolución de diferencias⁸. Pero no es un recurso especial como el que existe en materia de contratación pública, sino una “mediación” o intento de conciliar los distintos intereses implicados⁹.

Este procedimiento tiene un carácter potestativo, de manera que el operador económico podrá interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra la disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho de que se trate, de manera alternativa o incluso de forma simultánea¹⁰.

Pero este carácter alternativo del procedimiento, a la vista de los plazos para la interposición de la reclamación no resulta tan evidente¹¹, ya que en lo que se refiere a los recursos administrativos ordinarios contra actos, el plazo de un mes para interponer la reclamación es el mismo período de tiempo que el que se prevé para el recurso de alzada y el reposición, cuando se trate de actos expresos¹². Pero en el caso de producirse un acto presunto, como el plazo se amplía a tres meses, cuando transcurra un mes desde que adquiera efectos el silencio, si bien la reclamación ya no será hábil, durante los dos meses siguientes sí que seguirá abierta la vía de recurso administrativo ordinario.

mercado en el seno de la Ley 20/2013”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 165, julio-septiembre 2014, p. 159.

⁷ Así lo denomina la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, por la que se designa la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado así como la ventanilla para la tramitación de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

⁸ PADRÓS REIG, C.; MACÍAS CASTAÑO, J. M.; “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014, p. 136.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Art. 26.3 LGUM.

¹¹ *Vid.* CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección..., *op. cit.* p. 160.

¹² Art. 115 y 117 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y art. 122 y 124 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante, aún tratándose de un acto expreso y del transcurso del plazo de un mes para interponer la reclamación, todavía hay un mes más de plazo hasta completar los dos en los que es posible interponer recurso contencioso-administrativo¹³.

Por tanto, si se interpone la reclamación pero el órgano no resuelve en el plazo de 15 días que fija el legislador, podría suceder, según si nos hayamos ante un acto expreso o presunto que haya agotado la vía administrativa o no, que el carácter alternativo de la reclamación se ha agotado por considerar inhábil la vía de recurso administrativo ordinario por ser extemporáneo, quedando expedita la vía contenciosa.

Todavía resulta más dudoso el carácter “alternativo” de este procedimiento, cuando no existe un recurso administrativo contra disposiciones reglamentarias ni contra la inactividad entendida propiamente como tal o la vía de hecho.

En el caso de recursos contra reglamentos, el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con el art. 46.1 LJCA, es de dos meses desde la publicación de la disposición. Este plazo, si que permite la interposición de la reclamación de forma alternativa¹⁴.

En el caso de las inactividades caracterizadas en el art. 29.1 LJCA, el encaje de la reclamación del art. 26 LGUM se complica. El citado precepto de la LJCA articula el recurso contencioso-administrativo sobre la base de una previa reclamación, sobre la que la falta de contestación satisfactoria en el plazo de tres meses desde su interposición, permite iniciar el plazo de dos meses para la interposición del subsiguiente recurso contencioso-administrativo. Ante esta situación, podríamos entender que la reclamación del art. 26 LGUM para la defensa de la unidad de mercado sustituye a la contemplada en la LJCA para formalizar la inactividad de la Administración a los efectos de permitir articular un recurso contencioso-administrativo contra la misma, y ello con la circunstancia de que se impone un plazo que la LJCA no establece y con la consiguiente dificultad para establecer el inicio de su cómputo¹⁵.

Pero algo similar sucede en supuestos de vía de hecho. El art. 30 LJCA establece que el interesado, de forma potestativa, podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicho requerimiento no hubiere sido formulado o no fuere atendida

¹³ Art. 46.1 LJCA. No obstante si el acto no fuera expreso, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

¹⁴ Pero como afirma CARLÓN RUIZ si no se plantea la reclamación, resulta dudoso que pudiera negarse el acceso al control judicial so pretexto de haber articulado la vía de la reclamación. Véase CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección...”, *op. cit.* p. 160.

¹⁵ CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección...”, *op. cit.* p. 161.

No obstante, cabe afirmar que no resulta fácil identificar supuestos en los que la vulneración de las libertades de circulación y establecimiento recogidas en el art. 18 LGUM derive de una inactividad de la Administración.

en el plazo de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo. Pero en el caso de encontrarse ante un supuesto pro unidad de mercado, podría interponerse la reclamación del art. 26.1 LGUM pero durante el primer mes. Esta reclamación vendría a sustituir al requerimiento que con carácter general contempla el art. 30 LJCA aún sin imponerle un plazo específico. En este sentido, CARLÓN RUIZ afirma que no sería posible articular un requerimiento ordinario y, sucesivamente, aún en el plazo señalado de un mes, la reclamación del art. 26.1 LGUM. Por consiguiente, la reclamación debe entenderse de forma potestativa, como una opción frente a la interposición directa del recurso contencioso-administrativo¹⁶.

No obstante, este carácter “alternativo” de la reclamación desaparece cuando, como especifica el apartado 9 del art. 26 LGUM, existan motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación. En estos casos, los operadores que hayan presentado la reclamación pueden hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate.

Por tanto, la reclamación del art. 26.1 LGUM se presenta como una vía “prioritaria” para la articulación del motivo de vulneración de las libertades de establecimiento o circulación, siempre y cuando el operador decida utilizar esta vía específica ante el recurso administrativo ordinario o contencioso-administrativo que corresponda. Ante este supuesto, el plazo de presentación del recurso queda pospuesto a la resolución de la reclamación. Por ello, esta reclamación no tiene un carácter previo a la impugnación sino alternativo, ya que se trata de una actuación arbitral que intenta evitar un procedimiento contencioso-administrativo¹⁷.

2.2. El procedimiento para resolver reclamaciones

El procedimiento se inicia con una primera fase de admisión donde la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM)¹⁸ revisará la reclamación para comprobar que se trata de una actuación que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación, pudiendo inadmitirla cuando no concurren tales requisitos¹⁹. Una vez admitida, la remitirá

¹⁶ CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección...”, *op. cit.* p. 161.

¹⁷ PADRÓS REIG, C.; MACÍAS CASTAÑO, J. M.; “Los instrumentos administrativos de...”, *op. cit.* p. 138.

¹⁸ CASARES MARCOS se posiciona favorable a la configuración de este órgano central al considerar que éste contra resta la propagación y diversidad administrativa. *Vid.* CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección...”, *op. cit.* p. 897.

¹⁹ Esta potestad de inadmisión de las reclamaciones que se atribuye a la SCUM debe interpretarse de forma restrictiva, es decir, solo se debe limitar a inadmitir las reclamaciones que claramente queden fuera del ámbito de defensa de los supuestos contemplados en el art. 18 LGUM. En este sentido, véase CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección...”, *op. cit.* p. 164.

al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada²⁰. Por consiguiente, la SCUM no es el órgano que propiamente resuelve la reclamación, aunque la revisará y, en su caso, podrá inadmitirla. Pero para resolver, el legislador ha diseñado un sistema de cooperación de las autoridades competentes²¹, las cuales actuarán a través de la “red de puntos de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias”²².

El apartado 5 del art. 26 LGUM realiza una distinción de autoridades competentes atendiendo al criterio del agotamiento de la vía administrativa. Pero esto solo tiene sentido si equiparamos el término actuaciones que utiliza el legislador con el de actos administrativos. Y además, en el caso que la reclamación se plantee frente a una inactividad o una vía de hecho, el criterio del agotamiento de la vía es irrelevante. No obstante, en estos casos, se deduce que la autoridad competente para resolver será la autoridad inactiva o incurso en vía de hecho.

La SCUM debe elaborar un informe de valoración sobre la reclamación recibida en un plazo de diez días. Sobre este informe la Ley sólo indica que deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente para decidir si mantiene o modifica su criterio. Por tanto, se trata de un informe preceptivo pero no vinculante, porque la autoridad puede tener en cuenta el mismo sin la obligatoriedad de incorporar su criterio.

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 SCUM y a la red de puntos de contacto, indicando las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación. El apartado 7 del art. 26 LGUM dispone que su notificación al interesado le corresponde a la SCUM, lo que se deberá de producir en el siguiente día hábil a la recepción de la resolución, así como los demás informes emitidos.

²⁰ Como afirma CARLÓN RUIZ el papel de los puntos de contacto se concreta sucesivamente en el trámite de distribución de la reclamación admitida entre todos los puntos a los efectos de que, si lo estiman oportuno, y previa notificación a la SCUM, le remitan a la autoridad competente afectada las aportaciones que consideren oportunas en el plazo de cinco días. Se trata de un trámite de informe no preceptivo ni vinculante. *Vid.* CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección...”, *op. cit.* p. 165.

²¹ Como especifica el apartado 5 del art. 26 LGUM, se considera autoridad competente: 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 previsto, hubiera conocido del recurso contra la actuación objeto de reclamación. En estos casos, esta autoridad debe solicitar del órgano administrativo autor del acto la remisión del expediente administrativo, así como un informe sobre la reclamación en un plazo de cinco días.

²² De acuerdo con el apartado 4 del art. 26 LGUM serán puntos de contacto: la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado; la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; cada departamento ministerial; y la autoridad que designe cada Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto de Autonomía. Sorprende que entre estos puntos de contacto no se haya identificado ningún a nivel local. Sobre la unidad de mercado y los entes locales, véase REVUELTA PÉREZ, I., “La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, 2010.

De no adoptarse resolución en el citado plazo tan exiguo, se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación.

Pero si el operador económico o incluso las organizaciones representativas de los operadores económicos no considerasen satisfechos sus derechos o intereses legítimos, pueden dirigir su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) conforme a lo establecido en el art. 27 LGUM²³.

3. PETICIÓN DE INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

El art. 27 LGUM, bajo el equívoco título de “legitimación de la CNMC”, establece un nuevo procedimiento contencioso-administrativo que queda regulado en un nuevo Capítulo IV del Título V de la LJCA, como procedimiento para la garantía de la unidad de mercado²⁴. De este modo, el citado precepto establece que la CNMC está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente²⁵.

La actuación de la CNMC puede producirse de oficio pero también a instancia de los operadores económicos afectados que podrán dirigirse a la CNMC para promover su intervención²⁶. Pero en este caso, lo cierto es que no nos encontramos ante un recurso en vía administrativa sino ante la presentación de una denuncia o petición para que sea la CNMC

²³ Pero contra la desestimación de la reclamación puede interponerse recurso potestativo de reposición. Así lo indica la Guía para el ciudadano, de uso para el procedimiento de reclamación en defensa de los e intereses de los operadores económicos. http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/GUIA_26_PARA_EL_CIUDADANOOr.pdf (Fecha última consulta: 20 de enero de 2016).

²⁴ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El contencioso de la unidad de mercado”, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 935-981.

²⁵ No obstante, hay que tener en cuenta que las autoridades de la competencia des de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, ya disponen de la legitimación para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. La citada norma se encuentra derogada y dicha legitimación se contempla en el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. PETITBÓ JUAN, A., “El espinoso asunto de la defensa de la competencia y la unidad de mercado”, AAVV., *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, p. 257 y ss.

²⁶ La Disposición adicional quinta LGUM reconoce una acción pública ante la jurisdicción contencioso-administrativo pero a través de la CNMC.

quien intervenga, sin perjuicio de las acciones que puedan promover los propios interesados de manera directa por los cauces ordinarios de recurso²⁷.

Una vez que se haya presentado la denuncia, la CNMC teniendo en cuenta el informe que haya emitido la SCUM sobre la reclamación, deberá valorar en el plazo de cinco días si procede la interposición de recurso contencioso-administrativo. Pero el plazo para interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud ante la CNMC quedará suspendido hasta que ésta les comunique su decisión.

Por tanto, para los operadores económicos este mecanismo es una alternativa, ya que pueden recurrir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa o instar a la CNMC a recurrir mediante la denuncia de su caso, sin perjuicio de que, en caso de rechazo por la CNMC, los afectados planteen el recurso contra el acto que reputan lesivo a la unidad de mercado²⁸. Pero además, ese mecanismo puede utilizarse tanto si no se ha hecho uso de la reclamación del art. 26 LGUM como si habiéndose hecho se hubiera obtenido una resolución que no satisface los intereses del operador económico²⁹, en ambos casos siempre que se haya agotado la vía administrativa.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez analizados estos mecanismos de protección de los operadores económicos nos surgen serias dudas de constitucionalidad y de estatutariedad.

Se cuestiona la regulación de la reclamación prevista en el art. 26 LGUM porque invade la competencia ejecutiva sobre la revisión en vía administrativa de los actos dictados por la Administración autonómica. Además, supone una restricción del régimen de autotutela que goza cualquier Administración Pública y una forma de control no prevista en el art. 153 CE.

En cuanto a la regulación del procedimiento regulado en el art. 27 LGUM, este supone un control que va más allá de lo que prevé el art. 153 Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC),

²⁷ En este sentido, PADRÓS REIG, C.; MACÍAS CASTAÑO, J. M.; “Los instrumentos administrativos de..., *op. cit.* p. 139.

²⁸ No obstante, cabe destacar que si la persona que presenta la reclamación ante la CNMC no está afectada por la medida o lo realiza en ejercicio del derecho de petición previsto en la disposición adicional quinta de la LGUM, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponde exclusivamente a la CNMC. Como afirma PADRÓS REIG y MACÍAS CASTAÑO, esta acción popular se inspira en la regulación del recurso por incumplimiento ante el TJUE, en el que con excepción de los Estados miembros, las denuncias se vehiculan necesariamente a través de la Comisión Europea, que es finalmente quien decide si acude o no al TJUE. Además, los citados autores valoran positivamente el esfuerzo realizado en la norma para conciliar la acción popular con técnicas que impidan su utilización abusiva. *Vid.* PADRÓS REIG, C.; MACÍAS CASTAÑO, J. M.; “Los instrumentos administrativos de..., *op. cit.* p. 141.

²⁹ Art. 26.8 LGUM.

en la medida en que se atribuye a la CNMC una función de control sobre los actos y las disposiciones de las Comunidades Autónomas sin amparo constitucional. Pero, a éste debe añadirse, que en dicha regulación se prevé una suspensión automática de los actos objeto del recurso contencioso-administrativo, lo que supone una limitación desproporcionada de la presunción de constitucionalidad de las normas y los actos dictados por las Comunidades Autónomas³⁰.

Sobre estas cuestiones, el *Consell de Garanties Estatutàries* destaca unos aspectos del *iter* que debe seguir la reclamación formulada por los operadores económicos, por incidir en las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña³¹. Considera que se ha ignorado el amplio abanico de competencias ejecutivas relacionadas con la actividad económica que tiene atribuidas la Generalitat de Cataluña. Además, la capacidad de decisión de la propia Generalitat de Cataluña se ve afectada ya que esta debe tener en cuenta el informe de la SCUM afirmando que “(...) parecido casi vinculante que se deriva de este mandato legal, objetivamente supone una interferencia en el ejercicio de la competencia, que se proyecta también sobre las competencias ejecutivas de que dispone en relación con las actividades económicas”³². De este modo, la atribución que el apartado 6 del art. 26 LGUM hace a la autoridad competente de resolver la reclamación formulada se queda en una simple función formal, ya que se ve sometida al criterio de la SCUM mediante el informe que emite. En este sentido, el *Consell de Garanties Estatutàries* considera que “esta regulación procedimental excede con creces el art. 149.1.18 CE, que, según ha fijado la jurisprudencia constitucional, además de incluir el procedimiento administrativo en sentido estricto, también incluye “(...) los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modelos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos (...) (STC 227/1988)” (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3)”.

Por tanto, consideramos que la Comunidad Autónoma no dispone, a pesar de ser titular de la competencia ejecutiva, de la potestad de revisar la reclamación presentada por el operador

³⁰ Como afirma CARLÓN RUIZ este instrumento “invierte la lógica con la que la LJCA ha planteado la adopción de medidas cautelares –en íntima conexión con el principio de autotutela administrativa- y, en los términos en que ha sido formulado no encuentra referente alguno en el ordenamiento jurídico”. CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección..., *op. cit.* p. 176. Esta suspensión no es equiparable con el mecanismo del art. 161.2 CE reconocido a favor del Gobierno en sede constitucional, ni con el regulado en el art. 67 LBRL, en el cual se apela al grave atentado al interés general de España para justificar su excepcionalidad.

No obstante, autores como SANTAMARÍA PASTOR se posicionan favorable a este instrumento de la suspensión automática. *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El contencioso..., *op. cit.* p. 960.

³¹ Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la LGUM. Este Dictamen fue solicitado por más de una décima parte de los Diputados del Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm. 6588, de 24 de marzo de 2014.

³² FJ. 3.2.

económico, ya que aunque conforme al art. 26.6 LGUM le corresponde resolver la reclamación de forma expresa o presunta, la realidad es muy distinta. Lo cierto es que dicha resolución viene predeterminada por el sentido del informe elaborado por la SCUM³³.

Esta situación colisiona con el principio de autonomía política que recoge el art. 2 CE, el cual impide la existencia de controles genéricos, que impliquen una dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto de la Administración del Estado³⁴. Sin olvidar que esta regulación también afecta al principio de autotutela administrativa que le corresponde ejercer. En relación al procedimiento regulado en el art. 27 LGUM, se observa una posición de privilegio procesal que la LGUM atribuye a la CNMC, disponiendo de un rápido y ágil instrumento para activar la acción de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que le permite actuar sobre una amplia serie de ámbitos materiales de competencia de la Comunidad Autónoma. De este modo, podrá actuar sobre todas aquellas materias vinculadas a la actividad económica y respecto de las cuales se tomen decisiones en forma de disposiciones generales, actos o resoluciones por parte de los órganos de la administración autonómica, si considera que son contrarios a la libertad de establecimiento o de circulación.

A pesar de esta situación favorable de la CNMC, el *Consell de Garanties Estatutàries* considera que esto en sí mismo no constituye una infracción competencial directa y explícita, aunque sí que afirma que la vulneración competencial se produce por “menoscabo (...). En especial, por la posición de asimetría procesal en la que queda la Administración de la Generalidad en un procedimiento de control de legalidad (...)”.

Por tanto, aunque esta posición de la CNMC se refuerza en el art. 149.1.6 CE, esto no puede provocar una situación de indefensión de la autoridad competente sobre la materia, como sería la Generalitat de Cataluña³⁵. En definitiva, consideramos que la regulación contenida en el

³³ Prueba de ello son los propios informes emitidos hasta el momento por la CNMC, los cuales se extralimitan de su ámbito competencial considerando el plazo y la legitimación.

³⁴ En este sentido se posiciona el *Consell de Garanties Estatutàries*. Además el Tribunal Constitucional manifestó en su sentencia 6/1982, de 22 de febrero que: “(...) no se ajusta al principio de autonomía la previsión de controles genéricos e indeterminados, que impliquen dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a las Administración del Estado”.

³⁵ Sobre este aspecto el *Consell de Garanties Estatutàries* interpreta que “(...) con dicha asimetría procesal en los procesos judiciales en ella que se dilucide la garantía de la unidad de mercado, el legislador estatal coloca la administración de la autoridad cometiendo en una posición especialmente subordinada ante la CNMC. Una posición que, indirectamente, incide sobre la autonomía política de la Generalitat y el ejercicio de sus competencias relacionadas con las actividades económicas (...)”. Cabe destacar el criterio de la jurisprudencia constitucional, la cual establece que corresponde al Estado salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales aunque las Comunidades Autónomas pueden introducir aquellas innovaciones procesales que requieran su conexión con el derecho sustantivo autonómico (SSTC 243/2004, de 16 de diciembre; 135/2006, de 27 de abril; entre otras).

art. 27 LGUM vulnera las competencias autonómicas relacionadas con actividades económicas.

Por tanto, Los mecanismos analizados suponen una acción positiva por parte del legislador diseñando una nueva vía alternativa al sistema administrativo de recursos y así mejorar la regulación general en materia de recursos. No obstante, se configura mediante técnicas centralizadoras, afectando esto a las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas³⁶. En definitiva, aunque habrá que esperar a lo que el Tribunal Constitucional considere, parece dudoso que se ajuste al orden constitucional de distribución de competencias. Esto es precisamente, lo que se cuestiona con la aplicación de los mecanismos analizados de la LGUM.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014. CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la Ley de unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 165, julio-septiembre 2014, pp. 147-182. CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (art. 26)”, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, p. 831 y ss. DE LA QUADRA-SALCEDO, T., FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 192, 2013. MARCOS, F., “A vueltas con la Unidad de Mercado Nacional”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-177. PADRÓS REIG, C.; MACÍAS CASTAÑO, J. M.; “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014, pp. 113-151. PETITBÓ JUAN, A., “El espinoso asunto de la defensa de la competencia y la unidad de mercado”, AAVV., *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, p. 257 y ss. REVUELTA PÉREZ, I., “La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, 2010. RODRÍGUEZ PORTUGUEZ, M., “El impacto de la Ley de garantía de la unidad de mercado sobre la ordenación del comercio interior”, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El contencioso de la unidad de mercado”, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 935-981. TENA PIAZUELO, V., “Defensa del principio de unidad de mercado. Riesgo de

³⁶ Como pone de manifiesto MARCOS, para corregir los excesos de intervenciones autónomas “el principio de unidad de mercado se revela como una herramienta inadecuada y poco útil”. MARCOS, F., “A vueltas con la Unidad de Mercado Nacional”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-177. <http://cee.ie.edu/sites/default/files/AJ8-177.pdf> (Fecha última consulta: 21 de enero de 2016).

fragmentación de los mercados a través de la regulación”, AAVV., *Marco regulatorio y unidad de mercado*, *Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid.