



# EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA UNIDAD DE MERCADO: ¿OBJETIVIZACION DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA?

MARCOS M. FERNANDO PABLO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA LEY DE GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO. II. LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. UN PLEITO ENTRE PARTES. III. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO. 1. La actividad impugnabile. La cuestión del recurso indirecto contra normas. La cuestión de la inactividad administrativa y la vía de hecho. 2. Legitimación. La figura del «interviniente». 3. La limitación objetiva del ámbito de conocimiento. Descripción general de lo que se entiende por unidad de mercado y carácter objetivo de este recurso contencioso-administrativo. 4. La sentencia. La compleja relación procedimiento especial/procedimiento general. IV. CONCLUSIONES.

## **Palabras clave**

*Jurisdicción objetiva; Unidad de mercado; Libertad de establecimiento y circulación; Equivalencia de condiciones.*

## **Resumen**

*Como uno más de los medios de garantía de su contenido, la Ley 20/2013, regula un procedimiento judicial contencioso-administrativo de especiales perfiles. Por una parte, porque sólo puede ser iniciado a instancia de la Comisión Nacional De Mercados y Competencia; por otra, porque sólo procede por vulneración de lo previsto en la propia ley, aunque pueden invocarse como motivos «cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico». El análisis detallado de tal proceso muestra la reintroducción de rasgos fuertemente objetivos en un sistema de justicia administrativa que históricamente se ha consolidado sobre el modelo subjetivo.*

## **I. INTRODUCCION: LA LEY DE GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

Una de las leyes más significativas de cuantas se han promulgado recientemente en España es la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, llamada «de Garantía de la Unidad de Mercado». Su propósito esencial es el de hacer posible un funcionamiento más ágil del



mercado interior, esto es, que los requisitos que la legislación administrativa propia de los Entes Territoriales Inferiores (fundamentalmente, Comunidades Autónomas) han impuesto al ejercicio de la libertad de empresa y la libre circulación de bienes, mercancías y la prestación de servicios, no resulten ser un obstáculo para las economías de escala en todo el territorio nacional.

La situación de fragmentación ocasionada por las divergencias normativas y la acción de las diferentes administraciones públicas, se ha traducido en una maraña normativa, donde, a título de simple ejemplo, es posible que un operador se vea obligado a etiquetar sus productos de manera diferente según donde pretenda comercializar sus productos (sin abandonar el mercado interior español), o someter a las exigencias de un nuevo sistema normativo los requisitos de habilitación para el ejercicio de una determinada actividad, sin abandonar el ámbito territorial de soberanía española<sup>1</sup>.

El problema viene ocasionado por el alcance territorial limitado de los poderes legislativos no centrales y la consiguiente presencia, en el territorio del mercado nacional, de diversas administraciones, cuyos actos, en principio, sólo alcanzarían al ámbito territorial propio de la legislación ejecutada.

Aunque tal consecuencia era fácilmente previsible, se vio agravada por dos circunstancias del devenir constitucional español. Por una parte, el completo desarrollo institucional del principio de autonomía hizo que las competencias normativas de las Comunidades Autónomas sólo se vieran afectadas por el mecanismo de la «legislación compartida» en los supuestos expresamente previstos en la Constitución, esto es, en los casos, previstos en el art. 149.1 CE.

La insuficiencia de este mecanismo (normativa básica en una materia como competencia exclusiva del Estado/normativa de desarrollo en manos de las Comunidades Autónomas) no se vio contrabalanceada, antes al contrario, por una interpretación constitucional expansiva del concepto de lo que resulta «básico» en cada una de las materias enumeradas. Adicionalmente, se ha omitido, en la historia constitucional reciente española, la utilización de otro mecanismo, también constitucional, ajeno a ese esquema. En particular, es notable la ausencia de leyes de armonización ex art. 150.3 CE («*El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas aún en el caso de materias atribuidas a las competencias de éstas*»). Este, que parecía y sigue pareciendo, el cauce natural para salvaguardar el superior inte-

<sup>1</sup> La CEOE ha publicado dos importantes Informes, ahora recogidos en *Informe: Inventario de las distorsiones de la unidad de mercado existentes en España. Actualización 2012*, donde, sector por sector, se detectan las barreras a la libre circulación de mercancías a la libertad de establecimiento y a los intercambios en el mercado español. A título de ejemplo: Problemas para obtener el registro sanitario para la exportación cuando el producto ha sido fabricado en otra Comunidad Autónoma, una «crema de orujo» en unas Comunidades Autónomas debe superar los 32 grados alcohólicos, mientras en otras sólo debe alcanzar los 16.



rés general (también aludido en el precepto) frente a la dispersión normativa, fue, para siempre, preterido una vez que la única experiencia legislativa (la Ley Orgánica 12/1983, de Armonización del Proceso Autonómico) fue declarada (mediante recurso previo de inconstitucionalidad) inconstitucional, en su mayor parte, por STC 76/83, estableciendo una doctrina de la que se ha destacado, sobre todo, el párrafo que afirma que solo resultan aplicables tales leyes a «*aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general*».

Pero, en segundo lugar, cuando ha tratado de reaccionarse frente a la inevitable diferenciación territorial, se ha hecho sobre la base de lo previsto en el art. 149.1.1 CE<sup>2</sup> que otorga competencia exclusiva al Estado central para «*regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales*», precepto del que, si algo parece claro, es que no apela a la distinción anterior normas básicas/legislación de desarrollo, sino a un título «transversal» a la misma distribución de competencias. Por eso su utilización poco cuidadosa puede terminar poniendo en cuestión el reparto mismo de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

No resulta, por ello, ilógico, que la Ley 20/2013 invoque el citado precepto constitucional (aunque también se citan otros títulos competenciales), especialmente si, como se afirma en el preámbulo, la ley *pretende establecer los principios que garanticen la unidad de mercado*, partiendo del art. 38 CE (libertad de empresa)<sup>3</sup>. Está por ver, sin embargo, que la utilización realizada de tal título competencial, permanezca dentro de los límites constitucionales.

En cualquier caso, cabía otro camino para restablecer las inevitables disparidades a un cierto equilibrio, camino que la Ley no ha querido seguir hasta el final, quizá porque

<sup>2</sup> Por eso, su utilización, cada vez más habitual, se explica en la necesidad del Estado de imponer el límite constitucional del principio autonómico enunciado en el art. 139.1 CE: Igualdad de derechos de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado. Han utilizado, total o parcialmente, aquel fundamento competencial, señaladamente, las Leyes 39/2006 (ley de dependencia) o el Texto Refundido de la Ley del Suelo, RDL 2/2008.

<sup>3</sup> Ya se anuncian varios recursos de inconstitucionalidad contra la Ley, por parte de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, y Canarias. El Consejo de Estado, sin embargo, informando el Anteproyecto, tras recordar lo esencial de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 139.2 concluye afirmando: «*el art. 139.2 de la Constitución... constituye un principio general de la articulación territorial del Estado, según su ubicación sistemática en el Título VIII de la Constitución y, a la vez, una limitación a los poderes públicos para establecer obstáculos a las mencionadas libertades*». Por otra parte, el art. 149.1, «*más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención autonómica, contiene una habilitación para que el Estado condicione (...) el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (dictamen 991/2011, de 21 de julio)*».



se buscaba un efecto más rápido. Nos referimos a la reinterpretación posible del art. 139 CE (unidad de mercado), que si no supone un título que atribuya competencias al Estado, sí otorga al Estado central el papel de garante de la unidad de mercado. Nada más congruente con tal función constitucional que utilizar la posibilidad de leyes de armonización, dando a los principios que enumera la propia ley, el papel que constitucionalmente les corresponde, de conformidad con el art. 150.3 CE que, obsérvese, menciona «*los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas*»<sup>4</sup>.

Si así se hubiera hecho, además, se habría adelantado a lo que parece ser el horizonte próximo: Las Comunidades «reticentes» darán rango de ley (por vía de abuso del Decreto-ley) a aquellas normas que quieran salvaguardar del aparato procesal *extra ordinem* diseñado en la Ley.

## II. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: UN PLEITO ENTRE PARTES

Una evolución de poco más de medio siglo, ha permitido introducir en el contencioso-administrativo español el conjunto de exigencias que reclama el derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisdicción administrativa es una verdadera «jurisdicción», y ante ella se ejercen la totalidad de las garantías que forman parte del contenido de tal derecho fundamental. Históricamente se han ido desmontando las «singularidades» o especialidades que inicialmente presentó. Los tribunales controlan la legalidad de toda la acción administrativa (acto administrativo<sup>5</sup>, reglamento, vía de hecho y determinados supuestos de inactividad, que constituyen la materia impugnabile típica, aunque siempre será posible enjuiciar otros supuestos de pasividad administrativa por vía de solicitud-petición y aplicación de la técnica de silencio negativo, que abre el acceso a la jurisdicción). Se han

<sup>4</sup> También se observa en el texto de la Ley el interés por «comunitarizar» el mercado interior español aplicando, a las normas procedentes de diferentes partes del territorio nacional iguales principios que son de aplicación en el intercambio intercomunitario de bienes, servicios y mercancías en el mercado único europeo. Lo que se pretende, muy legítimamente, es reintroducir un «vínculo comunitario» ex art. 139.2 CE a la normativa autonómica, de manera que esta sólo será constitucional si, además de respetar el orden de competencias, resulta adecuada a tal precepto constitucional reinterpretado en clave comunitaria. Pero en España no se ha realizado la reforma constitucional que, en Italia, permitió introducir tal vínculo comunitario directo.

<sup>5</sup> También los actos «*cualquiera que sea su naturaleza*» (es decir, actos diferentes de los estrictamente sujetos a derecho administrativo) del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en lo que afecte a los elementos reglados, la afectación de derechos fundamentales y la determinación de las indemnizaciones que procedan con relación a los mismos, art. 2. a) de la Ley 29/88 de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJ). Solamente se declara inadmisibile el recurso, por razones de coherencia del sistema, contra actos que sean reproducción de actos anteriores firmes por consentidos, art. 28 LJ.

desmontado la totalidad<sup>6</sup> de lo que la brillante prosa del maestro García de Enterría llamó «las inmunidades del poder»<sup>7</sup>.

El llamado «carácter revisor» de esta jurisdicción (fruto de su configuración inicial al modo de una «segunda instancia», y que imponía múltiples restricciones a la efectividad de la tutela judicial) ha quedado aparcado, y su verdadero alcance casi limitado a la afirmación de que «*la jurisdicción no está para remediar agravios posibles o futuros sino para remediar los efectivamente producidos*», amén de la necesidad parcial de «agotar la vía administrativa previa»<sup>8</sup>.

Las restricciones en materia de legitimación han desaparecido y hoy la jurisdicción ofrece tutela jurisdiccional a los titulares de derechos e intereses legítimos, tal como reclama el art. 24 de la CE, legitimación que se amplía a ciertos supuestos de acción popular (en cuyo caso «*cualquier ciudadano*» puede accionar «*en los casos expresamente previstos por las Leyes*», art. 19 h LJ) y a los casos en los que se reconoce la tutela de intereses colectivos (art. 19.1 b LJ: corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados sin personalidad –art. 18 LJ– que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos o intereses legítimos colectivos)<sup>9</sup>.

Las pretensiones que pueden hacerse valer en el contencioso (y que la sentencia puede o no satisfacer) no se limitan a las pretensiones declarativas, sino que incluyen pretensiones de condena a un hacer o no hacer (la adopción de las *medidas necesarias para restablecer*

<sup>6</sup> Significa, seguramente, un paso atrás (pero explicable en términos de constitucionalidad y derechos históricos de los territorios a los que afecta) lo dispuesto en el art. 3 d LJ y Disposición Adicional primera que excluyen, en la redacción dada por la LO 1/2010 las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales vascas del recurso contencioso, dando a las mismas el tratamiento formal de Ley y a los organismos citados, un papel similar al de ciertos órganos constitucionales alguno de cuyos actos pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo.

<sup>7</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 2004. Como se observa en el enunciado del título, citamos ahora la 3.ª edic. 3.ª reimp. de éste clásico trabajo, que reproduce aportaciones anteriores.

<sup>8</sup> Cualquier monografía dará cuenta de estas precisiones. Por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 2011. Se trata de la sexta edición de esta obra clásica.

<sup>9</sup> Supuestos singulares de algún interés: Para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, además de los afectados y siempre con autorización, se reconoce la legitimación en los términos del art. 19.1. i), a sindicatos, asociaciones constituidas con ese fin, y tratándose de intereses difusos también a «*los organismos públicos con competencia en la materia*», supuesto introducido por el apartado uno de la disposición adicional sexta de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. De igual modo, RDLeg 1/2013, Texto Refundido Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión Social, art. 76: «*Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación*».



*plenamente la situación jurídica individualizada* o titularidad declarada, la emisión de un acto o la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria: arts. 71-72 LJ).

Las limitaciones en materia de ejecución de sentencias condenatorias contra las administraciones han evolucionado hasta su práctica desaparición, especialmente desde el momento en que (STC 166/98) termina admitiendo el embargo de ciertos bienes públicos (con excepción de los de dominio público, comunales y los patrimoniales materialmente afectados a un uso o servicio público) a fin de que las reglas tradicionales no constituyan un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>10</sup>.

Todos estos aspectos (y alguno que omitimos) nos sitúan en la caracterización plenamente subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa española. El objeto del recurso no es el acto o actuación administrativa recurrida, sino «las pretensiones» (art. 1 LJ) de las partes. No hay «proceso al acto» sino proceso a la pretensión que una parte esgrime frente a la Administración. De ahí que las exigencias de legitimación reclamen, con naturalidad (y fuera de los supuestos particulares de acción pública o legitimación para la tutela de interés colectivos o difusos) un «título de pedir» concreto, actual, para cada proceso, porque el objeto del mismo no es la simple depuración de la ilegalidad administrativa, sino la satisfacción de intereses particulares suficientes para construir la idea de «derecho subjetivo» o al menos, la de *interés legítimo* que permita articular un «derecho reaccional»<sup>11</sup>. Por el contrario, y respecto del modelo francés, se ha dicho: «Técnicamente, el recurso de *excès de pouvoir* no se articuló como un proceso entre partes, que pugna cada una por asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas. Se exigía al recurrente acreditar un interés propio para entender cumplida su *qualité pour agir*, pero esa exigencia se entendía solamente como “un requisito de seriedad” (Odent); lo que en el proceso se ventilaba, después de pasar ese requisito previo, no tenía ya nada que ver con tal interés, sino que se limitaba a un control justamente “objetivo” de la legalidad del acto administrativo que se impugnaba. Pudo hablarse así de un “proceso hecho a un acto”, expresión curiosa que forjó Laferrière hace más de un siglo y que continúa manteniendo hoy Chapus, que la califica de “excelente”» (García de Enterría)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Por todos, J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

<sup>11</sup> Todo esto, como se ve, no es sino la enumeración de algunos rasgos con los que García de Enterría describió nuestro sistema de justicia administrativa como un sistema subjetivo (por oposición al recurso de *excès de poder* francés y su desarrollo histórico); rasgos que le permitieron no sólo la plenitud de la garantía jurisdiccional frente a la administración, sino también caracterizar el proceso contencioso administrativo como un verdadero «pleito entre partes».

<sup>12</sup> «Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista», *RAP (Revista de Administración Pública)*, núm. 152, mayo-agosto 2000, pp. 93-105, en concreto p. 93.



Si los rasgos caracterizadores son «el acceso a la jurisdicción, el objeto del proceso y el contenido de la sentencia del tribunal llamado a pronunciarse sobre la controversia», y esta «se centra en averiguar si ha existido una lesión jurídica en los derechos de los sujetos, entendiendo por lesión jurídica el perjuicio en los derechos del individuo ocasionado por una medida administrativa ilegal»<sup>13</sup>, no cabe duda que nuestro contencioso, tal como se ha configurado en el último medio siglo, responde al modelo subjetivo.

En Alemania, históricamente se dieron ambos modelos, pues mientras en Prusia se ponía el acento en el control de la legalidad de la actuación administrativa (contencioso objetivo), en el del sur, el control se centró en la protección de los derechos y posiciones subjetivas del accionante<sup>14</sup>. Y a una situación similar parece conducir el nuevo proceso especial de garantía de la unidad de mercado.

En efecto, un tanto inopinadamente, la ya citada Ley de garantía de la Unidad de Mercado, introduce un contencioso que altera, sustancialmente, nuestro modelo histórico y da lugar a lo que puede llamarse, con alguna propiedad, contencioso objetivo, en la medida en que sus características se aproximan más a este último, y sobre todo porque su finalidad parece ser, más la depuración del derecho positivo *ilegal* (por contradicción con la propia ley de unidad de mercado) que la estricta tutela de posiciones subjetivas.

Aunque parecía posible configurar la jurisdicción contenciosa sobre la base (objetiva) del art. 106 CE («*Los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican*»), lo cierto es que la obra del Tribunal Constitucional, situando el contencioso plenamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no dejaba margen al Legislador de 1998, sino para configurar la justicia administrativa como un «pleito entre partes». Y ello con independencia de que, dada la judicialización de las relaciones interadministrativas, nuestra justicia administrativa fuera también el cauce de ciertos procesos interadministrativos en los que se ventilaban cuestiones de legalidad objetiva (defensa del ámbito de autonomía propia).

Con base, quizá, en algunos preceptos cuasi olvidados (los arts. 12.3, hoy derogado, y 13.2 de la Ley 15/2007)<sup>15</sup>, que legitimaban a los órganos administrativos de defensa

<sup>13</sup> S. GONZÁLEZ VARAS, *La jurisdicción contenciosa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 69.

<sup>14</sup> S. GONZÁLEZ VARAS, *La jurisdicción.. cit.*, p. 75.

<sup>15</sup> Tales artículos legitimaban a la Comisión Nacional de la Competencia para *impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*, y a los órganos similares de las Comunidades Autónomas *para impugnar los actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*.

Por cierto, el segundo de los preceptos, el referido a las Comunidades Autónomas, sigue formalmente vigente, por cuanto la letra e) de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sólo deroga el art. 12.3 de la Ley 15/2007.





de la competencia para interponer recurso contencioso-administrativo contra actos y disposiciones de rango inferior a ley de los que deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, surge ahora un procedimiento especial para tutelar la unidad de mercado

Al introducir una finalidad objetiva de depuración de la legalidad, el Legislador ha necesitado introducir rasgos del otro modelo de justicia administrativa, en el que el derecho a la tutela judicial parece configurarse con perfiles propios. El futuro que espera a tal procedimiento singular, puede ser incierto, pero al menos en el presente, merece la pena desgranar alguno de los problemas que suscita la configuración ordinaria de la tutela judicial efectiva en el seno del mismo.

### III. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

#### 1. La actividad impugnabile. La cuestión del recurso indirecto contra normas. La cuestión de la inactividad administrativa y la vía de hecho

Como uno más de los procedimientos especiales, se regula ahora en el Título V de la LJ el procedimiento aludido que presenta las siguientes características. En primer lugar, aunque la actividad administrativa impugnabile sigue siendo casi idéntica al del contencioso ordinario (disposición, *acto*, *actuación*, *inactividad o vía de hecho*, dice el art. 127 bis LJ), no deja de ser llamativa la falta de coincidencia exacta entre la materia impugnabile ex art. 25 y ss. LJ, aunque el término «actuación» sea el utilizado por el art. 1 de la propia LJ para aludir al ámbito de esta jurisdicción. El actual 127 ter 10 («*El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, en lo no dispuesto en este Capítulo, se regirá por las normas generales de la presente Ley*») hace difícil diferenciar una materia distinta, frente a la normativa general, como objeto de este procedimiento. La inclusión del término «actuación» sólo cabe interpretarla como una relativa inexactitud del Legislador, quizá con la idea de ampliar la actividad material de la administración que resultaría impugnabile. Recuérdese que, de conformidad con las normas generales (art. 25-2 LJ) solo cabe recurso contencioso contra las «*actuaciones materiales que constituyan vía de hecho*», no en otro caso. ¿*Quid iuris*, entonces, respecto de actuaciones de la administración que no constituyan acto, disposición y no integren el concepto de vía de hecho? No es una simple hipótesis: Piénsese, por ejemplo, en la actividad «informativa» de una administración que trata de condicionar, de manera contraria a la Ley 20/2013 (LUM) la actividad de un operador. La jurisprudencia deberá decidir si del art. 127 bis<sup>16</sup> se sigue una ampliación de la actividad

<sup>16</sup> El art. 127 bis de la LJ se inicia, en el texto que le da la Disposición Final Primera de LUM, con una clamorosa errata en el BOE núm. 295 del 10 diciembre 2013, al referirse a la *Ley 19/2013* (es la conocida





impugnable por ser contraria a la LUM, con relación a la materia impugnable propia del recurso contencioso administrativo ordinario (acto, disposición, inactividad y actuación material constitutiva de vía de hecho).

No parece que debiera ofrecer dudas (desde esta perspectiva de la actividad impugnada) la referencia contenida en el art. 127 bis a «una *disposición*», como omnicomprensiva tanto de reglamentos (disposiciones administrativas de carácter general) como de los Decretos Legislativos «*en cuanto excedan los límites de la delegación*» (art. 1 LJ). Pero los inconvenientes de tal equiparación (que supone leer el término «disposición» sin dar por supuesto que se refiere únicamente a disposiciones *administrativas* de carácter general) son notables.

Aunque el aspecto competencial podría entenderse salvado y sería posible leer el actual art. 10.1.b) LJ («*Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: b) Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales*») en consonancia con la nueva redacción del art.11.1.h («*La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia: h) De los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado*»), la interpretación según la cual en este proceso especial no es de aplicación el art. 10.1.b) LJ sería llamativa: un Decreto Legislativo Autonómico enjuiciado en la Audiencia Nacional por exceso respecto de la delegación otorgada por el respectivo Parlamento Autonómico. Todo ello, sólo explicable en virtud de la competencia «*excepcional*» aludida en el art. 66 e *in fine* de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial: («*La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional conocerá... y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la ley*»).

Sobre esta «*materia impugnable*» hay que proyectar las exigencias generales, de manera que el acto administrativo ha de ser un acto definitivo (o de trámite cualificado, art. 25.1 LJ) que agote la vía administrativa. A este fin se prevé que en la reclamación previa ante el Consejo de la Unidad de Mercado (art. 26.7 LUM) se agote la vía administrativa con la respuesta de la autoridad competente que ha intervenido en la misma. Con relación a las disposiciones administrativas no hay nada especial que señalar en este procedimiento, salvo que no se aclara si el llamado recurso indirecto (art. 26 LJ) contra normas reglamentarias podrá plantearse por este cauce procesal. Por supuesto, en el procedimiento especial examinado podrán impugnarse actos fundándose en tal motivo, pero es discutible si la Audiencia Nacional (órgano que extrañamente conoce del procedimiento especial) ha de plantear la llamada «*cuestión de ilegalidad*» a la que se refieren los arts. 123 a 126

---

como *Ley de Transparencia*) en lugar de a la Ley 20/2013. Diríase que el Legislador sigue «a la letra» su plan de reformas y ya no sabe en qué momento se encuentra. No hemos visto corregida la errata en la base de datos del BOE.

LJ). En realidad, de conformidad con el art. 27 de la LJ, si la ilegalidad de la disposición administrativa aplicada lo es *por razón de afectar a la LUM*, no habrá lugar a tal cuestión y la Audiencia Nacional podría pronunciarse sobre la nulidad de la norma reglamentaria aplicada. En efecto, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional resulta competente para conocer también del recurso especial directo contra la norma, —como reclama literalmente el art. 27.2 LJ—, por aplicación del art. 127 bis LJ y art. 11.1.h) de la misma. Por ello, no solo anulará el acto, sino que también «*declarará la nulidad de la disposición general*» (art. 27.2 LJ).

Pero si la ilegalidad de la norma aplicada al dictar el acto directamente recurrido no es resultado de su contradicción con la LUM o con la libertad de circulación y establecimiento en general (esto es, está fuera del ámbito objetivo del recurso especial) aunque el acto aplicativo (anulado por el fallo) sí lo sea, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad parece obligado.

La solución a este inevitable problema debe proceder del entendimiento restrictivo que este otro procedimiento especial que es la cuestión de ilegalidad, tiene, por cuanto ha de ceñirse a *aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda* contra el acto aplicativo (art. 123.1 LJ). Difícilmente, por tanto, se dará en el procedimiento de garantía de la unidad de mercado la posibilidad de que la Audiencia Nacional sea competente por razón de que el acto está incluido en el ámbito objetivo y los preceptos aplicados no lo estén.

Pero si se observa el alcance del fallo de la sentencia estimatoria (art. 127 ter 6 LJ: «*La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder*») se aprecia la posibilidad de que una disposición administrativa general resulte nula por contradicción con el ordenamiento no sustentada en infracción de la libertad de mercado (ni en infracción directa de la LUM). Si el acto que la aplica sí afecta a tal ámbito, la sentencia que estime el recurso en el procedimiento especial debiera ir seguida de la correspondiente cuestión de ilegalidad, sin afectar a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

La más espinosa cuestión de cómo puede aplicarse esta construcción, en caso de tener que enfrentarse con actos aplicativos de un Decreto Legislativo<sup>17</sup>, si en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado se anulase un acto que afecte a la libertad

<sup>17</sup> Se da por supuesto que del art. 27 LJ en su literalidad de «*una disposición general*», resulta que la cuestión de ilegalidad, tal como aparece regulada en los arts. 123 ss. LJ resulta de aplicación en relación a los Decretos Legislativos *cuando excedan los límites de la delegación*. En este sentido, *vid.* R. ALONSO GARCÍA, «Comentario al art. 27», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Redacción de la Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1999, p. 272.



de establecimiento y circulación, por razón de haber sido dictado en aplicación de un Decreto Legislativo cuya infracción del ordenamiento radica en haber incurrido en *ultra vires* (esto es haber *excedido los límites de la delegación* como señala el art. 1. LJ), apreciado tal vicio y anulado en consecuencia, el acto, ¿debe la Sala de la Audiencia Nacional plantear la oportuna cuestión de ilegalidad al órgano competente para conocer del recurso directo contra el Decreto Legislativo? En buena lógica así debería hacerlo; a menos que, por razón de la materia del precepto aplicado, el pronunciamiento solicitado no forme parte del ámbito del recurso especial. Baste recordar, como norma de principio, que aquél órgano jurisdiccional puede conocer, un tanto extrañamente, de recursos directos contra Decretos Legislativos (o así parece desprenderse del art. 127 ter 6 LJ, que menciona sólo las «disposiciones» sin más precisiones) que afecten a la libertad de establecimiento o de circulación. Por tanto si *el ultra vires* radica o afecta a preceptos respecto de los que pueda predicarse su contradicción material con la LUM, parece posible que la Sala de la Audiencia Nacional, en este procedimiento especial, no sólo anule el acto, sino que también declare, con efectos generales el carácter *ultra vires* de tales preceptos. Pero, si este no fuera el caso (el vicio de *ultra vires*, existiendo, no radica en preceptos que puedan ser objeto de recurso directo de garantía de unidad de mercado) la Sala sólo puede declarar la existencia del vicio, anular el acto aplicado en cuanto este afecte a la unidad de mercado, y *remitir la cuestión de ilegalidad al tribunal competente para conocer del recurso directo contra el Decreto Legislativo*.

De no menor complejidad resulta la determinación del ámbito del recurso especial en relación a la inactividad administrativa. Los perfiles del recurso ordinario contra la inactividad (arts. 25.2 y 29 LJ) incluso interpretados a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley<sup>18</sup>, no resultan claros más allá de la exigencia de una reclamación dirigida a obtener una prestación material concreta en favor de una o varias personas determinadas, o la adopción de un acto expreso allí donde no juega el silencio administrativo. En cual-

<sup>18</sup> Recuérdese lo que dice el apartado V *Objeto del Recurso* de tal Exposición de Motivos: «*la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquella. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad.*»



quier caso, y aunque en éste último campo pueda el recurso especial tener algún alcance (acto debido, sin que sea posible *sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión*, dice la Exposición de Motivos), no deja de ser significativa la omisión a la inactividad administrativa que resulta del tenor literal del art. 127 ter 6 de la LUM, que se refiere al alcance de la sentencia: «*estimaré el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*»).

En cualquier caso, la doctrina y la jurisprudencia que se ha ocupado de esta acción en carencia, apuntan a que *no constituye un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución*<sup>19</sup>. El pago discriminatorio de ayudas económicas ya concedidas puede, en efecto, implicar vulneración de la unidad de mercado y ser objeto del procedimiento especial de la LJ.

Finalmente la «actuación en vía de hecho» como objeto de este especial recurso, merece la pena destacar que la configuración general de esta parte de la actuación administrativa como actividad impugnabile requiere según la Exposición de Motivos que la actuación material (no declarativa), sin cobertura jurídica, «*lesione derechos o intereses patrimoniales de cualquier clase*» no solo, por tanto, derechos reales<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Por todas, la STS 16 de diciembre 2013, con resumen jurisprudencial. Se deniega la casación contra sentencia que declaró la inadmisión del recurso por inactividad contra una reclamación de cantidad, con el argumento de que los derechos económicos que se reclaman, derivados del cumplimiento del Plan de Viabilidad aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2007, *están supeditados a que la Comisión Europea declare que las aportaciones controvertidas son compatibles con el mercado interior*.

Es quizás en este campo (ayudas y subvenciones ya concedidas y pendientes de pago) donde el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado puede tener alguna relevancia. Recuérdese el texto del art. 18.2 a) de la LUM: «*Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen: a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas*».

Entre las numerosas contribuciones doctrinales, además de la muy conocida obra de M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la administración*, Aranzadi, Pamplona, 2011, y los tempranos análisis de A. MENÉNDEZ REXACH, «El control judicial de la inactividad de la Administración», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 163 ss., y A. NIETO, «La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998», *Justicia Administrativa*, número extra 1, 1999; puede verse también el análisis de J. MESSEGUER YEBRA, *La inactividad de la administración como objeto del recurso contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2001, y el de V. AGUADO I CUDOLA, *El recurso contra la actividad de la Administración en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2001, más los diferentes comentarios de conjunto a la Ley de la Jurisdicción (desde J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contenciosa*, Civitas, Madrid, 2013, hasta el más reciente, VV.AA., *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014).

<sup>20</sup> Lo destacó oportunamente, señalando la diferencia con las acciones posesorias civiles, F. MENUDO LÓPEZ, «Comentario al art. 30», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contenciosa, Redacción de la REDA*, cit., p. 322.



En el procedimiento especial, puesto que se inicia sólo mediante la intervención como legitimada de la CNMC, hay que leer la referencia del art. 30 LJ al «interesado», (esto es, el titular de derechos e interés afectados por la actuación material) en sentido diferente. La interpretación conjunta de los preceptos del procedimiento especial y las normas generales sólo permiten entender que, o bien la CNMC puede actuar frente a la vía de hecho aunque no sea «interesado» como reclama el art. 30 LJ, porque expresamente lo autoriza la redacción del art. 127 bis LJ (en cuyo caso el procedimiento especial tomo un evidente carácter objetivo, alejado de la tutela de derechos e intereses legítimos), o bien se restringe tal posibilidad al supuesto de que un operador («interesado» en el sentido que reclama la LJ) se haya dirigido a ella solicitando el ejercicio de esta acción. No existe base positiva para pensar en una restricción de la legitimación de la CNMC, en caso de vía de hecho, a estos únicos supuestos.

Ni que decir tiene que, con ello, el ámbito de posibles pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso (que caso de ser estimatorio *implicará la corrección de la conducta infractora*) se sitúa en una órbita de control generalizado sobre la actuación, en vía de hecho, de las administraciones, que puede llegar a ser muy perturbador del orden constitucional de competencias materiales y de los normales criterios de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales.

## 2. Legitimación. La figura del «interviniente-recurrente»

El procedimiento especial regulado hoy en el Capítulo IV del Título V de la LJ esta únicamente habilitado a la legitimación que a la CNMC reconoce el art. 27 de LUM. Se añade que tal organismo podrá actuar *«de oficio o a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo»*. Independientemente, pues, de que los operadores (*cuando entiendan que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación*, art. 26 LUM) hayan intervenido mediante reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado, lo cierto es que el art. 27.2 habilita una solicitud directa de los operadores económicos, aunque no sean los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la actuación a dirigirse a la CNMC. La Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> LUM menciona expresamente la legitimación de las *corporaciones, asociaciones y grupos de afectados* para ejercer el derecho de petición a que se refiere el citado artículo 27.

En ausencia del ejercicio de tal legitimación por parte de la CNMC, los operadores sólo pueden interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario (art. 27.5 LUM). Igual conclusión es aplicable para el caso de operadores «afectados» que hayan presentado reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado, en cuyo caso, si existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación deberán hacerlos valer de





forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate.

No muy diferentes son las normas aplicables a otras vías a través de las que puede conseguirse la actuación de la CNMC, y así lo afirma expresamente el art. 27.6 («*En el caso de la acción popular y el derecho de petición previstos en la disposición adicional quinta de esta Ley, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponderá en exclusiva a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*»). En efecto, la así llamada acción pública aludida en la Disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la LUM, permite a cualquier persona 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 la LUM y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución. Pero en cualquier caso, quien ejerce la acción ante los tribunales es siempre la CNMC.

No es un caso único o totalmente excepcional, pues cabe localizar algún otro supuesto (dejando al margen ahora el papel del Ministerio Fiscal) en el que un órgano administrativo recibe legitimación por Ley para accionar ante los tribunales en defensa de intereses generales. Baste recordar lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habilita al Instituto Nacional de Consumo (hoy Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición<sup>21</sup>) para el ejercicio de acciones de cesación en materia de cláusulas abusivas, pero también frente *al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios*.

Importa precisar la posición procesal de quienes, afectados o no (titulares de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, o simples ejercientes de la llamada «acción popular» ante la CNMC) pretendan personarse en el procedimiento especial. A tal efecto, el art. 127 ter 7 indica que durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, *como parte recurrente*, cualquier operador económico que tuviera interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente.

Nótese que el precepto se refiere sólo a quien esté legitimado conforme a la regla común (derecho o interés legítimo afectado). Su presencia en éste contencioso se realiza en términos de «parte recurrente», aunque posteriormente se le designe como «interviniente». Lo único claro es que se ha tratado de huir de la posición procesal de «coadyuvante» de cierta tradición en la pasada ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí que se cuide el Legislador de señalar que *el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos*

<sup>21</sup> RD 19/2014 del 17 de enero, por el que se refunden el Instituto Nacional de Consumo y la Agencia Española de Seguridad y Nutrición.



y podrá *defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule*, así como *utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque las consienta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, o las demás partes personadas, si tuviere oportunidad procesal para ello (art. 127 ter 7 LJ).

El mayor condicionante de su posición como «recurrente», es sustantivo y temporal. Sustantivo porque no podrá formular escrito de interposición, y temporal puesto que, solicitada y admitida por Auto su participación como recurrente, no se retrotraerán las actuaciones y la posibilidad de formular pretensiones diferentes de las mantenidas por la CNMC, o de recurrir separadamente, quedan limitadas a que exista «oportunidad procesal para ello»<sup>22</sup>.

Es teóricamente posible que pueda incluso formular demanda, si, interpuesto el recurso por la CNMC, el operador titular de intereses o derecho afectado, solicita intervenir en el procedimiento y tal solicitud es estimada antes de que se haya consumido el plazo para formular demanda (dado que debe ser considerado recurrente a todos los efectos). Desde luego, con la misma limitación temporal, puede formular alegaciones adicionales si la demanda se formuló antes de ser recibido el expediente (art. 127 ter 2 *in fine* LJ)

¿*Quid iuris* si quien solicita participar como interviniente no está legitimado conforme a las reglas ordinarias? No parece que pueda extenderse esta posibilidad más allá de lo expresamente previsto en la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> LUM, que establece: «*se reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados para personarse en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado...*». Fuera de estos casos, el resto de sujetos (incluso el resto de operadores) sólo pueden ejercitar el derecho de petición a la CNMC (ex art. 27 LUM) o la acción pública ante este mismo organismo, pero no ante los tribunales. Así resulta, aunque con poca claridad gramatical, de la citada Disposición Adicional. No existe, por tanto acción pública en sentido estricto, y por tanto las reglas de legitimación para actuar como «interviniente» deben ser las comunes, más la regla singular, ya expresada, en favor de las corporaciones, asociaciones y grupo de afectados. Es lo que resulta del art. 27.6 LUM ya citado.

### 3. La limitación objetiva del ámbito de conocimiento. Descripción general de lo que se entiende por unidad de mercado y carácter objetivo de este recurso contencioso-administrativo

Es patente que el procedimiento especial no es un contencioso pleno, objetivamente pleno, en el que pueda hacerse valer «*cualquier forma de infracción del ordenamiento jurí-*

<sup>22</sup> Pero debe señalarse que el procedimiento está diseñado de manera que no haya vista ni conclusiones. Contestada la demanda y practicadas las pruebas solo procede en determinados casos una comparecencia para dictar sentencia de viva voz. La posible participación del interviniente puede ser mínima, más allá de su contribución a la prueba.



dico». Por el contrario, la redacción actual, tanto de la LJ como de la propia LUM, limita el ámbito de la legitimación, y el objeto del procedimiento especial.

La LUM indica el ámbito en que se mueve la legitimación de la CNMC, que sólo existe cuando una actuación administrativa *«se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente»* (art. 27.1). La LJ insiste (art. 127 bis 1, con errata incluida): solo ante una conducta contraria a la libertad de establecimiento o de circulación *en los términos previstos en la Ley 19/2013 (rectius, «en la Ley 20/2013»)* de Garantía de la Unidad de Mercado, *«podrá presentar el recurso contencioso-administrativo regulado en este Capítulo»*. La legitimación de la CNMC ha de fundarse en la infracción de algún precepto de la LUM.

Para los operadores, es de aplicación plena, con los matices que se señalan a continuación, la regla (establecida únicamente a propósito de la reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado) conforme a la cual cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos *o jurisdiccionales* que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate. De hecho se contempla expresamente que el operador puede haber acudido al contencioso ordinario en defensa de la libertad de establecimiento o circulación, en cuyo caso (art. 127 ter 8 LJ) *«La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordará la acumulación al promovido por la Comisión Nacional de los Mercados»*. Tal acumulación, entendemos, sólo procederá (dado el reducido ámbito de conocimiento de la Audiencia Nacional en el contencioso especial) en la medida en que el operador haya hecho valer únicamente motivos de impugnación fundados en la LUM.

El entendimiento del art. 127 ter 8 LJ (*«La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder»*) puede desvirtuar lo que nos parece una clara línea de demarcación de este procedimiento. Si las infracciones a la libertad de establecimiento y circulación pueden depurarse a través del procedimiento contencioso ordinario (en el cual, estimamos, ningún inconveniente debe existir para utilizar como parte del ordenamiento la propia LUM) y en el procedimiento especial puede también invocarse cualquier infracción del ordenamiento jurídico no vemos la utilidad del mecanismo procesal (bastaría con reconocer legitimación a la CNMC en el contencioso administrativo ordinario, dentro de sus competencias).

La jurisprudencia aclarará el ámbito que corresponde al procedimiento especial, pero pueden avanzarse las siguientes pautas interpretativas: Por una parte, la infracción de lo previsto en la LUM puede ser depurado a través del procedimiento especial, aunque la ilegalidad consista (motivo del recurso) en cualquier forma de infracción de las previstas en el ordenamiento jurídico. Pero, en segundo lugar, queda fuera del ámbito del recurso, la ilegalidad que no suponga vulneración de lo previsto en tal Ley, esto es, que afecte a







derechos o intereses ajenos a los tutelados por la norma o a los principios y reglas con que la citada Ley quiere garantizar la efectividad del art. 139 CE.

Es necesario entender, por tanto, la estructura de la LUM. Todo su contenido, a estos efectos puede ordenarse a través de dos ejes normativos, enunciados en el art. 9.1 LUM: «*Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia*».

En primer lugar, la prohibición genérica de discriminaciones directas o indirectas contra operadores económicos «*por razón de residencia o establecimiento*» (art. 3.2 LUM), prohibición que se lanza contra toda disposición general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas. La aplicación de este principio se traduce en que (art. 9) las disposiciones de carácter general que regulen una actividad económica («*o que incidan sobre ella*»), las autorizaciones, licencias, concesiones, y los requisitos necesarios para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios, más la documentación relativa a los contratos públicos, los estándares de calidad y cualesquiera actos, resoluciones y procedimientos administrativos, deban respetar este principio de no discriminación por razón de residencia o establecimiento. Las reglas existentes, y su aplicación deben realizarse sin acepción de personas, residencia, establecimiento o lugar principal de operaciones.

No solo al servicio de tal principio de no discriminación, sino complementariamente<sup>23</sup>, se establecen reglas positivas, igualmente vinculantes<sup>24</sup> para las administraciones

<sup>23</sup> El paralelismo con que, conscientemente, opera el legislador respecto de las normas del mercado único europeo es notable. Véase sino la estructura del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: arts. 18 ss. No discriminación y ciudadanía, art. 26 Mercado interior (las cuatro libertades fundamentales, art. 28 libre circulación de mercancías y prohibición de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente; art. 45 ss., libre circulación de personas, servicios y capitales).

Recuérdese, además de la dicción literal del art. 139 CE que las reglas del mercado único incorporan, por ejemplo, en el ámbito de la libre circulación de mercancías en sectores no armonizados, la regla del «*mutuo reconocimiento*» (y en particular, en el ámbito de los productos industriales, el Reglamento CE 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos relativos a la aplicación de reglas técnicas nacionales a productos comercializados legalmente en otro Estado Miembro) al que parece referirse la LUM bajo la terminología «principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional», arts. 6, 19-2 y 20, principio que, lógicamente, «*no se aplicará en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física*» (art. 20.4 LUM).

<sup>24</sup> Es en este punto, el del fundamento constitucional para establecer tal vinculación, donde la LUM se muestra más débil. Como se ha dicho, la LUM invoca el art. 149.1 primera (igualdad de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales en todo el territorio nacional) referido a la libre iniciativa económica (art. 38 CE), pero hubiera sido preferible, y más claro en sus



territoriales sobre la base del principio de «normativa del lugar de origen», que implica (art. 19) que un operador económico legalmente establecido en un lugar del territorio español pueda ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad *del lugar de origen*, y que cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español pueda circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado).

El segundo eje normativo de la LUM es el de someter los condicionamientos administrativos de la libertad de acceso a las actividades económicas, a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 5 y art. 17 LUM), teniendo en cuenta que lo establecido en este último precepto (que regula los medios de intervención en la libertad de empresa), ha de entenderse *sin perjuicio de lo previsto en el Capítulo V* (eficacia en todo el territorio nacional de tales intervenciones). De esta forma se condiciona el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de intervención económica *en sí mismas*, más allá de su incidencia en el tráfico y la libertad de circulación.

El art. 18.2 de la LUM contiene un enunciado de actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libertad de circulación, y que, por tanto (art. 18.1) crea un obstáculo o barrera a la unidad de mercado. La vulneración de ese núcleo fuerte de la LUM, junto con la instrumentación del principio de eficacia en todo el territorio nacional (Capítulo V LUM) parece ser el campo natural del procedimiento especial, sin que pueda considerarse una enumeración taxativa, como se cuida de señalar la propia redacción legal («*Cualquier otro requisito que no guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio*», art. 18.2.i); «*los reconocimientos o acreditaciones, calificaciones o certificaciones de una autoridad competente o de un organismo dependiente, reconocido o habilitado por ella, serán plenamente válidos a todos los efectos en todo el territorio nacional, sin que pueda exigirse la realización de ningún trámite adicional o el cumplimiento de nuevos requisitos*», art. 20.2).

Pero la infracción de los principios de proporcionalidad y necesidad en la intervención administrativa se aplican con independencia de su afectación a la libertad de circulación establecimiento e intercambio, por lo que cabe preguntar si esta otra cara de la Ley (que parece responde a una idea similar a la de «medidas de efecto equivalente» en

---

efectos, buscar tal fundamento en la posibilidad de «armonizar» ex art. 150.3 CE las normativas autonómicas. Téngase en cuenta que, desde la primera perspectiva el Estado «reformula» el alcance de competencias estatutarias, mientras que en el segundo, no se discute ni la titularidad ni el alcance de tales competencias, sino los *efectos sobre el interés general de su ejercicio en concreto*, «desplazando» la aplicación de las normas validas existentes, en tanto no se acomoden a los principios establecidos en la Ley de Armonización.

Si ahora se lee la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, se contrastará que su contenido es marcadamente «principal» como reclama el precepto constitucional.



el mercado único europeo) quedará también dentro del ámbito objetivo del proceso especial examinado.

Si así fuera, no debe olvidarse que la CNMC puede actuar de oficio, y la simple existencia objetiva de alguno de los «requisitos» que conforme al artículo 18 LUM suponen vulneración de los principios legales de la unidad de mercado, o la existencia de infracciones a las exigencias de unidad de intervención y extensión de sus efectos a todo el territorio nacional, pero también la ausencia de necesidad o proporcionalidad en una intervención administrativa permite la iniciación del procedimiento: este toma así un inequívoco carácter objetivo, de «depuración» de las normas y actos existentes, en cuanto resulten ilegales por contradicción con la LUM, no por afectar a concretos operadores o singulares derechos e intereses.

#### 4. El procedimiento

Además de la omisión de la fase de conclusiones y vista, las más llamativas peculiaridades del procedimiento especial regulado en el art. 127 ter de la LJ, junto con su carácter preferente y la posibilidad de dictar sentencia de viva voz, radican, por una parte, en el régimen de la suspensión de la disposición o acto o actuación recurrida, que toma un carácter automático, sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios, desde la admisión del recurso (lo cual no exime a la CNMC de solicitarla en el escrito de interposición) sin perjuicio de que pasados tres meses, la administración recurrida pueda solicitar el levantamiento de la misma<sup>25</sup>. El resto de medidas cautelares, se remiten a la normativa general.

Por otra parte, se prevé la acumulación «necesaria» al procedimiento especial, de todo procedimiento contencioso que se esté tramitando ante el mismo u otro tribunal, cuando se haya iniciado por un operador económico *frente a la misma disposición o actuación y se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o circulación* (art. 127 ter 8). De esta forma, es el posible proceso ordinario el que debe ceder ante el carácter objetivo del procedimiento especial.

Bien es cierto que puede mantenerse que tal acumulación sólo procede por vulneración de la libertad de establecimiento o circulación, no por vulneración de cualquier aspecto de la LUM. Así, aquellos preceptos que antes hemos identificado como pertene-

<sup>25</sup> Mucho nos tememos que con este dispositivo se haya forzado un tanto el ordenamiento. Recuérdese que el art. 161.2 CE permite al Gobierno impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, produciendo, entonces sí, la suspensión de la disposición o resolución recurrida. Ahora, ya no es el Gobierno sino la CNMC la que consigue similar efecto con relación a disposiciones, sin rango de ley, que pueden estar en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas.



cientes al eje normativo de «proporcionalidad y necesidad» de las medidas de intervención administrativa, quedarían al margen de la necesidad de acumulación.

Adviértase, otra vez, que el carácter objetivo de este procedimiento especial obliga al operador, que muy legítimamente utilizó la posibilidad de ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva por la vía del recurso ordinario (quizá con diferentes pretensiones: *vid. infra*), a debatir en un procedimiento cuya finalidad no parece ser la tutela de posiciones jurídicas subjetivas individuales, sino la eliminación de obstáculos a la libertad de establecimiento y libre circulación de bienes y mercancías.

### 5. La sentencia. La compleja relación procedimiento especial/procedimiento general

La sentencia que estime el recurso (por cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación) *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, remitiéndose la LJ al contenido genérico del art. 71 de la misma.

Ahora bien, tal precepto separa los pronunciamientos posibles en función de las pretensiones del recurrente. Así, si se ha formulado una simple pretensión declarativa, la sentencia estimatoria «*declarará no ser conforme a derecho y anulará total o parcialmente la disposición, o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada*». Que el art. 127 ter 6 sólo mencione en términos inespecíficos, la corrección de la conducta impugnada y a continuación mencione sólo la posibilidad de indemnización, omitiendo toda referencia al párrafo del propio art. 71 que se refiere al supuesto de que «*se hubiera pretendido el reconocimiento de una situación jurídica individualizada*» parece dar a entender, nuevamente, que en este procedimiento especial, tal pretensión o no es posible y el reconocimiento de tal situación jurídica individualizada (y la adopción de «*cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma*») están fuera del alcance de la sentencia, o debe tal pronunciamiento de la sentencia entenderse dentro de la «*corrección de la conducta infractora*».

Como, obviamente, son cosas diferentes la simple *corrección de una conducta*<sup>26</sup> y el *restablecimiento* (más allá de la indemnización de daños, también contemplada) de la situación jurídica individualizada, parece más congruente con el, ya de por sí extraño, diseño legal de este procedimiento especial, afirmar nuevamente que nos encontramos ante un recurso

<sup>26</sup> Seguramente el precepto especial del art. 127 ter 6 de la LJ ha querido incluir en esa expresión («corregirá la conducta») la posible condena a una cierta medida de restablecimiento: la *emisión de un acto*, (pretensión de condena a un hacer) a la que se refiere el art. 71.1.c) LJ. Téngase en cuenta este importante matiz en lo que sigue en el texto, porque quizá esta pretensión de condena sí entre, con naturalidad, en el campo del procedimiento especial.



que toma naturaleza objetiva, en el que se busca la depuración del ordenamiento jurídico y no la tutela de posiciones jurídicas singulares.

Ciertamente, ello hace visible un límite implícito a la posibilidad de acumulación a este procedimiento de cualquier otro con igual fundamento y objeto (art. 127 ter 8), posibilidad que sólo debe entrar en juego cuando en el procedimiento ordinario emprendido por un operador frente a la misma actuación y con fundamento exclusivo en la vulneración de la libertad de establecimiento o circulación, *no se haya pretendido el restablecimiento de una situación jurídica individualizada*.

No debe valer contra este argumento (más bien lo refuerza) la regulación actual de la extensión de los efectos de la sentencia, por cuanto la nueva redacción del art. 110.1 añade ahora la materia de «unidad de mercado» al conjunto de campos en los que cabe la posibilidad de extender los efectos de una sentencia que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada. Extraer de tal posibilidad la conclusión de que también en el procedimiento especial puede darse el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y cabe, por tanto, extender los efectos de la sentencia recaída en el mismo, parece arriesgado si se examinan los requisitos legales que el art. 11 impone a la extensión de efectos; en particular, la exigencia de que *el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada*. Puesto que en el procedimiento especial de garantía de unidad de mercado, el tribunal sentenciador será, por definición, la Audiencia Nacional (art 11.1 h) LJ, introducido precisamente, por la Disposición Final Primera 1 de la LUM), tal requisito resultaría superfluo y redundante.

Por tanto, parece más acorde con la interpretación sistemática de la redacción actual de la LJ entender, como regla de principio, que la posibilidad de extensión de los efectos de la sentencia se refiere (salvo lo que se dirá *infra*) sólo a los procedimientos ordinarios emprendidos por los operadores, y no al recurso interpuesto por la CNMC. Al menos no al procedimiento interpuesto *de oficio* por ésta y no a solicitud de operadores que entiendan que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos. Recuérdese, no obstante, que estos participarán (en su caso) en el procedimiento especial *como parte recurrente*, si tienen interés directo y no hubieran recurrido de forma independiente. En tal concepto podrán defender sus pretensiones propias, si tuvieren oportunidad procesal para ello.

Por tanto, si en el seno del procedimiento especial se solicitan por el interviniente-recurrente, medidas positivas para restablecer la posición jurídica afectada, y la sentencia, al estimar el recurso, las admite, no parece que pueda negarse la extensión de efectos de tal sentencia, conforme al régimen común.

No debe, en cualquier caso, olvidarse, que los operadores afectados disponen siempre de la posibilidad de iniciar el contencioso ordinario (arts. 27.5, 28.5 LUM) incluso fundándose en infracción de las reglas y principios de unidad de mercado contenidas en la propia LUM. Las pretensiones de restablecimiento de la posición jurídica individualizada,





en el procedimiento ordinario, serán las comunes, y, en consecuencia, podrán ir más lejos que las dirigidas a la simple «*corrección de la actuación*» y la indemnización que pueden formularse, previa personación como «*interveniente-recurrente*» en el procedimiento especial.

#### IV. CONCLUSIONES

La introducción de un procedimiento especial en materia de garantía de la unidad de mercado, cuya interposición queda reservada (de oficio o a petición de interesados) a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, puede alterar el carácter subjetivo tradicional de la jurisdicción contenciosa. La restricción de la participación de operadores afectados en el procedimiento especial, el diseño legal del contenido de la sentencia, y la problemática extensión de sus efectos cuando hubiere reconocido una posición jurídica individualizada, parecen apuntar a un recurso de fuerte matiz objetivo el que no se discute sobre las pretensiones de las partes, sino sobre la legalidad objetiva de la actuación administrativa desde el punto de vista de la normativa de la unidad de mercado.

De hecho, el recurso procede no por vulneración de derechos o intereses conexos con la libertad de empresa, sino con relación a *actuaciones que se consideren contrarias en los términos previstos en la Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación*. El hecho mismo de que no se haya confiado la defensa de los principios y las reglas positivas para la unidad de mercado a los interesados afectados por la actuación administrativa, y se haya otorgado legitimación a un *supervisor*, separa ya el procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, de la matriz común del contencioso («un pleito entre partes»), para acercarle a otras finalidades que también cumple la jurisdicción contenciosa (control de la legalidad y defensa del ámbito de autonomía de los Entes Territoriales), especialmente en el ámbito del contencioso-administrativo interadministrativo.

Y es que, en efecto, de eso se trata, de relaciones jurídicas interadministrativas judicializadas, sobre la base de un nuevo marco normativo estatal que pretende afectar al ejercicio normal de competencias de otras administraciones, sobre la base de la regulación estatal de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de su derecho de la libertad de empresa.

#### TITLE

ADMINISTRATIVE JUDICIAL SYSTEM IN THE UNIT MARKET: OBJETIVATION OF ADMINISTRATIVE JUDICIAL SYSTEM?

#### SUMMARY

I. INTRODUCTION: THE LAW OF GUARANTEE OF THE UNIT OF MARKET. II. LITIGATION AND ADMINISTRATIVE JURISDICTION. A LAWSUIT BETWEEN PARTIES. III. SPECIAL WARRANTY PROCEDURE UNIT MARKET. 1. The actionable activity. The issue of indirect action against regulations. The issue of administrative inactivity and litigation against fact. 2 Legitimation. The figure of «*intervening*». 3. Limitation of



the jurisdictional knowledge. Overview of what is meant by market unity and objective character of this contentious-administrative resource. 4. The judgment. IV. CONCLUSIONS.

#### KEYWORDS

*Judicial review; Unit of market; Liberate establishment and traffic; Equivalence of requirements.*

#### ABSTRACT

*As one more of the means of guarantee of his content, the Law 20/2013, it regulates a judicial contentious administrative procedure of special profiles. On one hand, because only it can be initiated to instance of the National Commission Of Markets and Competition; for other one, for which only it proceeds for violation of the foreseen in the law 20/2013, though they are admitted as motives «any form of infraction of the juridical system». The detailed analysis of such a process shows the reintroduction of strongly objective features in a system of administrative justice that historically has been consolidated on the subjective model.*

Fecha de recepción: 18/04/2014

Fecha de aceptación: 03/06/2014

