

NUEVAS GARANTÍAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

I. LAS NUEVAS LIMITACIONES DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA INTRODUCCIÓN SECTORIAL DE OTROS MEDIOS DE RECURSO.—II. LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: 1. *Naturaleza jurídica de la reclamación y competencia para resolverla*. 2. *Actos recurribles*. 3. *Legitimación para interponer la reclamación*. 4. *Plazo para interponer la reclamación*. 5. *Tramitación y resolución*.—III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: 1. *La reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado*: A) Naturaleza jurídica. B) Legitimación para interponerla. C) Actuaciones impugnables. D) Plazo y lugar de interposición. E) Competencia para tramitar y resolver la reclamación. F) Breve conclusión crítica. 2. *El recurso contencioso-administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado*: A) Legitimación de la CNMC y derecho de petición. B) Naturaleza y características del procedimiento especial. C) Interposición del recurso y partes del proceso. D) Tramitación e incidencias. E) Contenido de la sentencia y recursos. F) Valoración.

RESUMEN

Las Leyes 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, establecen nuevos procedimientos especiales de recurso para garantizar los derechos e intereses legítimos que reconocen a los ciudadanos. Se sigue con ello la tendencia de otra legislación reciente que intenta complementar el régimen ordinario de recursos con instrumentos más efectivos y apropiados en cada caso. En el presente artículo se estudian las modalidades de recurso que contemplan aquellas dos Leyes, interpretando los preceptos que las regulan y sometiéndolas a un análisis crítico.

Palabras clave: recursos administrativos y contencioso-administrativos especiales; transparencia; unidad de mercado.

ABSTRACT

The Transparency, Acces to the Public Information and Good Governance Act (19/2013) and the Market Unity Guarantee Act (20/2013) establish new special review procedures protecting righths and interests concerned. It follows the

trend of the recent legislation, trying to complement the ordinary appeals system with new more effective ways, suitable in each case. In the present article the new ways of review introduced by those two laws will be studied and the regarding legal rules will be interpreted and subjected to critical analysis.

Key words: administrative appeals and judicial review procedures; transparency; market unity.

I. LAS NUEVAS LIMITACIONES DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA INTRODUCCIÓN SECTORIAL DE OTROS MEDIOS DE RECURSO

La garantía esencial frente a la actuación ilegal de las Administraciones públicas en nuestro país ha sido desde hace más de un siglo y medio el recurso contencioso-administrativo. Y así sigue siendo, pese a todas sus carencias. En efecto, no obstante las limitaciones que históricamente establecía nuestra legislación para recurrir en vía contenciosa, tanto por relación al objeto del recurso como referidas a los sujetos legitimados, en general superadas por la vigente Ley de la Jurisdicción de 1998, y a pesar del inconveniente que supone la habitual dilación de los procesos en este orden y la restrictiva práctica judicial seguida en materia de medidas cautelares, solo en parte reconsiderada en los últimos años, el recurso contencioso-administrativo tiene la ventaja de ofrecer una tutela de derechos e intereses independiente e imparcial frente a la Administración; una tutela que además, en caso de estimación de la demanda, es casi siempre efectiva (más temprano o más tarde), dada la inexcusable obligación de cumplir las resoluciones de los Juzgados y Tribunales y las potestades de control de la ejecución que les atribuye la ley. De hecho, cualquier persona que se plantea defender sus derechos e intereses frente a una actuación administrativa que considera ilegal y que está debidamente asesorada, sabe que sus posibilidades de obtener satisfacción jurídica pasan generalmente por un recurso contencioso-administrativo. Y esto es así porque nuestro sistema de recursos administrativos ordinarios no ha funcionado nunca como una garantía efectiva de legalidad, salvo honrosas excepciones.

Desconozco si en la actualidad existen estadísticas fiables sobre el porcentaje de recursos de alzada y reposición que se estiman total o parcialmente. Sí conocí algunos datos al respecto hace años, en el período de elaboración de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, datos que guardaba —celosamente, por cierto— el entonces Ministerio

de Administraciones Públicas. Los porcentajes eran desoladores, pues reflejaban un índice de estimación de recursos de alzada en la Administración del Estado solo algo superior al 6 por 100 e inferior al 3 por 100 en el caso de los recursos de reposición. En este último dato se escudó, por cierto, el legislador para suprimir el recurso de reposición en la primera versión de la Ley 30/1992, como un mecanismo inútil y costoso para la Administración; solución criticada y criticable, que dio paso al restablecimiento de este recurso, con carácter potestativo, en la reforma de dicha Ley aprobada por la Ley 4/1999. En todo caso, a juzgar por la experiencia propia y ajena, me temo que el porcentaje de recursos administrativos ordinarios que se estiman, al menos en parte, no ha variado mucho, salvo quizá en algunas Administraciones especializadas o independientes, que suelen analizar con más detenimiento los argumentos de los recurrentes, en vez de despacharlos, expresa o tácitamente, por sistema.

Al ser el contencioso-administrativo la única garantía real y efectiva, salvo quizá en materia tributaria, la consecuencia directa había de ser un incremento exponencial del número de recursos de aquella naturaleza, a medida que las Administraciones públicas multiplicaban su actividad y que el desarrollo económico y cultural —la consciencia de los propios derechos y de las posibilidades de defenderlos— animaban a cada vez más sujetos a utilizar esa vía judicial. A esa crisis de crecimiento del contencioso-administrativo se refiere precisamente la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, donde se afirma que la jurisdicción contencioso-administrativa *«ha sufrido hasta la saturación el extraordinario incremento de la litigiosidad entre ciudadanos y Administraciones y de éstas entre sí que se ha producido en los últimos tiempos»*. La respuesta fundamental del legislador fue entonces la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con el fin de descongestionar las Salas de los Tribunales Superiores y de la Audiencia Nacional. Pero el propio legislador era consciente, como se refleja en la citada Exposición de Motivos, de que *«lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal»* y de que *«el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos»*.

De hecho, la aparición de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y la regulación de un procedimiento abreviado ante ellos tuvieron en un primer momento el efecto de agilización y reducción de dilaciones procesales excesivas buscado por el legislador. Aunque tam-

bién en esos primeros tiempos suscitó reparos sobre la calidad de los nuevos órganos unipersonales, fuera como consecuencia directa de su naturaleza no colegiada o por la rapidez con que se conformaron los nuevos Juzgados, con titulares —o jueces sustitutos— escasamente especializados. Pero al cabo de un tiempo, asentados ya los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los problemas de saturación se han vuelto a reproducir, particularmente en estos órganos unipersonales, a los que desde 2003 (Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) se les atribuyeron numerosas competencias. Y es que, a fin de cuentas, poco se ha hecho para dotar al aparato judicial de los medios personales, materiales y organizativos necesarios para atender a la demanda de tutela judicial existente en nuestra sociedad.

Habida cuenta de que esa demanda no decrece y de que la crisis económica impide aportar más medios a la Administración de Justicia —antes bien, implica cierta reducción de personal y recursos económicos—, la orientación legislativa de los últimos años pasa por intentar reducir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales estableciendo nuevos obstáculos directos o indirectos a la interposición de recursos. Así, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, elevó sustancialmente la cuantía de los asuntos en los que las sentencias y autos son susceptibles de apelación o (sobre todo) casación. La misma Ley estableció el criterio de condena en costas por vencimiento incluso en la primera instancia. Posteriormente, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, exige el pago de una tasa judicial para interponer los recursos contencioso-administrativos, con escasas excepciones, y ha suprimido la facultad de los funcionarios —el colectivo que más recursos solía interponer— de comparecer y defender por sí mismos sus derechos estatutarios ante la jurisdicción, lo que les obliga a contar necesariamente con un abogado y, si se trata de órganos colegiados, con un procurador, cuyos servicios normalmente habrán de contratar.

Las últimas estadísticas publicadas del CGPJ permiten ya cuantificar el impacto que estas últimas medidas legislativas —las que se refieren a las costas, las tasas judiciales, la representación y defensa en juicio de los funcionarios o los límites para recurrir en apelación y casación— han tenido en el número de recursos contencioso-administrativos que se interponen¹. Quizá esas medidas eviten en algunos ca-

¹ Así, la última estadística del Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre la situación de los órganos judiciales en 2013*, refleja que el número de recursos ingresados en la jurisdicción contencioso-administrativa se redujo un 15,5 por 100 en 2013, siendo esta jurisdicción la que ha experimentado una mayor reducción en el porcentaje de asuntos. Otro dato significativo es que en ese último año se interpusieron algo más de 5.000 recursos de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, prácticamente la mitad que hace unos años.

Los recursos abusivos e innecesarios, pero en muchos otros suponen una barrera difícil de superar para quien pretende la tutela judicial, sobre todo si tiene escasos recursos económicos o el asunto es de menor importancia para sus intereses. La crisis del contencioso-administrativo —si es que puede utilizarse de nuevo esta socorrida expresión, siempre exagerada— sería ahora la de una cierta marcha atrás, una crisis de acceso al recurso.

Queda, sin embargo, la posibilidad de establecer garantías alternativas, sustituyendo la vía ineficaz de los recursos administrativos ordinarios por otros tipos de recursos o reclamaciones no judiciales, dotados de características de amplia y fácil accesibilidad, agilidad en la tramitación e independencia en la resolución. Posibilidad que se contempló ya en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, cuando se refiere a procedimientos de impugnación o reclamación «ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas». Aunque este último concepto adolece de cierta indefinición —quizá en aquel momento parecía atrevido usar el término de órganos administrativos «independientes»—, los ejemplos que los impulsores de la Ley tenían en mente, por sugerencias académicas, eran el de los *tribunals* anglosajones, insertados en la propia Administración, y el de nuestra reclamación económico-administrativa; mucho más que otros modelos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje administrativo, a los que el artículo 107.2 se refiere también, que por entonces estaban en boga y sobre los que se escribió bastante, pero resultaban mucho más ajenos a nuestra tradición administrativa y difíciles de introducir en la práctica.

Sin embargo, como es sabido, las previsiones del artículo 107.2 de la Ley 30/1992 han dormido el sueño de los justos durante casi dos décadas, hasta que recientemente han empezado a desarrollarse en algunos sectores de la actividad administrativa. Primero, mediante la regulación del recurso administrativo especial en materia de contratación pública, introducido por la Ley 34/2010 y recogido hoy en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 40 a 49); después, con la introducción de un recurso especial ante el Tribunal Administrativo del Deporte contra resoluciones de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, sobre lucha contra el dopaje, art. 40); últimamente, en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que regula una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 24), y en virtud de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, que regula asimismo una peculiar reclamación ante la Secretaría del

Consejo para la Unidad de Mercado y un procedimiento contencioso-administrativo especial en la materia.

En todos estos casos se establecen tipos de recursos o reclamaciones especiales, que sustituyen a los recursos administrativos ordinarios, aparte otras peculiaridades, y cuya resolución se confía a órganos creados *ad hoc*, en su mayor parte dotados de independencia funcional, al menos formalmente. Tales novedades tienen también en común que, no obstante haber sido propuestas y recomendadas por nuestra propia doctrina, al final responden directa o indirectamente a impulsos venidos de fuera, ya sean exigencias del Derecho europeo o inquietudes y recomendaciones expresadas en las propias instituciones europeas o en otras organizaciones internacionales sobre las deficiencias de nuestro modelo de garantías. Por cierto que en la propia Administración europea directa, en concreto en algunas de las Agencias europeas, también se están regulando recursos internos o administrativos, previos a un eventual recurso ante el Tribunal de Justicia, ante Salas de Recursos propias, que actúan bajo los principios de imparcialidad e independencia². Pero más allá de eso cada supuesto es diferente y tiene sus propias características, por lo que resulta poco útil un análisis de conjunto.

Sobre el recurso especial en materia de contratación pública se ha escrito ya bastante, por lo que prefiero remitirme aquí a los estudios que ya existen³. La experiencia inicial es, sin duda, positiva, sobre todo en

² Además de en otras Agencias, las Salas de Recursos u órganos similares se han constituido en aquellas de reciente creación a las que se atribuyen ciertos poderes de decisión y no solo de información o coordinación de las Administraciones nacionales. Es el caso de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACRE), establecida por el Reglamento (CE) 713/2009, de 13 de julio, y el de las Agencias Europeas de Supervisión (AES), de los sectores bancario, de seguros y de mercados de valores, establecidas por los Reglamentos (UE) 1093, 1094 y 1095/2010, de 24 de noviembre, que tienen una Sala de Recursos conjunta. También el Reglamento (UE) 1024/2013, de 15 de octubre, que regula el Mecanismo Único de Supervisión Bancaria y atribuye importantes poderes de decisión al BCE, prevé un Comité Administrativo de Revisión, ante el que pueden presentar recurso las personas físicas y jurídicas interesadas. En todos estos casos se hace hincapié en la independencia de estos órganos de resolución de recursos, cuyos miembros son seleccionados por las Agencias (o el BCE) entre personas de prestigio con conocimientos jurídicos o profesionales en la correspondiente materia. En el caso de las citadas Agencias, los miembros de las Salas de Recursos se eligen entre una lista de candidatos previamente seleccionados por la Comisión Europea en un procedimiento abierto. En la Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo de la UE y de la Comisión Europea sobre las Agencias descentralizadas de la Unión, aprobada en julio de 2012, se insiste, con carácter general, en estas garantías de imparcialidad e independencia y, por tanto, en la necesidad de «tratar con sumo cuidado» la selección de los miembros de las Salas de Recursos.

³ Véanse, entre otros, J. A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Madrid, La Ley, 2010; J. M. GIMENO FELIÚ, «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 211 y ss.; S. DíEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2102, págs. 161 y ss.; M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

lo relativo a la celeridad de la tramitación, pero también por la calidad media de las resoluciones, si bien solo se aplica a un porcentaje reducido de procedimientos de contratación, como es sabido (los contratos sujetos a regulación armonizada y pocos más). Que sea un medio efectivo de impugnación y continúe siéndolo dependerá sobre todo de que se preserve la independencia y cualificación de los miembros de los tribunales administrativos creados al efecto. Dicho sea sin olvidar la conveniencia de extenderlo a más tipos de contratos.

Tampoco me referiré a los recursos administrativos ante el Tribunal Administrativo del Deporte, pues recaen sobre una materia muy específica, que cuenta con precedentes igualmente particulares. Ello sin perjuicio de anotar que esta modalidad incluye alguna novedad significativa, como es el reconocimiento de la legitimación activa para recurrir, tanto en esa vía administrativa especial como en la posterior contencioso-administrativa (art. 19.5 LJCA), en favor de las Federaciones Deportivas Internacionales, la Agencia Mundial Antidopaje, los organismos antidopaje de otros países, el Comité Olímpico Internacional y el Comité Paralímpico Internacional, consecuencia de la trascendencia global que pueden tener ciertas decisiones de órganos nacionales en materia de dopaje.

Ciño, pues, mi exposición a las garantías impugnatorias introducidas en materia de acceso a la información y de unidad de mercado.

II. LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. *Naturaleza jurídica de la reclamación y competencia para resolverla*

La regulación de una reclamación o recurso administrativo especial contra las decisiones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública venía siendo cuestión tratada desde hace tiempo en nuestra doctrina jurídica y sugerida por una parte de ésta⁴. La razón esencial de estas propuestas, avaladas por el ejemplo de otras legisla-

⁴ En particular, J. F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1998, págs. 208 y ss., quien refleja la opinión concordante de L. A. POMED, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, MAP, 1989. También, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 567. Yo mismo he defendido esa tesis en varios trabajos, en particular «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», en *RAP*, 137, 1995, págs. 31 y ss., y en *Derecho Administrativo. Parte General*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, pág. 470.

ciones europeas, como la francesa o la británica⁵, ha sido siempre la inadecuación del contencioso-administrativo para tutelar este tipo de derechos de información, habida cuenta de la dilación de los procesos, y la escasa o nula disposición de las Administraciones públicas a estimar los recursos administrativos ordinarios en materia tan sensible. Sin embargo, aquellas propuestas doctrinales no hicieron ninguna mella en nuestros legisladores, en realidad poco entusiastas de la transparencia administrativa, ni cuando se incluyó la primera y tímida regulación general del derecho de acceso a los documentos y archivos administrativos en el artículo 37 de la Ley 30/1992, ni cuando se reguló el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente en la Ley 38/2005 y, más tarde, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/4/CE y el Convenio de Aarhus, lo que habría constituido una ocasión propicia. Pero los tiempos cambian y las demandas ciudadanas de transparencia de la vida pública, reforzadas por informes y recomendaciones de organismos internacionales y europeos, han pasado a primer plano. De manera que aunque este tipo de garantía tampoco aparecía en los primeros borradores de lo que luego ha sido la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, se incluyó ya una primera previsión al respecto en el Proyecto de Ley enviado a las Cortes, que fue objeto de importantes modificaciones a lo largo de su tramitación⁶. Con independencia de estos antecedentes, interesa ahora analizar la regulación de esta reclamación en la Ley 19/2013, que se contiene en los artículos 23 y 24 más algunos preceptos concordantes.

Queda claro, en principio, cuál es la naturaleza jurídica de esta reclamación, ya que el artículo 23.1 la considera sustitutiva de los recursos administrativos «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992». Esta concordancia no es perfecta, pues

⁵ El modelo más conocido y estudiado entre nosotros es el de la *Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA)* francesa, creada por la Ley 78-753, de 17 de julio de 1978. En cuanto a la *Information Commissioner's Office* británica, asumió funciones similares (y su nombre actual) en virtud de la *Freedom of Information Act* de 2000, aunque también desempeña funciones de agencia de protección de datos. Un breve panorama europeo de estas autoridades independientes en la materia y sus funciones de resolución de reclamaciones o recursos en materia de información, en E. GUICHOT, *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011, págs. 62 y ss.

⁶ Sobre ello, E. GUICHOT, en el libro colectivo, que él mismo coordina, *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Ed. Tecnos, 2014, págs. 337 y ss., y, en la misma obra, C. BARRERO RODRÍGUEZ, pág. 237. El Proyecto de Ley atribuía la competencia para conocer de la reclamación a la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, que no es una autoridad independiente. Solo en la fase final de la tramitación en el Congreso de los Diputados la mayoría aceptó la fórmula definitiva, propuesta por los expertos comparecientes en la Comisión parlamentaria y más próxima a la de otros grupos.

este artículo 107.2 se refiere, como hemos dicho, a procedimientos de impugnación «ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas», mientras que la Ley de Transparencia atribuye la resolución de la reclamación a un órgano unipersonal, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno [art. 38.2.c)]. Ello no obstante, el Consejo es un organismo que actúa «con plena independencia en el cumplimiento de sus fines» (art. 33.2), independencia que cabe predicar formalmente también de su Presidente. De manera que la referencia al artículo 107.2 de la Ley 30/1992 no está descaminada. Antes bien y aunque parece obvio, dicho entronque con el modelo de la legislación general ratifica que el órgano que resuelve las reclamaciones de la Ley de Transparencia no está sometido, en esa función, a instrucciones jerárquicas.

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es, en cualquier caso, nombrado por Real Decreto del Gobierno, por un período no renovable de cinco años, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional y el Congreso de los Diputados debe reafirmar su nombramiento (art. 37.2); se entiende que por mayoría simple, ya que no se establece otra cosa. Solo puede cesar en su cargo anticipadamente por causas tasadas, las propias de los miembros de una autoridad independiente (art. 37.2). No obstante, el hecho de que se trate de un órgano unipersonal nombrado por el Gobierno puede condicionar su verdadera independencia y su credibilidad (o la apariencia de independencia) al perfil de la persona que se nombre para ese cargo. Esta circunstancia suscita a priori algunas dudas y reticencias, expresadas incluso desde instancias europeas (así, en el Anexo sobre España del reciente *Informe sobre la corrupción en Europa*, publicado por la Comisión Europea en febrero de 2014)⁷, sobre si las garantías de independencia de dicho órgano son o no suficientes.

Se supone, por lo demás, que en el ejercicio de esa función de conocer de las reclamaciones el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estará asistido por una unidad especializada y dotada de letrados o juristas competentes en la materia. Así debería establecerse en el Estatuto del Consejo a que se refiere el artículo 39.2 de la Ley 19/2013 y que debía haber aprobado el Gobierno en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley (DF 7.^a), aunque aún no se

⁷ El Informe COM (2014) 38, de 3 de febrero de 2014, puede encontrarse en la página web de la Comisión Europea y tiene muy en cuenta, por lo que se refiere a los capítulos nacionales, las recomendaciones e informes del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO). La Comisión Europea saluda la aprobación de la Ley de Transparencia como un «importante paso adelante», pero, entre otras cosas, subraya que esta Ley «no ha previsto garantías suficientes para la independencia de su mecanismo de control independiente» (pag. 15 del Anexo sobre España).

tiene noticia de dicho Estatuto al escribir estas páginas. Como puede entenderse, la eficacia de la reclamación que analizamos depende en gran medida de cómo se regule esa unidad de apoyo al Presidente y de los medios humanos y materiales con los que cuente. Y de ello depende a su vez en gran medida la aplicación efectiva de la propia Ley de Transparencia, ya que surgirán no pocas dudas y conflictos en razón de la indeterminación de algunos de sus preceptos —particularmente el que enuncia los límites al derecho de acceso (art. 14)—, lo que exige una interpretación rápida y clarificadora.

Conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Transparencia, la resolución de las reclamaciones contra resoluciones dictadas por las Comunidades Autónomas y su sector público y las entidades locales de su respectivo territorio corresponderá al órgano independiente que determine cada Comunidad Autónoma. Lo mismo se dice de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Tanto éstas como las Comunidades Autónomas pueden optar también por atribuir la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, previo convenio con la Administración General del Estado. A juzgar por los precedentes —me refiero ahora al de los tribunales de recursos contractuales—, es de suponer que la gran mayoría de las Comunidades Autónomas optarán por crear sus propios órganos de resolución de reclamaciones, máxime tratándose de una materia tan sensible políticamente como el acceso a la información. Pero no es descartable que algunas atribuyan su competencia por convenio al Consejo estatal, al menos en un principio y por razones presupuestarias. De todas formas, no hay prisa, ya que tanto las Comunidades Autónomas como las entidades locales disponen de un plazo de dos años, nada menos, para adaptarse a las obligaciones contenidas en la Ley de Transparencia (DF 9.^a). También, por cierto, el conjunto de la regulación de esta Ley sobre el derecho de acceso a la información pública, entre otros aspectos, entrará en vigor en el plazo de un año desde su publicación, una *vacatio legis* bastante insólita y que ha sido igualmente objeto de crítica por la Comisión Europea (en el *Informe* citado más arriba).

De otro lado, la reclamación de que se trata es potestativa, como disponen los artículos 20.5 y 24.1 de la Ley de Transparencia, pudiendo los interesados recurrir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Como es obvio, si se interpone la reclamación, habrá que esperar a que se resuelva o a que transcurra el plazo máximo para resolver y notificar la resolución para acudir a la vía contenciosa.

Solo si la resolución que da respuesta al ejercicio del derecho de acceso a la información ha sido adoptada por la Casa del Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Con-

sejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, no es posible interponer la reclamación administrativa de que tratamos, sino que cabe tan solo el recurso contencioso-administrativo directo. No está clara la razón real de tal excepción, ya que el derecho de acceso se refiere en estos casos solo a las actividades de esas instituciones que están sujetas a Derecho administrativo, no a sus funciones constitucionales [art. 2.1.f)]. Pero sobre todo sorprende que se incluya en esta lista a algunos órganos y organismos que forman parte de la Administración pública al menos en sentido lato, como el Consejo de Estado, el Consejo Económico y Social y los órganos e instituciones equivalentes de las Comunidades Autónomas, o inclusive el Banco de España; máxime en este último caso, si se tienen en cuenta los límites que ya se imponen al derecho de acceso que suponga un perjuicio para la política monetaria [art. 14.1.i)].

2. *Actos recurribles*

Por lo que se refiere a los actos que pueden ser objeto de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o los órganos similares que creen las Comunidades Autónomas, el artículo 24.1 de la Ley de Transparencia alude a «toda resolución expresa o presunta en materia de acceso». Esta expresión debe ser interpretada en sentido amplio y congruente con los principios generales de acceso a los recursos, ya que la propia Ley se remite a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992 (LRJPAC). Resolución expresa es, pues, en este contexto, no solo el acto que concede o deniega total o parcialmente el acceso solicitado, a la que se refiere el artículo 20 de la Ley de Transparencia, sino también la que inadmite a trámite una solicitud, a la que se refiere el artículo 18. Inclusive se debe considerar recurrible el acto por el que se tiene por desistido al solicitante, supuesto contemplado en el artículo 19.2, así como cualquier otro acto de trámite que impida continuar el procedimiento, produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por aplicación supletoria del artículo 107.1 de la LRJPAC. No así otros actos de trámite no cualificados.

Conviene precisar que se puede recurrir tanto la resolución que deniega la solicitud de acceso como la que la estima, ya que puede haber sujetos interesados en que dicha información o parte de ella no se difunda, sujetos que también tienen derecho a defender sus intereses legítimos. La propia Ley de Transparencia prevé que estos interesados

puedan realizar alegaciones en el procedimiento de tramitación de la solicitud de información (art. 19.3) y, si la denegación de la solicitud se funda en la protección de sus derechos e intereses, debe dárseles audiencia en la tramitación de la reclamación administrativa que contra esa denegación pudiera interponerse (art. 24.3). Luego es claro que también podrán defender esos mismos derechos e intereses reclamando contra la resolución que concede el acceso a la información que les afecta.

Se trata, en todo caso, de actos dictados en un procedimiento administrativo previo de derecho de acceso, que se inicia a instancia de parte, de manera que no puede presentarse la reclamación frente a cualquier otra posible infracción de la Ley de Transparencia por la Administración recurrida, como, por ejemplo, el incumplimiento de sus deberes de publicidad activa. Si no ha habido solicitud previa de acceso a la información, no cabe interponer la reclamación que analizamos frente a cualquier otra actuación administrativa, por acción o por omisión. Tampoco cabe interponerla frente a eventuales infracciones de los deberes de información a los interesados en cualquier otro procedimiento administrativo, pues en estos casos debe aplicarse la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, como establece la DA 1.^a de la Ley de Transparencia, y no esta misma Ley, de manera que los interesados en esos procedimientos podrán utilizar en su caso los recursos ordinarios u otros previstos en cada caso.

El artículo 2.1.g) y h) de la Ley 19/2013 incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria y a las fundaciones del sector público. No está claro, conforme al artículo 17.1 de dicha Ley, si la solicitud de acceso a la información en poder de tales sociedades y fundaciones debe dirigirse directamente a ellas o a la Administración de que dependen. Dice ese precepto que «cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas». Pero esta precisión parece referirse más bien a personas físicas y jurídicas distintas de las enunciadas en el artículo 2.1 y en cualquiera de sus letras; esto es, a las que están obligadas a suministrar información a la Administración a requerimiento de ésta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la propia Ley, incluyendo los adjudicatarios de contratos del sector público. Además, no todas las sociedades y fundaciones del sector público prestan servicios públicos y no ejercen ni pueden ejercer potestades administrativas en sentido estricto —las que suponen ejercicio de autoridad—, aunque sí otorgar subvenciones y

adjudicar contratos públicos. Más bien parece, pues, que cualquier persona puede dirigir una solicitud de acceso a la información directamente a una sociedad mercantil o fundación que formen parte del sector público en el sentido indicado, entidades que deberán identificar también un órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso, como dispone el artículo 21.3. Si así se entiende —como creo que debe interpretarse la Ley de Transparencia—, las decisiones que al respecto adopten tales sociedades o fundaciones serán recurribles ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (o las instituciones autonómicas equivalentes), aunque no se trate de actos administrativos en sentido estricto. El término «toda resolución expresa o presunta en materia de acceso», que es lo que puede ser objeto de la reclamación, debe interpretarse, a mi juicio, en este sentido amplio y sustantivo, de conformidad con la finalidad de la Ley de extender su ámbito de aplicación y, por tanto, las obligaciones de transparencia a sociedades y fundaciones del sector público.

Es cierto que cabe la interpretación contraria, sobre la base de que la reclamación que regula la Ley de Transparencia es «sustitutiva de los recursos administrativos» ordinarios, recursos que no cabe interponer en ningún caso contra decisiones de sociedades mercantiles y fundaciones. Pero eso supondría que contra la denegación del derecho de acceso a una información solicitada, conforme a la Ley, por decisión de una de esas entidades privadas del sector público no cabría interponer ningún recurso; a lo sumo, podría ejercitarse una acción civil para el reconocimiento del derecho a obtener la información y la condena a la entidad demandada al cumplimiento de sus deberes legales. Pero probablemente no es lo más adecuado. De ahí que pueda sostenerse la interpretación finalista que aquí se propone, por ser la más favorable a la garantía del derecho de acceso a la información y porque la Ley no excluye expresamente la procedencia de la reclamación contra decisiones de las entidades incluidas en las letras g) y h) de su artículo 2, a diferencia de lo que sucede con las decisiones de las instituciones y organismos incluidos en la letra f) del mismo precepto.

Nos encontramos aquí, pues, con otro de los límites que van surgiendo en nuestra legislación a la «huida del Derecho administrativo», puesto que se permite impugnar en una vía administrativa decisiones de entidades que no son jurídicamente Administraciones o entes públicos aunque formen parte del sector público. Es lo mismo que sucede en el caso del recurso especial en materia de contratación pública, que puede interponerse contra actos de preparación y adjudicación de contratos aprobados por «poderes adjudicadores» con forma de sociedad mercantil o de fundación (art. 40.1 TRLCSP). Puesto que a este

tipo de entidades del sector público se les aplica legislación administrativa, sea tanto la de contratos públicos como la de derecho de acceso a la información pública, las decisiones que adoptan al respecto, aun sin ser actos administrativos en sentido formal, son materialmente públicas. Por eso se aplican en tales casos, ya sea tanto en cuanto al procedimiento como en cuanto a la impugnación, las garantías propias del Derecho administrativo. Ciertamente, contra las decisiones de sociedades y fundaciones que resuelvan solicitudes de acceso a la información no puede interponerse alternativamente hoy por hoy un recurso contencioso-administrativo directo, algo que sí permite en ciertos casos —al menos literalmente— el artículo 21.1 del TRLCSP en relación con actos de preparación y adjudicación de contratos públicos por poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración pública. Dicho sea sin perjuicio de que la jurisprudencia llegue a equiparar algún día aquellas decisiones a los actos administrativos, en virtud de una interpretación extensiva de la cláusula general del artículo 1 de la LJCA, lo que sería deseable. De lo que no cabe duda es que contra los actos que resuelvan las reclamaciones administrativas dirigidas contra esas sociedades y fundaciones en materia de acceso a la información —posibles si se admite la tesis que aquí se mantiene— cabrá interponer un recurso contencioso-administrativo, pues serán ya actos expresos o presuntos de un órgano o entidad de naturaleza administrativa, sea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o los órganos u organismos análogos de las Comunidades Autónomas.

3. *Legitimación para interponer la reclamación*

Nada dice la Ley de Transparencia acerca de la legitimación activa para interponer la reclamación en materia de acceso a la información. Pero dado que tiene naturaleza sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios, habrá que aplicar supletoriamente lo dispuesto para éstos en la Ley 30/1992. Eso significa que pueden recurrir en esta vía los interesados, entendiendo por tales los que se mencionan en el artículo 31 de esta última Ley. Tratándose de un procedimiento impugnatorio, podrá reclamar ante todo la persona o personas que solicitaron el acceso a una información, total o parcialmente denegado, cualquiera que fueran los motivos de su solicitud, ya que el derecho de acceso está abierto a «todas las personas», sin necesidad de motivar su solicitud (arts. 12 y 17.3 de la Ley de Transparencia). También estarán legitimados todos aquellos titulares de derechos o intereses que puedan verse afectados por la resolución a recurrir y, en particular, los que hayan sido identificados

como interesados durante la tramitación de la solicitud de acceso y se les haya concedido plazo para alegaciones en ese procedimiento. A tal efecto, es indiferente si estos interesados comparecieron o no en defensa de sus derechos o intereses, pues siempre podrán presentar la reclamación cuando afecte efectivamente a sus derechos o intereses. Inclusive podrá reclamar toda persona física o jurídica que tenga y alegue un derecho o interés legítimo, aunque no hubiera sido emplazada a participar en el procedimiento previo. Pero en estos casos deberá demostrar que es titular de un derecho o interés legítimo propio que pudiera resultar efectivamente afectado por dicha resolución, sin que sea suficiente alegar que también le interesa obtener la información solicitada por otros y no concedida, ya que en tal caso eludiría la carga de formular su propia solicitud de acceso.

4. *Plazo para interponer la reclamación*

El plazo para reclamar es de un mes «a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo». En relación con este último supuesto, debe recordarse que las solicitudes de acceso a la información deben resolverse en el plazo máximo de un mes, ampliable por otro mes previa notificación al solicitante, y que transcurrido dicho plazo sin que se dicte y notifique la resolución, la solicitud puede entenderse desestimada (art. 20.1 y 4 de la Ley 19/2013). En consecuencia, transcurrido el plazo de un mes desde la fecha límite para dictar y notificar aquella resolución, el derecho a reclamar se entendería caducado. Ello no obstante, debería aplicarse en este caso la doctrina jurisprudencial consolidada que equipara el silencio administrativo, a estos efectos, a las notificaciones defectuosas de los actos administrativos⁸, de manera que, por analogía, el plazo para recurrir

⁸ Véanse sobre la asimilación del silencio negativo a las notificaciones defectuosas, a efectos del cómputo de los plazos de recurso, las SSTC 14/2006, de 16 de enero; 186/2006, de 19 de junio; 32/2007, de 12 de febrero; 64/2007, de 27 de marzo; 3/2008, de 21 de enero; 106/2008, de 15 de septiembre, y 59/2009, de 9 de marzo, entre otras. También las SSTS de 21 de marzo de 2006 (Rec. 125/2002) y de 12 de diciembre de 2011 (Rec. 824/2008), que recogen, entre otras muchas, esa misma doctrina. En particular, la STS de 15 de noviembre de 2010 (Rec. 1332/2009) subraya que el plazo para interponer un recurso administrativo (en el supuesto, un recurso de alzada) permanece abierto más allá del plazo legal desde que el silencio se entiende producido (art. 115.1 LRJPAC), indefinidamente, en aplicación analógica del régimen de las notificaciones defectuosas o falta de notificación. La aplicación de esta doctrina a las reclamaciones de la Ley de Transparencia es tanto más necesaria dado que ni siquiera contempla el plazo de tres meses para interponerla contra resoluciones presuntas, a diferencia de los artículos 115.1 y 116.1 de la LRJPAC, por lo que el estricto plazo de un mes para reclamar en caso de silencio puede constituir un límite real al ejercicio de esa nueva garantía.

solo comienza a correr en tales casos desde que el interesado realice actuaciones que supongan que conoce el contenido y alcance del acto presunto o interponga la propia reclamación. Así deberían interpretarlo el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los órganos autonómicos que le sustituyan y, en su defecto, los Tribunales que revisen en la vía judicial las decisiones de estos órganos.

De otro lado, los interesados distintos del solicitante, a los que la resolución no se les haya notificado, dispondrán del plazo para reclamar desde el momento en que tuvieron conocimiento de aquella que pudiera afectar a sus derechos o intereses legítimos, pues de lo contrario quedarían indefensos.

5. *Tramitación y resolución*

La tramitación de la reclamación se ajusta a lo dispuesto en la Ley 30/1992 para los recursos administrativos, con la única salvedad de que si la denegación de acceso a la información impugnada se basa en la protección de derechos o intereses de terceros, es obligatorio oír en trámite de audiencia a estos otros interesados para que puedan alegar lo que convenga a sus intereses (art. 24.3 de la Ley de Transparencia).

Nada se dice en la Ley de Transparencia sobre la posibilidad de solicitar en vía de reclamación la suspensión cautelar de la resolución recurrida, que puede tener sentido en el caso de resoluciones estimatorias del acceso a la información que pudieran afectar a derechos o intereses de terceros, justamente. Sin embargo, la remisión a la LRJPAC como legislación supletoria confirma la aplicación del artículo 111 de la misma en estos casos. Antes de resolver sobre la suspensión cautelar debería oírse, no obstante, al solicitante beneficiado por la resolución estimatoria impugnada.

El plazo máximo para resolver la reclamación es el de tres meses, transcurrido el cual se entenderá desestimada (art. 24.4). No hay en este caso excepción a la regla del silencio negativo, ni siquiera cuando se recurre la desestimación presunta de la solicitud de acceso⁹.

Obviamente, la resolución de la reclamación debe ser motivada, por aplicación directa del artículo 54.1.b) LRJPAC, y debe resolver todas las cuestiones alegadas por los interesados y, en su caso, otras conexas que se planteen (art. 113.3 LRJPAC). Las del Consejo de Trans-

⁹ Sobre la regulación del silencio administrativo en la Ley de Transparencia y sus antecedentes legislativos me remito al reciente y crítico estudio de L. A. BALLESTEROS MOFFA, «La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿el caballo de Troya de la transparencia?», en *REDA*, 161, 2014, págs. 75-100.

parencia y Buen Gobierno han de publicarse por medios electrónicos, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, una vez se hayan notificado a los interesados y «en los términos en que se establezca reglamentariamente» (art. 24.5). Como es natural, dicha publicación no excluye la notificación personal a los reclamantes, conforme al artículo 58 LRJPAC, cuya fecha es la que importa a efectos de ulterior recurso contencioso-administrativo. La publicación es, sin duda, una garantía adicional de transparencia de la actuación del Consejo en estos casos y permitirá, como en otros supuestos similares, conocer y someter a crítica pública los criterios de resolución de reclamaciones y contribuir de esta manera a perfilar la doctrina del propio Consejo. Queda por aclarar, sin embargo, los términos en que se han de publicar las resoluciones, que deberían incluir su motivación o fundamentos, y hasta dónde alcanza la disociación de «datos de carácter personal», esto es, qué datos deban entenderse incluidos a estos efectos. Lo lógico es, a este respecto, aplicar lo dispuesto en el artículo 19 de la propia Ley 19/2013. Por lo demás, la obligación de publicar las resoluciones debería extenderse a los órganos autonómicos que sustituyan al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y eso será lo normal, aunque la Ley de Transparencia no lo impone expresamente.

En fin, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha de comunicar las resoluciones sobre las reclamaciones tramitadas al Defensor del Pueblo (art. 24.5, segundo párrafo). Las razones de esta comunicación, que contemplaba desde su origen el Proyecto de Ley de Transparencia, no se entienden muy bien, sobre todo si se tiene en cuenta que dichas resoluciones deben ser publicadas.

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Con la misma fecha de promulgación de la Ley de Transparencia, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), crea otro régimen especial de impugnación de determinadas actuaciones administrativas, en este caso las que pudieran vulnerar las libertades de establecimiento y circulación, tal como están reguladas en esa misma Ley. La coincidencia de fechas no es puramente casual, ya que si bien en uno y otro caso las razones que explican la creación de nuevos instrumentos de garantía son diferentes, en ambos casos se parte de considerar no suficiente el sistema general de recursos. Ahora bien, los mecanismos que establece la LGUM son más complejos y también más polémicos. Además, como veremos, desde el pun-

to de vista de la técnica jurídica suscitan algunos problemas no menores de interpretación y aplicación.

En realidad, las nuevas garantías impugnatorias en defensa de la unidad de mercado que arbitra dicha Ley son dos: una peculiar reclamación administrativa, alternativa a los recursos administrativos ordinarios, y un procedimiento contencioso-administrativo especial que solo puede iniciar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Hay entre una y otra cierta articulación, pero no necesaria. Conviene, pues, analizarlas por separado.

1. *La reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado*

El artículo 26 LGUM regula esta reclamación administrativa, que cualquier operador económico, así como las organizaciones representativas de los intereses de esos operadores, incluidas las Cámaras de Comercio y las asociaciones profesionales, pueden presentar ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, en defensa de derechos e intereses legítimos vulnerados por cualquier tipo de actuación administrativa impugnabile que sea incompatible con la libertad de establecimiento o circulación.

A) *Naturaleza jurídica*

Se trata, pues, de un nuevo tipo de recurso administrativo, distinto de los ordinarios y también facultativo y alternativo a éstos, pues, como indica el artículo 26.2, el operador económico interesado (y, obviamente, las organizaciones representativas, aunque no se diga de manera expresa) puede optar por interponer los recursos administrativos o contencioso-administrativos ordinarios que procedan frente a la actuación administrativa de que se trate. No estamos, sin embargo, ante otro supuesto de aquellos a que se refiere el artículo 107.2 de la LRJPAC, ya que, como se dirá, esta reclamación no se resuelve por comisiones u órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas, es decir, no es un tipo de recurso ante órganos o autoridades independientes.

Por otra parte, la reclamación de la LGUM tiene carácter extraordinario, pues el único motivo de impugnación en esta vía ha de ser relativo a la vulneración de la libertad de establecimiento o circulación, en los términos previstos en la propia Ley. Ésta establece un conjunto

de disposiciones con la finalidad de asegurar que la libertad de empresa y de iniciativa económica no se vea obstaculizada por actuaciones de las diferentes Administraciones públicas, ya sean estatales, autonómicas o locales, que no se funden en imperiosas razones de interés general o que sean desproporcionadas o discriminatorias. En síntesis, la Ley pretende que cualquier operador económico pueda realizar su actividad u ofertar sus productos en cualquier parte del territorio nacional, con o sin establecimientos propios, sin que pueda verse condicionado por requisitos, exigencias o controles previos distintos de los que establece la Administración en la que radica o de la que procede. Asimismo y si precisa de instalaciones o infraestructuras físicas en otro territorio, la Ley prohíbe que se le puedan imponer condiciones, límites o controles que no estén estrictamente justificados para evitar daños al medio ambiente o al entorno urbano, al patrimonio histórico o a la seguridad y salud de las personas. Se persigue de esta manera garantizar la existencia de un verdadero mercado interior único, en consonancia con las libertades de establecimiento y de circulación de bienes, servicios y capitales que sancionan los Tratados de la Unión Europea. En consecuencia, la LGUM da un paso más en la restricción de los supuestos en que cabe exigir una autorización o actos de certificación, homologación, registro o similares para el ejercicio de actividades económicas y previene contra cualquier condicionamiento o desigualdad de trato que beneficie a quienes procedan o estén instalados en el territorio de la Administración competente o tengan algún vínculo previo con dicha Administración u otras instituciones del propio territorio. Pero además, con clara desconfianza hacia las Administraciones territoriales, crea instrumentos en manos de órganos o instituciones del Estado para garantizar mejor su cumplimiento.

Cualquier actuación administrativa puede ser objeto de la reclamación que examinamos si infringe alguna de dichas reglas o límites de la LGUM. Pero si existen otros motivos distintos de impugnación de la actuación de que se trate, los interesados deben hacerlos valer separadamente a través de los recursos ordinarios procedentes (art. 26.9 LGUM). Eso sí, no pueden alegar al mismo tiempo la infracción de la LGUM en la reclamación que esta Ley prevé y en un recurso administrativo ordinario o en un recurso contencioso, pues la reclamación tiene carácter alternativo a estos recursos (art. 26.3 LGUM). Si se interpone, será preciso esperar a la inadmisión o desestimación de aquélla —expresa o presunta— para utilizar éstos (art. 26.9).

Esta naturaleza extraordinaria de la reclamación, en lo que se refiere a los motivos, puede mermar la eficacia práctica de esta vía impugnatoria, ya que cuando un particular o empresa se ve perjudicado por

una actuación administrativa, cualquier motivo de ilegalidad, de fondo o de forma, le será útil (y quizá indiferente) con tal de que se anule dicha actuación. Si opta por los recursos ordinarios, puede fundar su impugnación en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la reclamación de la LGUM, que se tramita y resuelve con brevedad, interrumpe el plazo para interponer cualquier otro tipo de recurso, plazo que se inicia una vez se inadmita o desestime aquella reclamación por la autoridad competente (art. 26.9). De manera que el interesado no pierde nada, salvo unos días, si interpone primero aquella reclamación especial.

B) *Legitimación para interponerla*

Como se ha dicho, los sujetos que pueden interponer la reclamación son los operadores económicos afectados por la actuación administrativa de que se trate y las organizaciones representativas de los mismos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales, en defensa de sus intereses colectivos (art. 26.1 y 2). Por operador económico entiende el Anexo de la LGUM «cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España», definición ésta de gran amplitud. Eso sí, estará legitimado solo el operador u operadores específicamente afectados en cada caso por la actuación recurrida, de forma que debe comprobarse que el recurrente es titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo *ad casum*.

En cuanto a las organizaciones representativas de intereses —que, desde luego, incluyen los Colegios Profesionales, aunque la Ley no los mencione expresamente—, habrá que ver si el interés colectivo afectado se corresponde con aquellos cuya defensa o promoción tengan atribuidas en sus respectivos estatutos. La legitimación depende así de la mayor o menor amplitud de los fines de cada institución o asociación, es decir, de los intereses colectivos que representan, y de su ámbito territorial de actuación o representación.

Dicho esto, la Disposición Adicional 5.^a de la LGUM introduce no poca confusión cuando establece que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y, a través de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante los Tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado». No está claro si entre los órganos administrativos a que se refiere esta DA 5.^a se incluyen la Secretaría del Consejo para la Defensa de la Unidad de Mercado y los órganos llamados a resolver la reclamación ad-

ministrativa que analizamos y, por tanto, si la acción pública «para exigir» ante estos órganos el cumplimiento de la legalidad en la materia incluye también la posibilidad de presentar la reclamación a que se refiere el artículo 26. De hecho, parece existir cierta contradicción entre lo que dispone este artículo —no así el 27— y el párrafo primero de esa DA 5.^a. Es uno más de los defectos de técnica jurídica de que la LGUM adolece, que no son pocos. Ello sin contar con los riesgos que entraña la facultad de cualquier persona de interponer una reclamación administrativa en materias políticamente tan delicadas y con repercusiones económicas más o menos graves. Probablemente, el legislador quiso limitar en principio la legitimación para reclamar a los titulares de derechos e intereses legítimos, individuales y colectivos, que menciona en el artículo 26. Pero el reconocimiento de una «acción popular» para «exigir» —no solo para pedir— de los órganos administrativos el respeto a la legislación de unidad de mercado, unido al principio *pro actione*, llevarán probablemente a interpretar de manera conjunta ambos preceptos de la LGUM y a admitir la acción pública, es decir, la legitimación de cualquier persona para interponer la reclamación administrativa que la Ley regula. No así, en cambio, como se dirá, para recurrir en vía contenciosa, pues la DA 5.^a precisa que quienes ejerzan esa acción pública solo pueden acceder a la tutela de los Tribunales a través de la CNMC, en conexión con lo dispuesto en el artículo 27, que después comentamos.

C) *Actuaciones impugnables*

Por lo que se refiere a las actuaciones recurribles en esta vía, la LGUM se refiere en el primer párrafo del artículo 26.1 a disposiciones generales, actos administrativos, inactividad o vía de hecho, y en el segundo párrafo concreta que se trata de cualquier tipo de actuación administrativa que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario, así como disposiciones de carácter general y demás actuaciones que puedan ser objeto de recurso administrativo conforme al Capítulo I del Título III de la LJCA. Es decir, para la definición de las actuaciones recurribles, la LGOUM se remite implícitamente a lo dispuesto en el artículo 107.1 LRJPAC y en los artículos 25 a 30 LJCA. Estas remisiones generales, fruto sin duda del deseo de ampliar lo más posible el ámbito objetivo de la reclamación en defensa de la unidad de mercado, suscitan también algunas dudas.

Es de observar, en primer lugar, que la reclamación se puede interponer contra disposiciones de carácter general, lo que excepciona la re-

gla general de la LRJPAC (art. 107.3), según la cual no cabe interponer recurso administrativo contra aquéllas, sino solo recurso contencioso-administrativo. Estamos, pues, ante un caso excepcional en el que una disposición general o precepto reglamentario de cualquier rango podría ser anulado en virtud de un recurso o reclamación administrativa, algo que rompe con un criterio asentado en la legislación general, que ni siquiera permite a los interesados solicitar la revisión de oficio, es decir, ejercer la llamada acción de nulidad contra los reglamentos (art. 102.2 LRJPAC). Es muy poco probable, sin embargo, que un reglamento impugnado a través de esta reclamación administrativa llegue a anularse, pues la competencia para ello corresponde al órgano que lo aprobó. Pero, en todo caso, la reclamación permitirá a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado informar sobre la conformidad o no del reglamento a la LGUM, lo que puede plantear una situación incómoda o conflictiva, sobre todo si se trata de un reglamento autonómico.

Cabe preguntarse, además, si la reclamación puede dirigirse contra decretos legislativos que, excediendo de los límites de la delegación, pudieran afectar a la libertad de establecimiento o circulación. Este tipo de actuación recurrible en la vía contenciosa no se menciona en el Capítulo I del Título III de la LJCA, al que se remite la LGUM, sino en el artículo 1.1 de aquélla. Pero si se entiende, como propone parte de la doctrina jurídica¹⁰, que un decreto legislativo que excede de los límites de la delegación es una norma que no pasa del rango reglamentario en cuanto al exceso, se podría dirigir contra ella la reclamación de la LGUM, siempre que, además de ese defecto *ultra vires*, el decreto legislativo vulnere los principios o reglas de garantía de la unidad de mercado o de la libertad de establecimiento y circulación. En mi opinión, eso no es posible. No ya porque el carácter reglamentario del decreto legislativo que incurre en *ultra vires* es más que discutible¹¹, sino porque el único motivo en que se puede fundar la reclamación de que tratamos es la infracción de la LGUM (art. 26.9 de la misma) y sería impropio que los órganos administrativos que la tramitan y resuelven tengan que pronunciarse, aunque sea incidentalmente, sobre si existe o no *ultra vires* en un texto que formalmente tiene rango de ley, cuestión ésta que debe ser de la exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia.

¹⁰ Me refiero a la conocida tesis de la delegación recepticia formulada por GARCÍA DE ENTERRÍA, hoy en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 16.ª ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013, págs. 281 y ss.

¹¹ Me remito a mi *Derecho Administrativo. Parte General*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, págs. 171 y ss. En el mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Público General*, II, Madrid, Iustel, 2006, págs. 654 y ss.; y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2009, págs. 208-209.

En cuanto a la impugnación de actos administrativos, en teoría, la reclamación está abierta a actos expresos y presuntos y tanto a actos definitivos como de trámite, según las reglas generales, pero en la práctica será difícil imputar a un acto de trámite como tal la infracción de la libertad de establecimiento o circulación, que es el único motivo en que puede fundarse aquélla. Además —y esto es importante—, no se menciona en la LGUM la posibilidad de impugnar decisiones que no sean actos administrativos en sentido propio, por proceder de entidades del sector público que no tienen la condición de Administración pública, pero que pueden vulnerar la garantía de la unidad de mercado. La propia LGUM se refiere, en efecto, como actuaciones que deben garantizar las libertades de los operadores económicos, a los pliegos y cláusulas y demás documentación de los «contratos públicos» [art. 9.2.c)], y considera que atentan contra dichas libertades los requisitos discriminatorios establecidos para la adjudicación de los «contratos públicos» [art. 18.2.a)]. Si se interpreta, como parece lógico, que la LGUM se está refiriendo a los contratos del sector público, debería haberse previsto que la reclamación que regula se pudiera interponer también contra decisiones de los poderes adjudicadores de contratos del sector público que no son Administración pública, que vulneren las libertades de establecimiento o circulación por imponer o aplicar requisitos discriminatorios en contra de las mismas o por cualquier otra causa. Probablemente, esta imprevisión se debe más a una razón de mala técnica legislativa que a una opción consciente del legislador. Pero como solo se pueden impugnar en esa vía las actuaciones contempladas en los artículos 107.1 LRJPAC y 25 a 30 LJCA, el órgano competente para tramitar o resolver la reclamación de la LGUM podrá inadmitirla o desestimarla si se dirige contra una decisión de un ente del sector público que no sea Administración pública. Ciertamente, si se trata de actos de preparación o adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, los mismos efectos anulatorios podrán conseguirse —y con ventaja, al resolverse por órganos independientes— a través del recurso especial en materia de contratación que regula el TRLCSP (arts. 40 y ss.). Pero si se trata de otro tipo de contratos esa opción no cabe, y la reclamación que analizamos podría considerarse inadmisibile. Se ha perdido una buena ocasión para asimilar tales actuaciones de entes del sector público a los actos administrativos a efectos de impugnación, como ha venido a hacer la Ley de Transparencia, según hemos dicho más arriba. A no ser que se hiciera una interpretación extensiva del artículo 26 LGUM, entendiendo el concepto de actuaciones administrativas impugnables en un sentido material y no formal.

Asimismo, plantea ciertas dudas la posibilidad de dirigir la reclamación en defensa de la unidad de mercado contra la inactividad administrativa. Por tal hay que entender el tipo de inactividad contemplado en el artículo 29 LJCA, al que la LGUM se remite. Ahora bien, dejando de lado el supuesto de inexecución de actos firmes (art. 29.2), en el que el recurso se funda en un motivo único y no en la LGUM, la inactividad administrativa impugnada en vía contenciosa consiste en la omisión de una prestación debida y concreta en favor de una o varias personas determinadas (art. 29.1). No es ésta una expresión fácil de interpretar, como se deduce de la doctrina¹² y de la jurisprudencia, pero aunque se interprete en un sentido lato resulta difícil concebir una inactividad prestacional que en sí misma sea limitativa de las libertades de establecimiento y circulación. Estas libertades típicamente pueden verse infringidas por actuaciones formales y limitativas de la Administración, incluyendo los actos presuntos por silencio negativo (denegación de licencias...), o por reglas o prácticas discriminatorias. En todo caso, si se produce una inactividad lesiva de la unidad de mercado de las contempladas en el artículo 29 LJCA, este mismo precepto prevé ya una especie de reclamación previa o requerimiento a la Administración antes de interponer recurso contencioso-administrativo. ¿Cabe sustituir esa reclamación previa, que no tiene naturaleza jurídica de recurso administrativo¹³, por la reclamación que regula la LGUM, si el único motivo de impugnación es la infracción de las libertades de los operadores económicos? ¿O habría que reclamar o solicitar previamente a la Administración que actúe y esperar el plazo establecido en la LJCA para poder impugnar su inactividad también en esa vía administrativa especial? El legislador, llevado probablemente por el afán de no excluir ningún tipo de actuación administrativa del objeto de la reclamación de la LGUM, no ha reparado en este problema técnico. En todo caso y aunque no es nada probable que se produzca el supuesto de hecho, parece absurdo reclamar dos veces seguidas a la Administración con el fin de que realice las prestaciones legalmente necesarias en garantía de la unidad de mercado. Pero conforme a la LJCA, a la que la LGUM se remite, la inactividad impugnada es la que se man-

¹² Por todos, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 4.ª ed., Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012; V. AGUADO I CUDOLÁ, *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2001; J. SUAY RINCÓN, «Objeto del recurso contencioso-administrativo: en particular, la inactividad administrativa», en *Justicia Administrativa*, 49, 2010; R. DE VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

¹³ En tal sentido, STS de 3 de enero de 2013 (Rec. 5273/2011), con apoyo en la Exposición de Motivos de la LJCA.

tiene una vez se ha solicitado o requerido a la Administración que actúe y ha pasado un tiempo (tres meses o un mes, en los casos de los artículos 29.1 y 22 LJCA, respectivamente) sin que la Administración cumpla sus obligaciones de hacer. Luego, en caso de inactividad, el mecanismo previsto en la LGUM supone una doble reclamación sucesiva, una ante la Administración supuestamente incumplidora, la que prevé la LJCA, y la segunda la que regula la LGUM, que habrá de resolver a la postre la misma Administración.

En fin, no es inimaginable una actuación administrativa en vía de hecho que pueda vulnerar la garantía de la unidad de mercado. El problema en este caso es el del cómputo del plazo para presentar la reclamación, aspecto sobre el que tratamos a continuación.

D) *Plazo y lugar de interposición*

Según el artículo 26.1 LGUM, la reclamación ha de interponerse «en el plazo de un mes», como regla general, y en el caso de actuaciones en vía de hecho en el de «veinte días desde aquel en que se iniciaron». Sobre el cómputo del plazo general hay que remitirse a lo que disponen la LJPAC para los recursos contra actos administrativos y la LJCA para los recursos contra disposiciones generales e inactividad de la Administración. La única duda se refiere al plazo de impugnación de los actos presuntos, que, por cierto, es un plazo diferente y más amplio tanto en la LJPAC (arts. 115.1 y 117.1) como en la LJCA (art. 46.1), pero no en la LGUM. De todas formas, debería entenderse, conforme a la jurisprudencia que equipara el silencio administrativo a las notificaciones defectuosas, que el plazo para impugnar los actos presuntos por silencio está siempre abierto, hasta que el interesado realice actuaciones que presupongan el conocimiento del contenido y del alcance del acto o interponga la reclamación u otro recurso procedente, tal como hemos apuntado en relación con la reclamación regulada en la Ley de Transparencia.

Si lo que se impugna es una actuación en vía de hecho, el artículo 26.1 LGUM se limita a establecer el plazo de veinte días desde que se inició. De manera incomprensible, no contempla el supuesto de que el interesado haya formulado intimación a la Administración para que cese la vía de hecho, a que se refiere el artículo 30 LJCA, con la consecuencia de que se puede impugnar la actuación también en el plazo de diez días desde que la Administración rechaza el requerimiento o intimación, bien de manera expresa, bien por silencio, lo que se produce a los diez días desde que se formula la intimación sin respuesta de la

Administración requerida (art. 46.3 LJCA). La omisión de este segundo supuesto para el cómputo del plazo por la LGUM reduce la posibilidad de reclamar contra la vía de hecho, ya que el plazo caducaría siempre a los veinte días de iniciada la actuación impugnada, con independencia de que se haya formulado o no la intimación a la cesación. Es más, puesto que en el sistema de la LJCA la intimación no tiene plazo, obviamente mientras dure la situación de vía de hecho, en la práctica permite recurrir durante todo el tiempo en que dicha situación se mantenga. No es éste el caso previsto en la LGUM. Pero no parece que la intención del legislador haya sido limitar las posibilidades de reclamar contra la vía de hecho. Da la impresión, más bien, que es uno más de los errores de técnica jurídica en que incurre la LGUM.

En cuanto al lugar de interposición, el artículo 26.1 LGUM indica que la reclamación se podrá dirigir a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, «a través de la ventanilla que al efecto se establezca». La Ley parece referirse con ello a una ventanilla única a regular y establecer por la normativa de desarrollo. Y, en su virtud, la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, designa como ventanilla de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, a tales efectos, el Registro del Ministerio de Economía y Competitividad. Ahora bien, hay que entender que la reclamación puede presentarse también en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la LRJPAC, dado el alcance general de este precepto. De hecho, la citada Orden Ministerial establece la ventanilla con el fin de «facilitar la tramitación de los procedimientos de reclamación» y no como una opción excluyente.

E) *Competencia para tramitar y resolver la reclamación*

La mayor peculiaridad de esta reclamación administrativa especial es, sin duda, la que se refiere al órgano ante el que se interpone, que no es además el que resuelve, y la articulación entre uno y otro. Esta disparidad de órganos de recepción y tramitación de la reclamación, por un lado, y de resolución, por otro, tiene una explicación sencilla. La LGUM tiene su razón de ser más importante en la voluntad del legislador estatal de luchar contra todas aquellas actuaciones de las Administraciones descentralizadas, incluidas las Comunidades Autónomas, que suponen algún tipo de traba a la libertad de establecimiento y circulación de bienes, servicios y actividades empresariales y profesionales y que coartan la unidad de mercado en el territorio nacional. Para que la supresión legal de las barreras a esa unidad de mercado sea efectiva se precisa un sistema de garantías y recursos ágil, en parte en-

comendado a órganos administrativos centralizados que puedan velar por la unidad. Pero al mismo tiempo es necesario respetar la autonomía de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales. Ello significa, por de pronto, que no puede regularse un recurso administrativo de ninguna clase a resolver por un órgano de la Administración del Estado contra actuaciones de las Administraciones autonómicas en materia de su competencia, ya que ello sería contrario al artículo 153 de la Constitución. Además y si bien no son incompatibles con la autonomía local los controles puntuales de legalidad atribuidos a órganos de la Administración del Estado (STC 4/1981, de 29 de abril), introducir una vía de recurso administrativo contra actuaciones de la Administración local ante órganos estatales supondría quebrar una larga tradición histórica y pondría en cuestión la garantía institucional de dicha autonomía, tal como se concreta en la vigente Ley de Bases del Régimen Local.

Para combinar una y otra cosa —garantía de la unidad y respeto a la autonomía—, el legislador ha inventado una reclamación administrativa contra actuaciones de cualquier Administración, que se interpone ante un órgano de la estatal, que es la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. Ésta tramita la reclamación inicialmente, si la considera admisible, y elabora un informe no vinculante sobre el asunto, para después remitir el expediente a la autoridad competente para resolver, que no es otra que el órgano de la Administración autora de la actuación impugnada a quien correspondería resolver un eventual recurso ordinario contra la misma o, si se impugna una disposición de carácter general, el órgano que la aprobó. Todo este procedimiento debe además resolverse en el plazo máximo de quince días, a falta de lo cual la reclamación puede entenderse desestimada por silencio.

El invento tropieza, no obstante, con algunas dificultades, unas de naturaleza constitucional y otras de pura técnica jurídica. No solo eso, sino que va a contar sin duda con la enemiga de las Administraciones territoriales afectadas o la mayoría de ellas, en la medida en que afecta negativamente a su autonomía. Y como son estas últimas las que tendrán que decidir en la mayor parte de los casos, además en un plazo brevísimo, cabe poner en cuestión la eficacia práctica del mecanismo.

Desde el punto de vista constitucional, la procedencia de este tipo de reclamación parece querer justificarse en el principio de cooperación entre Administraciones, y así se deduce, aunque no de forma clara y directa, de la Exposición de Motivos de la LGUM. La cooperación establecida —o impuesta, más bien— por la Ley consiste en este caso en la tramitación de un procedimiento conjunto o bifásico, en el que siempre interviene un órgano estatal, sea cual sea la actuación impugnada

y la Administración de que proceda. Pues debe quedar claro que dicho órgano, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, no es un órgano mixto de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aunque orgánicamente integrada en dicho Consejo, que sí es un órgano de cooperación con participación de las Comunidades Autónomas y de representantes de la Administración local y con funciones no decisorias de impulso, informe y seguimiento —a imagen de las Conferencias Sectoriales—, la Secretaría es un órgano técnico, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (arts. 10.3 y 11 LGUM). No es, pues, un órgano o autoridad independiente, sino que forma parte en realidad de la estructura de la Administración del Estado, que nombra a su titular y de la que podrá recibir instrucciones. De hecho, la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, ha designado a la Subdirección General de Competencia y Regulación Económica del Ministerio de Economía y Competitividad como Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, sin crear, pues, un nuevo órgano.

Ahora bien, es de temer que esa cooperación impuesta por la Ley para la tramitación y resolución de un recurso administrativo contra actuaciones que pueden ser propias de las Comunidades Autónomas en materias de su competencia no supere el filtro de constitucionalidad. La LGUM invoca al respecto los títulos competenciales del Estado contenidos en el artículo 149.1.1.^a, 13.^a y 18.^a. Pero, que yo sepa, la jurisprudencia recaída hasta ahora sobre estos preceptos no legitima la regulación por el legislador estatal de un recurso o reclamación administrativo contra actuaciones, inclusive reglamentarias, de las Comunidades Autónomas, que se presenta ante un órgano dependiente de la Administración del Estado —o, más bien, integrado en ésta—, el cual asume la potestad de admitirla o inadmitirla y que tiene una participación importante en su tramitación. Aunque la resolución definitiva (pero no su notificación) corresponda en estos casos a la Comunidad Autónoma, es obvio que su autonomía queda limitada y condicionada. Pues se inserta una intervención estatal necesaria en un procedimiento que pone fin a la vía administrativa autonómica y, en todo caso, la Administración autonómica competente deberá motivar su decisión en tanto se separe del informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado [art. 54.1.c) LRJPAC]. No estamos ante un supuesto de cooperación interadministrativa consistente en la simple y eventual emisión de un informe no vinculante por un órgano estatal en materia de competencia autonómica, sino ante una intervención más incisiva y en parte decisoria (en cuanto a la admisión o inadmisión de la reclamación) de dicho órgano, que además es el que tramita e impulsa el procedimiento.

Por otra parte, la regulación legal del procedimiento de reclamación es imperfecta y adolece de notorias lagunas. Dicho sea por ir al grano y por no detenernos en aspectos de forma, como la utilización de un lenguaje quizá de moda o importado de otras latitudes o de otras ciencias sociales («red de puntos de contacto»), a la par que eufemístico («solución de diferencias»), pero escasamente congruente con el de nuestro ordenamiento administrativo. La más importante de esas lagunas es que entre los «puntos de contacto para la unidad de mercado», que se enumeran en el artículo 26.4, a los que debe remitirse la reclamación para que sea resuelta por la Administración competente (art. 26.5), no se encuentran las Administraciones locales. ¿Qué sucede, entonces, si la actuación impugnada por infracción de la libertad de establecimiento o de circulación procede de una entidad local, supuesto por lo demás no insólito? ¿A qué punto de contacto habrá que enviar el expediente para que resuelva? No puedo imaginar la respuesta con la Ley en la mano, pero no cabe duda que la única solución posible es enviarlo a la entidad local autora de la actuación impugnada, aunque no pertenezca a la (selecta) «red de puntos de contacto».

El segundo problema del procedimiento radica en la inexistencia de trámites que pueden ser indispensables para resolver o para garantizar derechos de terceros. En efecto, la rapidez con que el legislador ha querido que se resuelva esta reclamación le lleva a reducir la tramitación a un conjunto de informes: el de cualesquiera «puntos de contacto» de la red que desee voluntariamente informar —y en un plazo de cinco días—; el de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, que es preceptivo y debe evacuarse en un plazo de diez días, y en su caso el del órgano autor de la actuación impugnada, si ésta no agota la vía administrativa. Este último informe no se remite, sin embargo, a la Secretaría del Consejo a fin de que elabore el suyo, ni a los demás «puntos de contacto», sino solo al órgano o autoridad que ha de resolver sobre la reclamación. En consecuencia, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado y, en su caso, los demás «puntos de contacto» que se decidan a aportar un informe propio y urgente no tendrán más elementos de juicio que el texto de la reclamación y, en su caso, los documentos y datos que aporte el reclamante. Y eso no solo si lo que se impugna es una disposición de carácter general o un acto administrativo, cualquiera que sea, sino incluso una supuesta actuación en vía de hecho o (teóricamente al menos) una inactividad administrativa. Tampoco tendrán ocasión —ni tiempo— para recabar y recibir alegaciones de terceros interesados. Así las cosas, resulta difícil pensar que la tramitación de la reclamación reúna las imprescindibles garantías de acierto y de seguridad jurídica, salvo en supuestos de infracción patente,

manifiesta e incontestable producida por un acto expreso o disposición general.

En cualquier caso, como se ha dicho ya, la reclamación debe ser resuelta por la Administración autora de la actuación recurrida en el plazo de quince días. Si dicha actuación pone fin a la vía administrativa, el órgano competente para resolver es el que la haya adoptado. Si no pone fin a la vía administrativa, resolverá el órgano al que correspondería resolver el recurso ordinario —de alzada— contra aquélla, es decir, normalmente el superior jerárquico (art. 26.5). Una vez resuelta la reclamación, el «punto de contacto» correspondiente a la autoridad competente para resolver (pero ¿qué pasa si ésta pertenece a la Administración local?, que no se define como uno de los «puntos de contacto») debe informar a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado y a los demás puntos de contacto de la red sobre la resolución recaída y sobre las medidas que «se hayan adoptado» para dar solución a la reclamación (art. 26.6). Será entonces la Secretaría del Consejo y no la autoridad o Administración que resuelve la que debe notificar todo ello al reclamante, junto con los informes emitidos en el procedimiento (art. 26.7), notificación que ha de realizarse en el día hábil siguiente a la recepción de la resolución.

Si ya resulta complicado que la autoridad competente resuelva la reclamación en un plazo máximo de quince días desde que se interpone —ante un órgano distinto y, en muchos casos, de una Administración diferente—, es de suponer que lo será más aún que en ese mismo plazo se hayan adoptado ya medidas para solucionar la situación objeto de la reclamación, salvo que sean medidas muy sencillas que no requieran de ninguna tramitación ulterior.

Si en el plazo de quince días no se adopta la resolución, dice la Ley que «se entenderá desestimada [la reclamación] por silencio administrativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto de la actuación objeto de la reclamación» (art. 26.6). Hay en esta fórmula legal nada menos que una reformulación de la figura del silencio negativo para este caso concreto, ya que, como es sabido, según la legislación general, el silencio negativo no equivale a un acto desestimatorio expreso, sino que es una simple ficción que permite al interesado interponer los recursos que procedan, pero sin excluir una resolución expresa posterior en sentido estimatorio (art. 43.2 LRJPAC). Conforme a la letra del artículo 26.6 de la LGUM, parece que no es así, sino que hay que entender que el órgano competente ha decidido mantener su criterio y, por tanto, la actuación impugnada. O bien el legislador no ha sido consciente de este cambio trascendental sobre el sentido del silencio, o bien ha preferido que la

reclamación se resuelva en todo caso en el brevísimo plazo de quince días, sin aceptar la posibilidad de una resolución tardía o extemporánea. Me inclino a pensar que es esta última la voluntad del legislador, ya que la interposición de la reclamación del artículo 26 de la LGUM suspende el plazo para interponer otros posibles recursos por los interesados hasta que se produzca su inadmisión o eventual desestimación (art. 26.9) y no sería lógico que dicho plazo quedara indefinidamente suspendido si no hay una resolución expresa de la reclamación. Pero, dado que será difícil tramitar y resolver la reclamación en el plazo legal, salvo en asuntos de gran simplicidad, esa regla sobre el efecto del silencio es casi una invitación a la desestimación presunta de las reclamaciones.

En fin, si no hay resolución expresa, no queda claro que la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado deba notificar a los interesados esa circunstancia, pues la Ley solo se refiere a la notificación de «la resolución». Lógicamente, se debería notificar a los reclamantes inmediatamente que su impugnación no ha sido resuelta pasado el plazo legal y que debe entenderse desestimada. Pues es a partir de esa notificación cuando deben iniciarse los plazos para que interpongan otros recursos posibles. En ausencia de notificación, los interesados no tendrán total seguridad acerca del día de inicio de esos plazos.

Añade el artículo 26.8 que si los operadores económicos y las organizaciones representativas, incluidas las Cámaras de Comercio y las asociaciones profesionales, «a la vista de la decisión de la autoridad competente» —que, obviamente, pues, se les tiene que comunicar en todo caso—, no consideran satisfechos sus derechos e intereses legítimos, pueden dirigir a la CNMC «su solicitud» a los efectos previstos en el artículo 27, «en un plazo de cinco días» (art. 26.8). Nos remitimos ahora al estudio de ese artículo 27, que exponemos más abajo. En todo caso, lo que el artículo 26.8 quiere decir es que los reclamantes insatisfechos pueden reiterar sus pretensiones ante la CNMC, para que ésta interponga un recurso contencioso-administrativo especial. Entonces, como veremos, la originaria reclamación administrativa se transmuta en una especie de «petición» para que la CNMC recurra. Por eso tiene poco sentido limitar esta posibilidad de ejercicio de un derecho de petición a un plazo de cinco días y, en realidad, no debería entenderse que se trata de un plazo preclusivo, a la vista de lo que dispone el artículo 27. Por otra parte, la resolución expresa o presunta de la reclamación administrativa regulada en el artículo 26 pone fin en todo caso a la vía administrativa, de manera que los interesados podrán siempre recurrirla por sí mismos en vía contenciosa, conforme al procedimiento ordinario y en los plazos del artículo 46 LJCA. Por tanto, el transcurso del pla-

zo de cinco días para acudir a la CNMC no implica la firmeza de la resolución que pone fin a la reclamación.

F) *Breve conclusión crítica*

Todos esos problemas jurídicos y prácticos apuntados, aparte de la amplia oposición que la LGUM ha suscitado en algunas Comunidades Autónomas y la que, sin duda, existirá en estas y otras y en las entidades locales a la hora de su aplicación, van a lastrar muy probablemente la eficacia del mecanismo de reclamación del artículo 26 de esa Ley. Quizá hubiera sido mejor arbitrar otros mecanismos más sencillos de cooperación en procedimientos de recurso iniciados y tramitados íntegramente por la Administración competente en cada caso. Por ejemplo, se podía haber legitimado a los operadores económicos afectados y a sus organizaciones representativas para solicitar un informe del Consejo para la Unidad de Mercado (o de la CNMC), con el fin de aportarlo en la vía de recurso ordinario procedente. O bien el legislador podía haberse conformado con el recurso contencioso previsto en el artículo 27 y con la solicitud de informes de las Administraciones competentes y formulación de propuestas ante ellas por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, que regula el artículo 28. No siempre la multiplicación o superposición de mecanismos de garantía es lo más eficaz. Tal como está regulada la reclamación del artículo 26, es de temer que no sea muy utilizada y, sobre todo, que no sea muy útil.

2. *El recurso contencioso-administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado*

El artículo 27 LGUM reconoce también la legitimación activa de la CNMC para recurrir en la vía contencioso-administrativa cualquier actuación administrativa de las que son impugnables conforme a la LJCA que se considere contraria a la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos establecidos en la LGUM. A tal efecto prevé un procedimiento contencioso-administrativo especial, que la Disposición Final Primera, Tres, de la LGUM introduce en el texto de la LJCA, como Capítulo IV de su Título V: artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter. Debemos ahora examinar con detalle este otro mecanismo de garantía.

A) *Legitimación de la CNMC y derecho de petición*

Ante todo, el artículo 27.1 LGUM reconoce la legitimación activa de la CNMC para impugnar cualquier disposición general, acto administrativo, inactividad o vía de hecho que se considere contrario a aquellas libertades, pero de acuerdo con el nuevo procedimiento especial del Capítulo IV del Título V de la LJCA. No solo eso, sino que la legitimación activa para interponer este tipo de recurso especial se atribuye a la CNMC en exclusiva por el artículo 27.6 de la LGUM y por el nuevo artículo 127 bis.1 de la LJCA. Se trata, pues, de una vía especial de recurso que solo la CNMC puede activar y, viceversa, si la CNMC pretende defender las libertades de establecimiento y circulación frente a una actuación administrativa en la vía contencioso-administrativa debe utilizar este procedimiento, pues no se le reconoce legitimación de manera más general en el artículo 19 LJCA, que no se modifica.

Esta exclusividad de la legitimación activa se combina, no obstante, con un amplio reconocimiento del derecho de petición a la CNMC para que interponga el recurso. En efecto, según el artículo 27.2 LGUM, la CNMC puede actuar de oficio o bien a petición de los operadores económicos (afectados, se entiende), «que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso-administrativo». Es decir, los operadores interesados pueden presentar por su cuenta recurso contencioso-administrativo, pero por el procedimiento ordinario y conforme a las reglas generales de la LJCA. Pero, si lo desean, pueden también solicitar de la CNMC que interponga el recurso por el nuevo procedimiento especial. La única condición que establece la LGUM es que formulen esa petición antes de interponer su propio recurso, obviamente para evitar que existan dos procedimientos contencioso-administrativos con el mismo objeto. Si optan por hacer la petición a la CNMC, el plazo para interponer su propio recurso queda suspendido hasta que la CNMC les comunique su decisión (art. 27.5 LGUM).

Cabe preguntarse si antes de presentar la petición ante la CNMC los operadores económicos interesados tienen que haber agotado la vía administrativa previa de reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado regulada en el artículo 26. Parecería que así es, ya que el apartado 8 de este artículo establece que los operadores económicos —y también las organizaciones representativas de intereses— que no se consideren satisfechos con el resultado de la reclamación pueden dirigir su solicitud a la CNMC conforme al artículo 27, en un plazo de cinco días. De alguna forma, ese apartado vincula la reclamación previa y el recurso contencioso-administrativo especial. Pero hay

que tener en cuenta que la citada reclamación previa es solo potestativa y que los operadores económicos —e inclusive las organizaciones representativas de sus intereses, en defensa de los intereses legítimos colectivos que les corresponden [arts. 31.2 LRJPAC y 19.1.b) LJCA]— pueden también interponer recurso administrativo ordinario o recurso contencioso-administrativo sin necesidad de utilizar esa vía especial. Si es así, parece claro que cualquier operador económico puede dirigir su petición a la CNMC directamente, sin necesidad de formular antes la reclamación administrativa del artículo 26 LGUM. Ahora bien, si el acto que se quiere impugnar no agota la vía administrativa, los operadores interesados deberán agotarla, sea mediante la citada reclamación o, alternativamente, mediante un recurso de alzada, por la sencilla razón de que la CNMC no puede recurrir en vía contencioso-administrativa un acto que no ponga fin a la vía administrativa, de conformidad con el artículo 25.1 LJCA.

Pero no solo pueden solicitar de la CNMC la interposición del recurso especial en materia de unidad de mercado los operadores económicos en cada caso afectados. La Disposición Adicional 5.^a de la LGUM reconoce al respecto la acción pública y, en particular, la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados. Queda claro, sin embargo, a pesar de alguna expresión poco acertada (será pública la acción «para exigir...»), que la Ley está reconociendo en este caso un derecho de petición, y así lo expresan el artículo 27.6 de la LGUM y el segundo párrafo de su DA 5.^a. Quiere ello decir que la CNMC es la que decide libremente en tales casos si recurre o no una determinada actuación y no tiene otras obligaciones para con el peticionario que las que derivan de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición (art. 11), es decir, contestar motivadamente a la petición e impulsar el procedimiento solicitado solo si la estima fundada y de acuerdo con su propio y discrecional criterio.

No está tan claro en el texto de la LGUM si la solicitud para interponer el recurso que formula a la CNMC el operador económico interesado equivale también al ejercicio del derecho de petición. La Ley induce a cierta confusión, pues utiliza indistintamente para este supuesto el concepto de solicitud y el de petición. En todo caso, la solicitud o petición de un operador económico afectado no vincula a la CNMC, que siempre decide autónomamente —discrecionalmente— lo que procede. Sin embargo, cuando el solicitante o peticionario es ese operador económico, las consecuencias procedimentales son diferentes. La CNMC ha de valorar si procede o no la interposición del recurso contencioso-administrativo en un plazo de cinco días y ha de informar al operador interesado de su decisión (art. 27.3 LGUM), teniendo en cuenta, en su

caso, el informe que haya emitido la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, obviamente durante la tramitación de la reclamación del artículo 26. Además, el plazo que los operadores solicitantes tienen para interponer su propio recurso contencioso-administrativo ordinario queda suspendido hasta que la CNMC les comunica su decisión (art. 27.5), como se ha dicho. Asimismo, el plazo que la CNMC tiene para interponer el recurso contencioso-administrativo especial, conforme al artículo 46 LJCA, se computa desde el día en que los operadores económicos presentaron su solicitud ante ella y no desde la notificación o publicación de la actuación firme recurrida o desde que se produzca el acto presunto, la inactividad o la vía de hecho a impugnar (art. 127 bis.2 LJCA). Nada de lo anterior se establece en la Ley para los casos en que quien dirige la petición a la CNMC es una persona física o jurídica en ejercicio de la acción pública o en defensa de intereses colectivos.

Por otra parte, hay que reiterar que nada impide que los operadores interesados interpongan recurso contencioso-administrativo por el procedimiento ordinario contra la misma actuación en vez de acudir a la CNMC, recurso que pueden fundar en otros motivos adicionales a la infracción de la unidad de mercado. También pueden interponer su propio recurso contencioso ordinario si la CNMV ha decidido iniciar el procedimiento especial. Pero si el único motivo de su impugnación es la infracción de la LGUM, entonces les será más útil sumarse al recurso de la CNMV compareciendo en el mismo como parte demandante, tal como la Ley permite.

B) *Naturaleza y características del procedimiento especial*

En suma, solo la CNMC puede interponer el recurso contencioso-administrativo especial que se regula ahora en los artículos 127 bis a 127 quáter de la LJCA, y esa es su mayor singularidad. Pero ello no es incompatible, como se dirá, con la posibilidad de que otras personas comparezcan en ese recurso una vez iniciado y actuar como parte code mandante, posibilidad que la Ley reconoce en términos muy amplios. Pese a esto último, la legitimación exclusiva de la CNMC dota a este tipo de recurso de una naturaleza en cierto modo objetiva, es decir, destinado a proteger la legalidad en la materia o, si se prefiere, el interés general de la unidad de mercado, y no tanto derechos e intereses legítimos particulares. Quizá para compensar esta orientación, la Ley permite la presencia de esos otros demandantes y que puedan formular sus propias pretensiones, pero siempre que la CNMC inste el recurso.

Por lo demás, el recurso tiene naturaleza preferente (art. 127 ter.9), como otros procedimientos especiales de recurso, y carácter urgente, a tenor de la brevedad de los plazos de tramitación. Es asimismo un recurso extraordinario, por cuanto solo pueden enjuiciarse a través del mismo las infracciones del ordenamiento jurídico, cualesquiera que sean, inclusive la desviación de poder, que afecten a la libertad de establecimiento o de circulación (arts. 127 bis.1 y 127 ter.6). En fin, es un recurso suspensivo de la actuación recurrida, si lo solicita la CNMC, sin perjuicio de la facultad del órgano jurisdiccional de levantar la suspensión (art. 127 quáter).

Corresponde conocer de este recurso especial a la Audiencia Nacional [nuevo art. 11.1.h LJCA], aunque puede existir también recurso de casación. A este y demás efectos deben aplicarse las reglas generales de la LJCA, en lo no previsto expresamente para el propio procedimiento especial (art. 127 ter.10).

C) *Interposición del recurso y partes del proceso*

Dice el artículo 127 bis.1 LJCA, en su párrafo segundo, que el plazo para interponer el recurso por la CNMC, única legitimada para ello según se ha expuesto, es el de dos meses, conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Dice mal, pues este artículo de la LJCA prevé un supuesto —el de los actos presuntos— en que el plazo no es de dos meses. Pero es de suponer que, llegado el caso, la Audiencia Nacional «corregirá» por vía de interpretación este lapsus del legislador y aplicará las normas generales conforme a la doctrina consolidada, incluso en el caso del plazo para recurrir los actos presuntos, a que ya se ha hecho referencia. Por tanto, la única peculiaridad que en este caso se contempla es que si la CNMC actúa a solicitud de un operador económico interesado, el plazo de dos meses se computa desde que se presentó la solicitud ante aquélla. Sin embargo, esto no puede suponer que la CNMC pueda impugnar actos firmes y consentidos por los interesados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 LJCA. Por tanto, si la solicitud dirigida a la CNMC lo es contra alguno de estos actos, la propia CNMC debería inadmitirla o rechazarla. Si no lo hace e interpone recurso, será la Audiencia Nacional la que deberá verificar si el mismo se dirige contra una actuación administrativa recurrible.

La interposición del recurso habrá de formularse mediante escrito con el contenido y documentos adjuntos a que se refiere el artículo 45 LJCA. La representación y defensa de la CNMC corresponderán de or-

dinario a la Abogacía del Estado, conforme a lo dispuesto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

Parte demandada en el recurso es la Administración autora de la actuación recurrida, que podría ser incluso —al menos en teoría— la propia Administración General del Estado o entidades u organismos dependientes de la misma. Ningún obstáculo existe para ello en la legislación general, ya que la CNMC goza de un estatuto específico de autonomía respecto de la Administración del Estado [art. 20.c) LJCA]. En todo caso, el recurso especial regula un proceso entre Administraciones públicas, pues la CNMC también lo es, en el que no se aplican las diligencias preliminares del artículo 44 LJCA. Otra excepción importante y acaso no justificada, pues quizá algunas de las «diferencias» a que se refiere la LGUM podrían resolverse en virtud de un requerimiento previo (art. 44 LJCA).

Pero, además, el artículo 127 ter.7 faculta a cualquier operador económico que tuviere un interés directo en la anulación de la actuación impugnada y no la hubiere recurrido de forma independiente para solicitar su intervención en el procedimiento como parte recurrente, solicitud que debe resolverse mediante auto de la Sala, previa audiencia de todas las partes. Ésta es una novedad procesal de relieve, pues permite actuar como parte recurrente a quien no ha interpuesto un recurso propio contra la actuación administrativa de que se trate. No solo eso, sino que, en escasa sintonía con el texto del nuevo artículo 127 ter que la LGUM introduce, la DF 5.^a de esa Ley reconoce también el derecho a personarse en este recurso especial a corporaciones, asociaciones y grupos de afectados. Comparecencia ésta que puede ser, por lógica y porque la Ley no dice nada en contrario, también en calidad de recurrentes o codemandantes junto a la CNMC. Eso sí, los comparecientes deberán demostrar que resultan «afectados» por el recurso o la actuación recurrida en sus derechos o intereses legítimos, en su caso colectivos.

La previsión del artículo 127 ter.7 podría haber sido coherente con el mecanismo de garantía especial del artículo 27 LGUM si se refiriera solo a aquellos operadores económicos que, habiendo agotado la vía administrativa correspondiente y sin dejar que gane firmeza la actuación impugnada, hubieran optado por solicitar de la CNMC que presente el recurso especial en vez de acudir directamente a la vía contencioso-administrativa ordinaria. Pero la redacción de ese artículo 127 ter.7 LJCA y, sobre todo, la de la DF 5.^a LGUM han desbordado este supuesto. En consecuencia, personas o entidades que no hayan realizado actividad impugnatoria alguna contra la disposición, acto o actuación recurrida por la CNMC podrán sumarse al recurso interpuesto por ésta,

sin tener en cuenta las consecuencias de la doctrina de los propios actos. Tampoco deberán pagar tasa judicial alguna, conforme a la legislación vigente (arts. 2, 3 y 5 de la Ley 20/2012, de 20 de noviembre), ya que no son quienes promueven o interponen el recurso.

Quienes con esa condición se personen en el proceso serán considerados parte a todos los efectos y podrán defender sus propias pretensiones, no solo las de la recurrente principal, desde que tengan ocasión de formularlas, ya que la comparecencia no retrotrae los trámites del proceso. Incluso los operadores económicos comparecidos podrán interponer los recursos que estimen procedentes contra las resoluciones judiciales, aunque la CNMC y las demás partes personadas no las recurran (art. 127 ter.7). Sin duda, ésta es otra peculiaridad relevante (y rompedora) del nuevo procedimiento judicial en defensa de la unidad de mercado.

D) *Tramitación e incidencias*

Como se ha señalado, el procedimiento se tramita con celeridad. En el mismo día de la interposición del recurso por la CNMC debe requerirse a la Administración demandada el expediente administrativo, que debe remitirse en un plazo de cinco días, «acompañado de los informes y datos que se soliciten en el recurso» (art. 127 ter.1). Se supone que se trata de informes ya elaborados con antelación. Probablemente, el legislador pensaba en los evacuados en la vía administrativa previa y, muy en especial, en aquellos a que se refiere el artículo 26 LGUM. Pero el artículo 127 bis LJCA no matiza. La falta de envío del expediente no suspende el curso de los autos, sin perjuicio de que si se envía con posterioridad a la formulación de la demanda se conceda a las partes un plazo adicional de alegaciones (art. 127 ter.2 y 3).

La demanda se ha de formular en el plazo de diez días (art. 127 ter.3). La contestación de las partes demandadas en el plazo común e improrrogable de otros diez días (art. 127 ter.4). El período de práctica de las pruebas, si lo hubiera, no será por plazo superior a veinte días (art. 127 ter.5). Y, concluidas las actuaciones, el órgano jurisdiccional deberá dictar sentencia en el plazo de cinco días (art. 127 ter.6). Incluso cabe la posibilidad de dictar sentencia de viva voz en los casos en que no quepa ulterior recurso, de forma que el órgano jurisdiccional, previa convocatoria de las partes y aunque alguna no comparezca, puede exponer verbalmente sus razonamientos y pronunciar el fallo, todo lo cual será objeto de grabación y recogido en una certificación del secretario. Modalidad ésta de sentenciar, hasta ahora solo prevista en

el ámbito contencioso-administrativo para el recurso especial sobre prohibición o modificación de reuniones, que no se sabe si será utilizada en la práctica por un órgano colegiado como la Sala competente de la Audiencia Nacional.

Dos aspectos incidentales llaman la atención. Según el artículo 127 ter.8, la Sala acordará la acumulación al recurso de la CNMC de todo procedimiento que, iniciado por un operador económico contra la misma actuación administrativa ante el mismo o distinto órgano jurisdiccional, se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación. Habrá que entender que solo cabe la acumulación si esos otros procedimientos se fundan únicamente en ese tipo de infracciones del ordenamiento y no en otras además, que no cabe resolver en el procedimiento especial. Lo que se pretende es, desde luego, evitar posibles fallos contradictorios y concentrar la competencia en la Audiencia Nacional. Pero la previsión legal puede ser difícil de concretar, por la dificultad de saber de otros recursos con el mismo objeto, y, en su caso, puede provocar retrasos en la tramitación del recurso.

El segundo aspecto es el ya comentado de la suspensión automática y sin afianzamiento de la disposición, acto o resolución recurrido, si la CNMC lo solicita, y sin perjuicio de que se puedan adoptar otras medidas cautelares (art. 127 quáter.1). Dicha suspensión puede ser levantada por el órgano judicial a petición de la Administración demandada y previa audiencia de las otras partes, si se acredita que de su mantenimiento pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros. Pero el levantamiento solo puede solicitarse en el plazo de tres meses desde la adopción de la medida cautelar (art. 127 quáter.2). Esta última precisión supone que, por la sola decisión de la CNMC y sin intervención judicial, la disposición o acto recurrido puede quedar en suspenso por plazo de tres meses. Si lo que se impugna es una disposición o acto de una Comunidad Autónoma, el precepto suscita serias dudas de constitucionalidad, pues en la práctica supone un control administrativo de carácter suspensivo sobre decisiones de las Comunidades Autónomas no permitido por el artículo 153 de la Constitución. Quizá el legislador se haya inspirado en el efecto suspensivo inicial y automático de las impugnaciones de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas presentadas por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional. Pero esto último está expresamente previsto por el artículo 162.1 de la Constitución.

E) *Contenido de la sentencia y recursos*

Según el artículo 127 ter.6, la sentencia que estime el recuso implicará «la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado». La redacción no es muy precisa, pero ya se ha visto que éste no es el punto fuerte de la LGUM. Lo que se quiere decir con «corrección», conforme al artículo 71 de la LJCA, que aquel mismo precepto invoca, es que la sentencia estimatoria declarará que la actuación impugnada no es conforme a Derecho y, en su caso, la anulará total o parcialmente o dispondrá que cese o se modifique esa actuación, en los términos que legalmente proceda.

Por lo que se refiere al resarcimiento de daños y perjuicios, se podrá acordar en sentencia si se ha solicitado por alguna de las partes, matiz que en este caso tiene importancia, pues si la recurrente es solo la CNMC no tiene por qué pedirlo. Ahora bien, ya se ha dicho que, una vez interpuesto el recurso por aquélla, los operadores directamente perjudicados podrían comparecer como parte demandante solicitando la indemnización y alegar y probar lo necesario para ello ante la Sala.

La Disposición Final 1.^a de la LGUM ha modificado también el artículo 110.1 de la LJCA para permitir la extensión de los efectos de una sentencia firme dictada en materia «de unidad de mercado» a otros casos similares, por el procedimiento previsto en dicho artículo. Esta posibilidad se refiere no solo a las sentencias dictadas en el procedimiento especial del Capítulo IV del Título V LJCA, sino a cualquier otra sentencia que en un procedimiento contencioso ordinario resuelva sobre esa materia. La solicitud de extensión de los efectos de la sentencia deberá formularse por las personas en cada caso interesadas, con las condiciones y en el plazo y términos del artículo 110, al que nos remitimos.

Volviendo al procedimiento especial que comentamos, contra la sentencia de la Audiencia Nacional que lo resuelve cabe recurso de casación en los supuestos previstos con carácter general en el artículo 86 de la LJCA. Así se deduce del artículo 127 ter.6 y 10. Lo normal será que quepa el recurso de casación, ya que siendo la CNMC la recurrente lo más probable es que los recursos tengan cuantía indeterminada. Otra cosa es que el recurso de casación se interponga por otro code mandante, en cuyo caso habrá que tener en cuenta la cuantía de sus pretensiones. Además, habrá de fundarse en Derecho estatal si el motivo del recurso es el contemplado en el artículo 88.1.d) LJCA; es decir, habrá de fundarse en la violación de las libertades de establecimiento y cir-

culación tal como están reguladas en la LGUM, única cuestión que puede suscitarse en la instancia.

F) *Valoración*

El nuevo procedimiento especial contencioso-administrativo que introduce la LGUM puede quizá ser útil para la finalidad que pretende. Pero todo dependerá del criterio que adopte la CNMC sobre la utilización de esta vía de recurso —en qué casos sí y en qué casos no— y de los medios que disponga para conocer de las peticiones que se le puedan dirigir al efecto, pues probablemente no serán muchos los asuntos en que actúe de oficio. Al menos los operadores interesados y sus organizaciones representativas tienen aquí una vía de recurso alternativa y mucho más rápida que el recurso contencioso-administrativo ordinario, siempre que «convenzan» a la CNMC para aceptar sus solicitudes o peticiones de impugnación. Vía que no les impide interponer su propio recurso contencioso-administrativo ordinario con posterioridad, tanto si la CNMC actúa como si no, según hemos explicado.

Junto a la preferencia y celeridad del nuevo procedimiento especial del Capítulo IV del Título V de la LJCA, su segunda gran ventaja es el carácter suspensivo automático de este recurso, si la CNMC lo pide. Sin embargo, este aspecto y, sobre todo, el hecho de que el órgano judicial no pueda levantar la suspensión hasta pasados tres meses desde la interposición del recurso —plazo en el que incluso podría estar ya resuelto— plantean serias dudas de inconstitucionalidad si lo que se recurre es una actuación administrativa de una Comunidad Autónoma, ya que equivale a un control suspensivo de legalidad en manos de un organismo administrativo estatal, aunque sus efectos sean temporalmente limitados. Aparte de los recursos directos de inconstitucionalidad ya presentados contra la LGUM y mientras no se resuelvan, la propia Audiencia Nacional podría suscitar la cuestión de inconstitucionalidad sobre este punto (art. 127 quáter.2 LJCA) en cuanto la CNMC solicite la suspensión cautelar de una decisión autonómica. Pero todo eso se verá.

La posibilidad de que se puedan sumar al recurso de la CNMC otros interesados, y no solo los operadores económicos que, sin dejar de ganar firmeza a la actuación recurrida, hayan optado por solicitar de aquella que interponga el recurso especial, es, sin embargo, una opción muy discutible, que quiebra algunos principios tradicionales de nuestro sistema de recursos. El legislador no ha acabado de articular correctamente la vía administrativa previa que regula el artículo 26, con todas sus peculiaridades, y el procedimiento contencioso-administra-

tivo especial que introduce, y da la impresión de que no ha despejado sus propias dudas acerca de la restricción de la legitimación a la CNMC. Por eso, quizá ha tratado de compensarla con el amplísimo reconocimiento del derecho de petición que contempla la DA 5.^a —que en realidad no añade nada nuevo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2001, reguladora de este derecho— y con la apertura de la participación en el proceso de aquellos otros interesados.

En suma, se compartan o no los propósitos de la LGUM, la deficiente técnica jurídica de que hace gala puede reducir sensiblemente la eficacia de los mecanismos de protección que establece —lo que es más que probable en el caso de la reclamación administrativa— y plantea nuevos problemas de interpretación y aplicación.