



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_xullo-decembro 2024 | pp. 5-27
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/regap.v68i1.5208>
© Luis Miguel García Lozano
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 19/06/2024 | Aceptado: 27/03/2025

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O proceso de garantía para a unidade de mercado. Exame de eficacias e ineficiencias

El proceso de garantía para la unidad de mercado. Examen de eficacias e ineficiencias

68 Regap

The market unity guarantee process: an efficiency and ineffectiveness analysis

Regap



ESTUDIOS

LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO
Profesor contratado doutor do
Departamento de Dereito Administrativo
Universidade de Granada
lmgarcialozano@ugr.es

Resumo: Neste traballo procedemos a analizar o proceso especial para a unidade de mercado, creado en 2013 por medio da Lei de garantía da unidade de mercado. O dito proceso xudicial presenta unha serie de inconvenientes e problemáticas que fomos analizando ao longo deste, de cara a realizar propostas de *lege foerenda* tendentes a que, no seu día, poida mellorarse o proceso, o texto regulativo e a calidade deste.

Palabras clave: Proceso contencioso-administrativo, proceso de unidade de mercado, mercado, Administración, control xudicial.

Resumen: En el presente trabajo procedemos a analizar el proceso especial para la unidad de mercado, creado en 2013 por medio de la Ley de garantía de la unidad de mercado. Dicho proceso judicial arroja una serie de inconvenientes y problemáticas que hemos ido analizando a lo largo del mismo, de cara a realizar propuestas de *lege foerenda* tendentes a que, en su día, pueda mejorarse el proceso, el texto regulativo y la calidad de este.

Palabras clave: Proceso contencioso-administrativo, proceso de unidad de mercado, mercado, Administración, control judicial.

Abstract: In this work we proceed to analyze the special process for the market unit, created in 2013 through the Market Unit Guarantee Law. This judicial process throws up a series of inconveniences and problems that we have been analyzing throughout it, with a view to making *lege foerenda* proposals aimed at improving the process, the regulatory text and its quality in its day.

Key words: Administrative process, market unit process, market, Administration, judicial control.

Sumario: Introducción. 1 Os mecanismos para a protección dos operadores económicos na LGUM. 2 O proceso para a garantía da unidade de mercado. 2.1 Elemento subxectivo do recurso. 2.2 Elemento obxectivo do recurso. 3 As especialidades do proceso xudicial para a tutela da unidade de mercado. 3.1 A tramitación do recurso. 3.2 A substanciación do proceso. 4 A sentenza como fito procesual final na resolución do recurso. 5 A suspensión do procedemento para a garantía da unidade de mercado. 6 Conclusións. 7 Bibliografía.

Introdución

A Lei 29/1998, da xurisdición contencioso-administrativa –en diante LXCA–, aprobada hai xa 24 anos, presentou ao longo deste período de aplicación luces e sombras, pondo de relevo que, malia os intentos do lexislador, non en todos os casos se conseguiu avanzar coa adopción desta nova norma e, sobre todo, as dificultades que se advertiron á hora de levala á práctica por parte da xudicatura e dos profesionais liberais. Non é algo que pase inadvertido, nin nesta nin noutra norma procesual, na medida en que é utilizada a diario en multitude de ocasións por decenas de tribunais españois. Por iso, e máis se cabe, dado o abundante número de casos dos que coñece a orde contencioso-administrativa diariamente, quedan patentes as reformas obradas, pero tamén os erros que se arrastran, ou os que de novas se introduciron coas innovacións que sufriu este texto normativo nunha pretendida mellora.

Neste itinerario de consolidación do novo marco procesual, como era de esperar, fixéronse diversos –e, mesmo, numerosos– axustes co fin de corrixir as ineficiencias dun proceso de grande importancia, dirixido a controlar a actuación, ou falta dela, por parte das administracións públicas. Neste sentido, impoñíase como unha necesidade emendar aquelas imprecisións do lexislador de 1998, ou mesmo complementar e modificar a regulación concreta que deviñese en impracticable, ou mesmo inaplicable. Nesta tesitura, abordáronse ata 37 modificacións que se sucederon ao longo destas dúas décadas, algunhas con máis éxito que outras, e, do mesmo xeito, algunhas delas cunha maior profundidade e impacto na lei que o resto. De todas, só imos resaltar as que para a materia tratada neste traballo nos parecen interesantes.

A primeira tivo lugar ao pouco tempo da aprobación da Lei procesual, modificación que se efectuou a través da Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, cambio que se operou a través da disposición adicional vixésimo cuarta. Do mesmo xeito, parécenos de interese outra das reformas que se realizou por medio da Lei orgánica 4/2003, do 21 de maio, complementaria da Lei de prevención e bloqueo do financiamento do terrorismo, coa que se modifican a Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, e a Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, coa que se actualizou exclusivamente o artigo 11 desta última.

Aos catro anos, abordouse unha nova modificación parcial a través da Lei 15/2007, do 3 de xullo, para a defensa da competencia, na cal se actualizou a nosa lei co obxecto de intentar achegar luz en relación co réxime de recursos contra as resolucións dos órganos estatais e autonómicos de competencia, e modificar con certa razoabilidade o procedemento de autorización xudicial, e, en concreto, no suposto de que exista oposición a unha inspección realizada en aplicación desta norma mercantil. A través da disposición adicional sétima, modificáronse os artigos 8.6 e 10.1, ambos os dous en sede de competencia –material e orgánica–, e, finalmente, o apartado 3 da disposición adicional terceira da LXCA.

Non foi a única norma adxectiva modificada nesta ocasión, pois, como se entenderá, tamén a Lei de axuízamento civil se viu afectada no seu artigo 15.⁹, pero sen adentrarse noutros aspectos máis profundos, alteración sobre a que tampouco imos versar por non ser de interese para este estudo. Posteriormente, o lexislador afondou noutra necesidade de adaptación da norma a novas continxencias xurididas, levándoa a cabo por medio da Lei 13/2009, do 3 de novembro, de reforma da lexislación procesual para a implantación da nova oficina xudicial, que introduciu importantes modificacións nesta e noutras normas procesuais polas que se cursaba a implementación da dita oficina organizativa.

Pero, malia estas e outras emendas que se realizaron na lei de ritos, seguía sen desenvolverse un proceso xudicial que permitise defender ou tutelar calquera actuación tendente a coartar ou violentar a unidade de mercado dun xeito preferente, máis alá do proceso ordinario. De feito, pasou a primeira década sen presenza ou indicio ningún que indicase un interese en levar a cabo a súa creación. Como advertimos neste mesmo apartado, si se introduciron modificacións tendentes a concordar a Lei de competencia desleal e a LXCA, pero ata ese punto se chegou, sen abrir espita ningunha tendente a consolidar un recurso que tutelase as situacións contrarias á unidade de mercado, da man das administracións públicas. Iso non quere dicir que non se introducise na lei novidade lexislativa ningunha, senón todo o contrario, xa que en 2010 se cursaron dúas reformas, en 2011 tres e en 2012 outras tantas. Non obstante, teremos que esperar ao ano 2013 –xa finalizando o segundo período de sesións do ano natural– para que se obre a inclusión dun proceso no sentido que indicamos arriba, e con certa regulación, que en cambio se revelou moi básica, demasiado limitada e nalgúns casos limitante, como iremos vendo ao longo de todo este estudo.

Será nesta última anualidade cando, por medio da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado –en diante, LGUM–, se realizaría a inclusión do capítulo IV, do título V dos procesos especiais, polo que se daba carta de natureza á nova canle procesual para a garantía da unidade de mercado¹. Esta norma, como xa se referiu, foi precisamente intitulada sobre a garantía da unidade de mercado, de tal xeito que con ela se buscaba promover recursos procesuais máis velozes co obxecto de evitar alteracións no mercado por medio de actuacións administrativas, consolidándoa como principio nun “*ámbito de competencia e investimento de liberdade dos operadores económicos, sen prexuízo das limitacións que poidan establecerse con carácter*

¹ García de Enterría, E. e Fernández R. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2, Cizur Menor: Editorial Civitas, 2019, p. 728.

estatal e en ocasións xustificadas con carácter autonómico e local”, tal como sinalou o profesor Bermejo².

A este respecto, debemos dicir que, coa entrada en vigor da Lei 1/2019, do 20 de febreiro, de segredos empresariais, este proceso especial, como proceso sumario, toma relevancia ante posibles medidas que a Administración ou administracións poidan adoptar e que afecten aos segredos empresariais e, á vez, á unidade de mercado. Por este motivo, imos proceder a analizar de xeito detido o procedemento xudicial que nos ocupa.

1 Os mecanismos para a protección dos operadores económicos na LGUM

Como se anticipou, a través da citada LGUM non só se proclamaron principios tendentes a fortalecer a unidade de mercado en España, como reflexo das directivas europeas como dereito derivado, senón tamén como desenvolvemento dos principios recollidos no dereito orixinario europeo, co fin de outorgarlles unha maior eficiencia ás actividades económicas³. Porén, debe facerse notar o impacto que o primeiro tivo no noso ordenamento neste ámbito material, ata o punto de que importante doutrina española, como Gifreu Font, sinala que a irrupción e posterior “*translación ao noso ordenamento da Directiva 2006/123/CE, do Parlamento e do Consello, supuxo unha pequena revolución no xeito de canalizar a relación das administracións públicas cos cidadáns, no marco da tradicional actividade de policía...*”⁴.

Non obstante, como recolle outra parte da nosa doutrina, esta norma foi acollida de xeito escéptico por un sector da Academia⁵ e, en parte, así viñeron confirmalo as posteriores resolucións do Tribunal Constitucional, que censuraron de xeito parcial o texto lexislativo con sinaladas declaracións de inconstitucionalidade. Neste sentido, importantes autores denotan que este feito supuxo un golpe do que non se puido recuperar a normativa, aínda que tan certo é que outro sector resalta que tal cousa non sucedeu, senón que mesmo o impacto foi nulo para o resto de aspectos da LGUM⁶.

En todo caso, e seguindo a liña sinalada polo dereito europeo, articuláronse unha serie de mecanismos de protección dos operadores económicos no ámbito das liberdades dimanante das exixencias da unidade de mercado que veñen recollidas nel e desenvolvidas nesta e noutras normas patrias. Así mesmo, reflectiuse xa na exposición de motivos da LGUM, dado que non existía procedemento especializado de ningún tipo ao cal poder recorrer para controlar e garantir as ditas liberdades.

² Bermejo Vero, J., *Derecho Administrativo Básico*, 1, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, p. 499.

³ Tornos Mas, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 19, 2014, pp.144-177, (p. 147).

⁴ Gifreu Font, J., “La impronta de la directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 98, 2014, pp. 169-213 (p. 169).

⁵ ESTOA PÉREZ, A., “Relectura de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, desde la perspectiva del recurso para la garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, 209, 2019, pp. 429-457, (p. 432).

⁶ ESTOA PÉREZ, A., *op. cit.*, p. 432.

Tan só se podía acudir a procedementos administrativos e xudiciais ordinarios, pero que, tendo en conta o sensible do obxecto, non se aconsellaban tales vías, pois non contribúen a unha resolución axeitada, senón tardía e moitas veces extemporánea.

Deste xeito, o lexislador, na II parte do preámbulo, alude a que coa creación destes procedementos se pretende adoptar unha vía moito máis eficaz na resolución dos contenciosos e, sobre todo, máis rápida e áxil coa que poder detectarse as ineficacias e resolver as controversias xurdidas. É lóxico deducir que un proceso ordinario non é bastante nin suficiente para resolver as problemáticas que puidesen darse coa rapidez que se require nesta materia. Antes ben, reconducir estes temas económicos que puidesen derivar en danos para unha parte importante da poboación a procedementos xerais, cos prazos ordinarios, mesmo pode resultar contraproducente.

Desta forma, incorporáronse no capítulo VII da lei dous procedementos de natureza moi diversa, sendo un deles de corte netamente administrativo e outro de tipo xudicial, pero os dous presididos por criterios de urxencia e como alternativa ao sistema de recursos ordinario previsto para a xeneralidade das situacións administrativas recorribles. Así as cousas, resalta a exposición de motivos que con eles se pretende que as controversias que puidesen xurdir, incluso por actuacións administrativas, poidan ser controvertidas e resoltas cunha maior rapidez que se dun procedemento ordinario se tratase, co fin de non vulnerar o principio de unidade de mercado –ou de evitar a prolongación temporal da vulneración– e os dereitos dos cidadáns e das empresas que actúan no ámbito español.

Deste modo, articulouse un dobre procedemento, como xa se resaltou:

- Un administrativo, daquela o procedemento en defensa dos dereitos e intereses dos operadores económicos polas autoridades competentes, recollido no artigo 26 da norma e do cal coñecerá o Consello para a Unidade de Mercado.
- Un xudicial, sendo este o proceso en garantía da unidade de mercado, creado no artigo 27 da LGUM e disciplinado por medio da reforma operada na Lei 29/1998, na disposición derradeira primeira da antes citada norma.

Ambos os dous artigos configuraron canles procedementais que se activarían como vía previa⁷ ao proceso especial que se recolleu como segundo mecanismo. Aínda así, prevíronse outros mecanismos complementarios pola vía do artigo 28 da LGUM, que se centrarán na actuación do Consello para a Unidade de Mercado instituído nesta norma, en concreto no artigo 10, e é dotado de órganos e funcións nos que lle seguen a continuación.

Sobre os procedementos previstos nos artigos 26 e 28 da LGUM, non imos versar neste traballo, xa que non é o seu obxecto e, pola súa vez, existen numerosos estudos que o tratan⁸. Non obstante, si nos imos adentrar no estudo do proceso xurisdiccional que se recolle no artigo 27 da LGUM ao longo dos seguintes apartados.

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "El contencioso de la Unidad de Mercado", en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 935-981 (p. 937).

⁸ Véxase Casares Marcos, A. B., "Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores

2 O proceso para a garantía da unidade de mercado

Como xa apuntáramos previamente, a inclusión deste proceso especial levouse a cabo no ano 2013, cando xa se cumprira a primeira década de vixencia da LXCA, co fin de introducir un recurso sumario e especial⁹ que atendese ás especificidades propias do mercado, para dar resposta ás incógnitas que suscitasen determinadas actuacións públicas que vulnerasen a unidade de mercado. O paso do tempo, a entrada en vigor da Directiva 123/2006¹⁰, da Directiva 2009/72/CE¹¹ e da nova Lei de defensa da competencia evidenciaron a necesidade de introducir un cambio de perspectiva arredor do control da actuación dos entes públicos no ámbito do mercado de acordo coas súas competencias¹², aínda que estes son imponderables que se intentaron mitigar por medio da aprobación da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado¹³.

Como apuntaba, con moi bo criterio, o profesor Bermejo Vera, este procedemento fundaméntase de xeito claro e directo no artigo 139.2 CE¹⁴, pero, ademais, nas grandes liberdades que establecera o Tratado de Maastricht como piares do mercado único europeo¹⁵, isto é: a libre circulación de mercadorías, de persoas, de capitais e libre prestación de servizos no territorio da Unión¹⁶. A fin de tutelar de xeito correcto estes principios, a Lei 20/2013 crea un sistema de reclamacións no artigo 26 que se deberán cursar ante o Consello para a Unidade de Mercado e ante a Comisión Nacional do Mercado e da Competencia. Cómpre lembrar que as resolucións dos dous organismos poden ser sometidas a revisión xurisdiccional a través do oportuno recurso contencioso-administrativo¹⁷, como non podía ser doutro xeito.

Pero estes mecanismos non resultaban suficientes para asegurar que a actuación das administracións públicas non iría contra a unidade de mercado, entendéndoa como principio único, nin contra esta, entendéndoa a modo de principio matriz dos que, como xa sinalamos, recolle o dereito orixinario europeo.

económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 831-917.

⁹ Rodríguez Beas, M., “Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso”, en F. López Ramón (dir.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Madrid: INAP, 2016, pp. 535-547 (p. 544).

¹⁰ J. TORNOS MAS (2014: 148).

¹¹ Muñoz Machado, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N. 21, 2009, pp. 1-15 (p. 15).

¹² Apunta Abel Estoa que non só se relaciona coa Directiva 123/2006, senón tamén coa coñecida Directiva de Servizos, a 2009/72/CE. Véxase ESTOA PÉREZ (2019: 433).

¹³ Apunta J. Tornos que a LGUM, aínda que tardiamente, se tramitou de xeito veloz tendo en conta as necesidades impostas pola Comisión CORA e as presións dos diversos sectores económicos e da propia Comisión Europea. Véxase J. Tornos Mas (2014: 146).

¹⁴ BERMEJO VERA (2019: 498). Véxase tamén de la Quadra-Salcedo Janini, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

¹⁵ Alonso Mas, M. J., “Marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios”, en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 45-80 (p. 48).

¹⁶ Sobre este particular versamos en García Lozano, L. M., *La intervención de la administración pública en el sector de los mercados financieros: examen de las novedades normativas*, Murcia: Iuris Universal, 2018, p. 12.

¹⁷ BERMEJO VERA (2019: 499).

É por iso polo que se decide crear este procedemento especial, co obxecto de extirpar calquera actuación da Administración pública da escena económica, de maneira que non se perturbe o funcionamento do mercado xerando calquera tipo de fragmentación nel. É certo que, neses casos, o interesado dispón do procedemento ordinario co fin de recorrer contra a actuación da Administración que lles afecte¹⁸, sen coartarse calquera tipo de actuación dirixida a iso¹⁹. A pesar disto, se algo caracteriza a impartición de xustiza, non é precisamente a súa velocidade na resolución dos preitos que se lle formulan, e, tendo en conta a necesidade de darlles unha resposta rápida nos supostos en que se contraveñan os principios relativos á unidade de mercado, dada a sensibilidade da materia, requiríase dun proceso que articulase unha solución máis clara e prioritaria²⁰.

Deste xeito, albiscouse a necesaria adopción dunha medida máis contundente, como podía ser a creación dun recurso que tutelase as situacións que producisen algunha violación dos principios aos que nos acabamos de referir. É por iso polo que, por vía de disposición derradeira, se introduciu unha emenda da LXCA onde se engadía, en sede de recursos especiais, o proceso centro do noso estudo. Este feito é precisamente un dos principais problemas que cabe resaltar, como é a circunstancia de que a regulación, malia a emenda introducida na LXCA, non está contida exclusivamente nesta, senón que precisamente, no que á lexitimación do actor se refire, se contén no artigo 27 da LGUM, mentres que o resto do proceso se albergou na lei de ritos²¹. Esta repartición que realizou o lexislador é claramente incomprensible, na medida en que non se entende como non se incluíu a regulación na súa totalidade na lei xurisdiccional tendo en conta a vocación codificadora que posúe a Lei 29/1998. Antes ben, debiera terse realizado unha modificación no artigo 19 desta norma, en lugar de deixar o relativo á lexitimación actora abeirado noutra norma fóra da normativa procesual, o que claramente se torna nun defecto importante de técnica lexislativa derivado deste desatino que se podería ter salvado perfectamente.

2.1 Elemento subxectivo do recurso

Polo que respecta aos suxeitos afectados polo recurso, é dicir, en relación co autor da conduta impugnada, dispón a lei que pode ser calquera tipo de Administración pública sen límite ningún, como non podería ser doutro xeito. Neste sentido, remítese ao artigo 2 da Lei 40/2015, sendo actualmente esta a norma concreta que de xeito máis actualizado establece a descrición e a listaxe subxectiva das persoas xurídicas que deben ser consideradas como administración e sector público nunha terminoloxía máis economicista e amplificadora do obxecto. Non obstante, non pode obviarse que,

¹⁸ RODRÍGUEZ BEAS (2016: 544).

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939).

²⁰ Martín Valero, A. I., "El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado", *Actualidad Administrativa*, 2, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1-10 (p. 2).

²¹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939).

en sede da lei de ritos, se dedica tamén unha parte da norma –o artigo 2– ao mesmo mester, o que tamén fai ser máis específico o ámbito procesual ao concretarse.

Deste xeito, podemos afirmar que calquera actuación administrativa ou falta dela é susceptible de recurso fose cal fose a Administración autora, isto é, con absoluta independencia do tipo de ente do que emane o acto ou do nivel territorial do que se trate²². Non debe esquecerse que poden influír na unidade de mercado con actuacións administrativas todos os niveis territoriais, incluídos os locais, como resalta Rastrollo Suárez²³. A experiencia fainos ver que moitos dos casos que foron axuizados veñen derivados de actuacións de administracións locais²⁴, as cales se consideraron como tendentes a coartar as liberdades derivadas da proclamación do mercado único español –e europeo–.

Examinado o suxeito impugnado, sen solución de continuidade, pasamos ao suxeito recorrente. Precisamente facendo referencia a el é como comeza o artigo 127 bis LXCA e, polo tanto, o capítulo IV. Nesta norma concreta asígnaselle a acción á Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia –en diante, CNMC–, non incluíndose ningún outro organismo, Administración ou ente público entre os lexitimados para iso. Pero este artigo –derivado da modificación operada a través da disposición derradeira primeira da LGUM– trae causa doutro previo, que non é outro que o xa mencionado artigo 27 da Lei 20/2013, do 9 de decembro. É nel onde se lle outorga a lexitimación de maneira directa ao noso organismo para promover a acción procesual que se consolida nas súas mans.

Estamos, polo tanto, ante unha atribución case en situación de monopolio, de xeito exclusivo pero tamén excluín-te. Como ben sinala Santamaría Pastor, supón unha singularidade que deriva nunha *rara avis* no noso sistema procesual e, en concreto, na LXCA²⁵. E, malia non ser un caso único no noso ordenamento, iso non quita que non teñamos que sinalar a súa existencia. A este respecto, debemos facer notar diversos feitos que nos levan a reflexionar sobre se esta actuación foi oportuna por parte do lexislador ou, pola contra, foi desafortunada.

E é que entendemos que concederlle o impulso dun proceso xudicial a un organismo especialista e especializado en materia de competencia, como é a CNMC, permite unha unidade de acción decidida e clara en defensa da unidade de mercado e, por iso, unha liña de actuación máis ou menos igualitaria e homoxeneizada ao longo dun período definido. Debemos partir dunha realidade, e é que, segundo o Constituínte, o mercado económico español país é único e, polo tanto, consolídase a idea de que exista un ente que de xeito individualizado teña capacidade para controlalo, co obxecto de

²² A profesora Lozano Cutanda recorda que o tipo de Administración non se aprecia en ningún aspecto da normativa, co que o recurso se poderá interpor con independencia da tipoloxía á que pertenza a autora. *Vid.* Lozano Cutanda, B., Lozano Cutanda, B., “Ley 20/2013, de garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 2014, pp. 157-166 (p. 165).

²³ Rastrollo Suárez, J. J., “Ordenanza municipal y unidad de mercado”, en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 355-387 (p. 361).

²⁴ Resulta de sumo interese a análise que realiza Abel Estoa na segunda parte do seu estudo dos casos que ata 2019 coñeceu a Audiencia Nacional, onde cuantitativamente destaca como Administración impugnada a local. Véxase ESTOA PÉREZ (2019).

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 952).

ter unha concepción global del. Neste caso, para iso creouse a CNMC, de tal xeito que, segundo a *mens legislatoris*, só ela estará en situación de ponderar a necesidade de acudir aos tribunais para impugnar calquera actuación dunha Administración pública, ou falta dela, que vulnere os principios que cristalizan na devandita unidade.

A economía e, polo tanto, o mercado en que se moven os axentes económicos no marco das súas actividades non poden dividirse de acordo con criterios rexionais, ou mesmo locais, e menos hoxe en día tendo en conta a realidade transnacional existente. Atopámonos en momentos históricos en que a tendencia, máis que a particularizar, está dirixida totalmente ao contrario. Máis, se cabe, considerando que a adhesión de España ás Comunidades Europeas e despois á Unión nos levou a formar parte dun mercado único supraestatal onde nos consolidamos día a día.

Do mesmo modo, o Constituínte intenta evitar que a economía estatal se vexa parcelada seguindo mimeticamente o mapa autonómico e, polo tanto, se realicen algunhas actuacións nunhas rexións que noutras non estarían permitidas. Todo iso sen perder de vista as políticas públicas de impulso e fomento que desde os executivos autonómicos se queiran adoptar. Así as cousas, segundo este punto de vista que achegamos, a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia é o organismo axeitado para promover este tipo de procesos cunha visión de conxunto máis ampla e especializada.

A pesar diso, tamén atopamos diversas razóns que desaconsellan apoderar con esta acción procesual de xeito exclusivo a esta.

A primeira delas é que se lle concede unha acción a un órgano vinculado á Administración xeral do Estado que quizais se vexa incapaz de fiscalizar a actuación de todas as administracións públicas, sexan territoriais ou non. Un só organismo para controlar miles de persoas xurídicas e, polo tanto, centos de miles de actuacións que puidesen tender a vulnerar a unidade de mercado resulta evidentemente inabarcable. Polo tanto, non sería factible se non mediase unha información previa cara á Comisión, chegase de onde chegase. Para facer posible que a CNMC teña coñecemento dalgunha actuación dos centos de miles que realizan as miles de administracións públicas de España, estableceuse un sistema baseado no dereito de petición recollido no artigo 27.2 da LGUM. O lexislador dispuxo que poderán dirixir peticións para que se inicie o proceso contencioso por parte dos operadores económicos, utilizando unha terminoloxía absolutamente imprecisa e nada clarificadora²⁶, o que entendemos que se obrou para compensar a excesiva restrición na acción procesual. Hai que partir de que esa referencia omnicompreensiva xa se alberga na epígrafe do capítulo VII da LGUM, onde regula estes procedementos. Poderíamos, quizais, para conseguir albiscar a que se refire a norma por operador económico, retrotraernos ao artigo 26, onde inclúe quen terá capacidade para pór en marcha o procedemento, citando os operadores económicos e as asociacións representativas destes, entre elas as cámaras oficiais de comercio e as asociacións profesionais, aínda que non di nada doutras administracións corporativas como os colexios profesionais, as asociacións patronais, etc., cuxos asociados si poderían verse afectados e, non obstante, non se

²⁶ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 953).

lles estendeu tal posibilidade na literalidade da lei. Entendemos, polo tanto, que debe facerse unha interpretación ampla, na medida en que un operador económico non son soamente as asociacións representativas, senón calquera persoa que participe no tráfico económico, incluíndo o comerciante individual regulado no Código de comercio actualmente en vigor e que, en certa medida, é obviado polo lexislador nunha clara discriminación.

Pero tamén o apartado 6 do mesmo artigo 27 LGUM se refire ao devandito dereito de petición, remitindo á súa disposición adicional quinta. Hai que partir de que este, na medida en que é un dereito subxectivo, está contido entre os fundamentais recoñecidos pola nosa Constitución no seu artigo 29. En consecuencia, e dado que esta tipoloxía só se predica das persoas físicas, e tendo conta que un operador económico pode ser unha persoa física pero as máis das veces será unha persoa xurídica, consideramos que a terminoloxía utilizada polo lexislador non é a máis acertada, pois só achega máis confusión ao que realmente debería ter sido configurado como unha notificación ou mesmo unha denuncia no sentido administrativo, dado que se basearía nunha infracción dunha norma do ordenamento xurídico español –sexa da propia LGUM, sexa de calquera outra ou sexa mesmo de normativa europea orixinaria ou derivada–. Por iso, falar de petición, como fai o artigo 27 en reiteradas ocasións ou a disposición adicional quinta, non nos parece o máis axeitado.

Do mesmo xeito, a utilización de diferentes solucións terminolóxicas polo lexislador rara vez se fai en van. Debemos partir do feito de que a Administración actúa –como é máis que sabido– co fin de dar unha resposta ás inquietudes dun cidadán, polo interese xeral e con vocación de servizo. Falar de actuación a instancia de parte plasma ese deber de actuación e deber de resolución que se vén reiterando tanto para a Administración xudicial como para a Administración pública desde hai varias centurias, e que necesariamente implica unha actuación destas, tendentes a dar unha resposta en dereito á inquietude do actor ou do administrado, respectivamente.

Non obstante, a actuación administrativa obrigada no caso de exercerse o dereito de petición, segundo xurisprudencia reiterada do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo, resólvese exclusivamente en xustificar a recepción e dar unha resposta sobre a oportunidade ou non de actuar de acordo co pedido. Nesta intelixencia, a diferenciación sobre o modo de proceder é moi clara e resulta moito máis cómodo para a Administración este segundo sistema que o primeiro. Deste xeito, déixalle as mans moito máis abertas e libres no segundo que no primeiro.

En consecuencia, debería interpretarse petición como solicitude a instancia de parte desde o punto de vista administrativo, para evitar que ningunha denuncia quede sen activar e, polo tanto, a CNMC se vexa impelida a actuar, sen permitirlle realizar criba ningunha antes de pórse en marcha, segundo criterios de oportunidade.

Todo este erro nace, desde o noso humilde punto de vista, do intento de marcar distancias con respecto á terminoloxía administrativista, en favor doutra máis economicista, ao formular que a CNMC “*actuará de oficio ou por pedimento dos operadores*”. Se en lugar deste intento de modificación terminolóxica, que evidentemente carece de sentido, se utilizase a tan tradicional expresión no noso ordenamento baseada en

que a actuación dunha Administración ou organismo público se iniciará de oficio ou por instancia de parte, aforrariamos este erro nas categorías xurídicas que manexa o lexislador da LGUM. A pesar diso, optouse por un camiño que o leva a confundir institucións e configurar a denuncia como un dereito de petición, en lugar dun deber cidadán que descansa na nosa obriga de perseguir calquera tipo de actuación –fose quen fose o autor– antixurídica. Se seguísemos esta liña, o deber de denuncia de delitos recollido na Lei de axuízamento criminal tornárase nun mero dereito de petición á xurisdición competente para que investigue tales feitos, o que sería un auténtico paradoxo.

Da mesma forma, novamente incorre nun erro terminolóxico cando fala de acción popular no apartado 6 do artigo 27. Se consultamos as definicións de acción que dá o *Diccionario del español jurídico*, en ningunha se contén como referencia á promoción dunha actuación administrativa, senón que todas teñen un claro sentido procesual²⁷. Soamente de xeito moi residual atopamos unha referencia ao conxunto de actividades desenvolvidas por un organismo ou institución no exercicio das súas competencias²⁸, pero non conseguimos encontrar unha definición similar á que utiliza o lexislador. A acción popular supón unha facultade outorgada á cidadanía para participar na función xurisdiccional, sexa esta na orde penal ou na orde contable. De aí que a extrapolación que fai o lexislador cara a unha activación dunha posible posta en marcha dun organismo coa finalidade de activar un proceso contencioso é, cando menos, un oxímoro que non ten real encaixe na nosa teoría administrativista, e moito menos na procesual.

Tampouco consideramos que o lexislador tratase de instituír unha categoría xurídica distinta e novidosa, na medida en que non a acompañou dunha interpretación auténtica que permita concibir tal alarde de creatividade como algo diverso e

²⁷ Definición de acción, entrada gramatical 2: *Diccionario del español jurídico*. Recurso consultable en: <https://dej.rae.es/lema/acci%C3%B3n1>. Última consulta 22/07/2022.

Acción 1:

1. Pen. Primeiro elemento do concepto de delito, sinónimo de conduta ou comportamento.
2. Pen. En sentido estrito pero comprensivo das dúas formas de comportamento humano, manifestación de vontade humana ao exterior, consistente nun movemento ou en pasividade ou inmovilidade corporal dependente da vontade consciente, ou sexa, obrar activo ou pasivo; e que é indiferente se causa ou non un resultado.
3. Pen. En sentido restritivo, movemento corporal, obrar activo ou acto positivo, dependente da vontade humana.
4. Pen. En sentido amplo, movemento corporal voluntario que causa un resultado distinto do propio acto, ou sexa, acción positiva máis relación de causalidade máis resultado.

Definición de acción, entrada gramatical 3: *Diccionario del español jurídico*. Recurso consultable en: <https://dej.rae.es/lema/acci%C3%B3n3>. Última consulta 22/07/2022.

Acción 3:

1. Proc. Dereito a acudir a un xuíz ou tribunal solicitando del a tutela dun dereito ou un interese.
2. Xral. Reclamación ante a xurisdición ordinaria de dereitos ou intereses fundados en normas civís.
3. Merc. Facultade de exercer ante a xurisdición ordinaria, ou ante os xuíces especializados en dereito mercantil, para a reclamación de dereitos e intereses regulados nas normas mercantis.
4. Pen. Pretensión de incoación dun proceso para determinar a responsabilidade por feitos constitutivos de delito ou falta.
5. Adm. Impugnación ante a xurisdición contencioso-administrativa dos actos, normas, inactividade ou incumprimentos das administracións públicas.
6. Lab. Reclamación ante a xurisdición social de dereitos concernentes ás relacións laborais.
7. Eur. Facultade de actuar ante o Tribunal da Unión Europea contra normas ou resolucións das institucións da Unión, ou contra a súa inactividade, así como contra os incumprimentos dos Estados membros, ou para exixir a responsabilidade en que incorran tanto aquelas como estes.

Omitimos a entrada gramatical "acción 2" en relación co título valor, dado o seu sentido mercantil.

²⁸ Definición de acción, entrada gramatical 4: *Diccionario del español jurídico*. Recurso consultable en: <https://dej.rae.es/lema/acci%C3%B3n4>. Última consulta 22/07/2022.

distinto do xa existente. É na disposición adicional quinta da LGUM onde se dá corpo á referida “acción popular”, ao dicir que “*será pública a acción para exixir ante os órganos administrativos e, a través da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, ante os tribunais o cumprimento do establecido nesta lei e nas disposicións que se diten para o seu desenvolvemento e execución, para a defensa da unidade de mercado*”. De novo, consideramos que tanto esta suposta acción popular –na epígrafe– ou pública –no texto da disposición– como a petición activada con base no antes referido dereito de petición non son máis que a solicitude por instancia do interesado á que se refiren os artigos 54 e 62 da Lei 39/2015, concordantes entre si.

En consecuencia, só podemos concluír que este intento por parte do lexislador da LGUM de innovar na terminoloxía, incluíndo nalgúns casos expresións descontextualizadas como “acción popular” ou “dereito de petición” e, noutros, referencias ambiguas ou vagas como “operador económico”, obviamente froito dunha mala técnica lexislativa e claramente dunha inxerencia doutros sectores profesionais da sociedade afastados do mundo xurídico, non achegan senón máis confusión a un proceso xudicial que debера ser moi claro, co fin de darlle unha maior celeridade na súa tramitación e resolución.

Noutra orde de cousas, debemos recordar que algunhas comunidades autónomas, no marco das súas competencias, poden crear organismos que, sen menoscabar as adxudicadas á Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia, tivesen por obxecto estar vixiantes ante calquera vulneración no mercado no seu ámbito xeográfico de referencia. Así posibilitase a creación de organismos que nacen desde o principio cunha limitación clara, como é pór en dúbida actuacións das administracións públicas localizadas no interior do territorio da comunidade, o que supón, en parte, crear organismos privados dunha importante capacidade de actuación.

Así mesmo, ao reducir o número de actores de maneira tan drástica, tamén se pon de relevo unha realidade fáctica, e é a imposibilidade de que un organismo teña coñecemento polos seus propios medios –sen necesidade de denuncia previa por parte dos interesados– de calquera tipo de actuación dunha Administración pública tendente a violentar os principios que consolidan o mercado único, na época da protección de datos. É obvio que, necesariamente, para pór en marcha este control cómpre que medie solicitude previa dun operador económico.

Pero, ademais, tendo en conta desta restrición, ponse de manifesto outra, quizais aínda máis inintelixible, como é o feito de que o apartado 2 do artigo 27 da LGUM habilita como peticionarios –continuando coa terminoloxía utilizada– os operadores económicos aos que xa nos referimos. Non fai mención ningunha a outras administracións públicas. Antes ben, cando no artigo 26 fala de organizacións representativas dos operadores económicos, deixa atrás outros entes corporativos, o que entendemos que non debe ser interpretado de xeito literal, como manifestamos anteriormente.

Non obstante, no artigo 28 si se abre o elemento subxectivo a novos individuos que poden actuar, ao incluír entre os operadores económicos e as organizacións que os

representan os consumidores e usuarios, e as organizacións que os agrupan²⁹, pero sen mencionar as administracións públicas que teñen por fin a defensa do interese xeral con obxectividade.

Por conseguinte, tras a lectura dos tres artigos da LGUM, non alcanzamos a comprender por que nuns supostos permite a actuación a uns suxeitos –artigo 26–, noutros as restrinxen –artigo 27– e novamente volve abrila máis incluso que nos casos previstos no primeiro suposto, pero sempre deixando fóra o resto de administracións públicas que poidan verse agravadas por unha actuación administrativa concreta. Só podemos concluír que nos atopamos ante un claro caso dun gravísimo erro de técnica lexislativa, en algo tan sensible e importante como é a capacitación para accionar procesos xudiciais.

En calquera caso, toda esta sarta de restricións ou ampliacións da capacidade de actuar debemos entendela derogada polo previsto no capítulo II do título IV da Lei 39/2015, sobre a iniciación do procedemento, onde tamén se inclúen as peticións razoadas provenientes de órganos doutras administracións, e iso en virtude do principio *lex posterior derogat priori*, que neste suposto opera con meridiana claridade.

En terceiro lugar, entendemos que depositar en mans da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia esta acción supón darlle un poder que, en caso de exercitarse de xeito dilixente, non xerará ningún problema. Pero, se se dese a circunstancia contraria, isto é, que se fixese un mal uso da dita lexitimación xurisdiccional con fins máis espurios tendentes a coartar o desenvolvemento económico dun determinado sector, dun determinado territorio, dos dous á vez, ou dunha determinada empresa afectada pola citada actuación administrativa, sen entrar en consideracións de tipo penal, avocaría ao máis estrepitoso fracaso a creación deste recurso especial.

Pero non só un mal ou negligente uso xustificaría unha revisión da lexitimación procesual. Desde a nosa perspectiva, non comprendemos como a outros organismos dependentes da Administración xeral do Estado non se lles recoñeceu a acción para promover estes procesos, o cal supón unha importante limitación na súa actuación. En concreto, referímonos a organismos supervisores como o Banco de España ou a Comisión Nacional do Mercado de Valores, por citar só algúns.

Así as cousas, non conceder esta acción ao Ministerio Fiscal como órgano autónomo que defende o interese xeral tamén se nos fai complicado de entender. Mesmo poderíamos engadir nesta listaxe o Defensor do Pobo, que ten acción procesual para impugnar leis contrarias á Constitución nesta materia, e en cambio non ten acción para recorrer contra outro tipo de actos que puidesen causar un quebranto na unidade económica do mercado estatal.

En resumidas contas, calquera destas institucións ou organismos e calquera persoa que se vise afectada por unha vulneración da unidade de mercado protagonizada por unha Administración deberá necesariamente, e en réxime de exclusividade, acudir ante a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia co obxecto de que incoe

²⁹ Baste recordar a lexitimación recollida no artigo 6.1, 7.º e 8.º da Lei de axuízamento civil e a lexitimación do artigo 11 do mesmo corpo, concordantes.

un expediente administrativo para que se albisque a oportunidade de promover este proceso, salvo que fose claro e manifesto que debe procederse deste xeito.

Neste sentido, e tendo en conta o sensible da materia, calquera atraso ou disfunción que se verificase, cunha alta probabilidade, pode acabar producindo danos de xeito directo aos afectados pola medida impugnada, pero tamén de xeito indirecto a unha colectividade maior. Esta última consideración retomarámola cando examinemos o relativo ao prazo para a interposición do recurso.

Dentro deste suposto, debe dicirse que, durante a instrución e tramitación do recurso, se poderá solicitar a intervención de calquera persoa que, sendo un operador económico, tivese intereses directos en que este chegue a bo fin e se decrete finalmente a anulación do acto, actuación ou disposición impugnada, como recorrente, e que non a impugnase de forma independente a través dos procesos ordinarios.

A solicitude cursarase no seo do noso proceso especial e, unha vez presentada, resolverase por auto ditado no prazo de cinco días. Antes de resolverse a cuestión formulada, deberase dar audiencia a todas as partes que van comparecer para que aleguen o que ao seu mellor dereito conveña, tal como está previsto no artigo 127 ter.7 da LXCA. O novo recorrente que comparece será considerado parte no proceso para todos os efectos e defenderá as pretensións xa formuladas ou as que o propio interveniente entenda que ao seu mellor dereito lle conveñan, sempre e cando tiver oportunidade procesual para iso. Isto non é óbice para que poida facer valer unha posición distinta á defendida pola Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ou calquera outra no proceso. Pero a norma deixa meridianamente claro que, en todo caso, no suposto de que se autorice a comparecencia dun novo recorrente, non se retrotraerá o proceso baixo ningún concepto, senón que se sumará no momento en que se atopen as actuacións, precluindo a posibilidade de poder actuar ou realizar calquera acto de trámite xa sucedido.

2.2 Elemento obxectivo do recurso

Como dixemos antes, a pretensión do lexislador por medio da modificación que introduce a LGUM é precisamente que calquera vulneración do principio de unidade de mercado favorecida pola Administración pública sexa posta en tea de xuízo e impugnada por medio deste recurso especial que se institúe. Así as cousas, con este proceso preténdese evitar que calquera actuación –ou falta dela– da Administración poña en dúbida os principios de liberdade de circulación que prevén a Constitución e os Tratados da Unión, así como a liberdade de establecemento recollida nos mesmos textos normativos. Neste mesmo sentido, pode someterse ao coñecemento da xurisdición contencioso-administrativa calquera tipo de quebrantamento destes principios que se manifesten no difícil aseguramento da unidade de mercado, se ben estas poden vir dadas por medio de actuacións verificadas en actos administrativos ou disposicións, ou calquera tipo de actuación, como así refire o artigo 127 bis da LXCA. Polo tanto, podemos incluír na literalidade da norma calquera tipo de acto administrativo normativo, non normativo ou de trámite que afecte ao mercado único

español³⁰. Trátase dunha finalidade específica e exclusiva³¹ que levou á individualización dun proceso propio que o diferencia do resto de actuacións administrativas. Por iso, calquera tipo de limitación dos principios tocantes ao mercado único a través dunha actuación administrativa poderá ser tramitada por medio deste recurso, sen necesidade de optarse polos recursos contencioso-administrativos ordinarios da LXCA³². Non obstante, será susceptible de control xurisdiccional este tipo de actividades por medio do recurso ordinario para os casos en que o interesado non vexa satisfeita a súa petición por parte da CNMC.

En todo caso, si convén subliñar que non só cabería incluír estes actos, senón tamén calquera actuación en negativo, é dicir, calquera falta de actuación por parte da Administración pública que, por inoportuna, tardía ou mesmo negligente que fose, permitise unha vulneración da unidade de mercado grazas á devandita inactividade. Así pois, pode incluírse neste catálogo a actuación realizada por vía de feito, sen a existencia dun título xurídico que a xustifícase.

3 As especialidades do proceso xudicial para a tutela da unidade de mercado

Tendo en conta todo o apuntado arriba, deducimos que, dada a especificidade do obxecto do recurso, nos atopamos ante un suposto que, pola súa urxencia, non se pode nin debe tramitar a través das canles previstas para os procesos ordinarios, pero tampouco o proceso abreviado se revela como o conveniente. Por este motivo, decidiuse crear un especificamente, no cal se disciplínase a tutela xudicial de acordo coa materia á que se refiren as actuacións das administracións.

Requiríase, polo tanto, un procedemento rápido, conciso e sumario, pero atopámonos ante feitos que podían prexudicar o normal desenvolvemento do tráfico mercantil, pondo nunha situación máis ou menos comprometida o mercado español na súa totalidade ou nalgún dos seus territorios. Para evitalo, necesitábase unha actuación eficaz e rápida a través da cal se obrigase á Administración impugnada a proceder de xeito diverso ao que xustificara a interposición do recurso.

En consecuencia, a especialidade da materia e a necesidade dunha urxente actuación xustificaron a integración sistemática deste proceso na LXCA en forma de proceso xudicial de tipoloxía especial, se ben, malia as devanditas diferenzas con respecto aos procesos máis ordinarios, a vía xudicial non se porá en marcha mentres a Comisión Nacional, a quen se lle recoñeceu a acción, non interpoña o correspondente recurso.

A pesar disto, e dada a necesidade de actuar con urxencia co fin de evitar que o dano que se está a producir vaia *in crescendo*, o lexislador deu no apartado 2 do artigo 127 bis da LXCA un prazo de dous meses, similar ao que dá en sede de recurso

³⁰ RODRÍGUEZ BEAS (2016: 544).

³¹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 938).

³² A esta vía ordinaria dedica unha parte do seu estudo o profesor Santamaría Pastor moi interesante. *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939-948).



ordinario, de acordo co artigo 46 do dito texto. A elección deste prazo non obedece a algo improvisado, pois o funcionamento do mercado non é algo automático. Por iso, requirese dun período mínimo para comprobar que efectivamente unha actuación dunha Administración, fose esta positiva ou negativa, afecta aos principios que aseguran a unidade de mercado. En caso de que nos atopemos ante este último suposto, deberemos acudir ao previsto no artigo 29 da lei de ritos.

Así as cousas, tamén se dá unha marxe de acción á Comisión Nacional para que dirixa a súa actuación non só a recorrer, senón a recompilar e asegurar a correspondente proba para cursar o correspondente escrito procesual.

Debemos recordar que moitas veces a Comisión non opera de oficio, senón que o fai a instancia dalgún particular ou doutra Administración pública. Nestes supostos, o prazo de dous meses operará desde que o organismo ten coñecemento da conduta contra a que cómpre recorrer por medio da presentación da instancia no seu rexistro, acorde coa exigencia do artigo 127 bis.2 da LXCA e do 31.2.C) da Lei 39/2015, concordantes.

Finalmente, evidenciamos que a Lei xurisdiccional lle asignou a competencia no coñecemento deste recurso no seu artigo 11.h) á Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional, fose quen fose o autor do acto ou actuación impugnada. Considerando a lóxica que seguiu a norma, á hora de recorrer contra un acto dunha Administración habería que observar cada caso concreto, atendendo ao tipo de acto, ao seu contido e á persoa xurídica pública autora.

Non obstante, a especialidade do proceso xustificou unha asignación concreta a un só organismo da acción e, na mesma intelixencia, unha individualización en favor dun único órgano xurisdiccional, cristalizando así a competencia para coñecer do recurso en mans da Audiencia Nacional. Entendemos que, ademais, se atendeu a outro factor, como é a adscrición da Comisión Nacional do Mercado e da Competencia á Administración xeral do Estado, e, dado que a Audiencia Nacional é un dos órganos que coñecen dos recursos que se interpoñen contra os actos da devandita Administración territorial e tendo en conta esa especialización, consideramos que o lexislador creu máis conveniente introducir esta particularización, aínda que neste caso, ás veces, o recurso non teña por obxecto unha actuación deste nivel administrativo, senón de calquera outro dos instituídos en España.

3.1 A tramitación do recurso

Continúa o lexislador sinalando especialidades en relación co recurso, esta vez en sede de instrución e tramitación do recurso. Como apuntamos, no deseño lexislativo que fai a norma dispónse a especialidade do recurso, e, aínda que o prazo dado para interpoñelo é similar aos xerais, tan certo é que, tendo en conta o seu obxecto, se require que a tramitación sexa sumaria e, á vez, se lle dea a preferencia necesaria, tal e como asevera o artigo 127 ter.9 da LXCA.

Do mesmo xeito, debe resaltarse que o artigo 127 ter.10 LXCA dispón que, en todo aquilo que non estea previsto no capítulo, de maneira subsidiaria se seguirán

as previsións contidas na normativa tocante ao proceso ordinario, debendo traer a colación a dicción da disposición derradeira primeira da lei, que á súa vez remite, en todo aquilo nela non contido, á Lei de axuízamento civil.

3.2 A substanciación do proceso

Como noutros casos, interposto o recurso e unha vez que este foi admitido, o letrado da Administración de xustiza da Audiencia Nacional acordará o mesmo día por medio de dilixencia, e de conformidade co artigo 127 ter.1 da LXCA e o artigo 48 do mesmo corpo, concordantes, o requirimento ao órgano administrativo autor da actuación impugnada para que no prazo de cinco días remita o expediente administrativo achegando o escrito de interposición de recurso pola Comisión Nacional do Mercado e da Competencia. O envío do expediente debe facerse na súa totalidade, foliado e autenticado de acordo co previsto no artigo 48.4 da lei, incluíndo un índice paxinado con expresión do contido. A el achegaranse os informes e datos que se soliciten no auto de acordo ao artigo 127 ter.1 da LXCA.

Dispón o mesmo artigo 127 ter.2 da LXCA que, en todo caso, xa se envíe ou non o expediente administrativo por parte da Administración impugnada, non se suspenderá a substanciación do proceso, senón que, antes ben, se continuará co curso dos autos. Esta solución, igual que noutras especialidades do proceso, como puxemos de relevo, compréndese considerando o interese do lexislador por tramitalo coa maior rapidez posible. Suspender calquera tipo de actuación do tribunal xulgador ata a remisión do expediente, na mente do lexislador, pode ser contraproducente, no sentido de que se paralizaría *sine die*.

Non obstante, a lei está a recoñecer de forma tácita unha circunstancia, e é que o lexislador, inconscientemente, puxo por escrito que non se fía da Administración, á que ve como unha incumpridora na medida en que non suspende a tramitación ata a remisión do expediente, para o que lle dá un prazo de cinco días. En consecuencia, é coñecedor de que con bastante frecuencia se vai incumprir o prazo e, por iso, previu a continuación do proceso movido polo interese de que a cuestión se resolva coa maior rapidez posible.

No entanto, debemos facer notar que, se na mente do lexislador entendemos que se opera desta forma, consideramos que isto mesmo é un desatino. E iso porque compartimos a visión da lei neste sentido. A Administración con frecuencia –segundo a nosa experiencia– incumpre os prazos dados para o envío do expediente, se ben, como se comprenderá, non se trata dunha regra xeral. Pero tramitar o recurso sen ter acceso ao expediente é, cando menos, incoherente. Iso aínda máis, se cabe, tendo en conta que, na medida en que a recorrente non tivo acceso ao expediente na súa totalidade, non puido formular a correspondente demanda e tería que acudir a meros indicios deducidos de actuacións e feitos, pero non de documental. Por iso, non se ten constancia dos argumentos en que baseará as súas pretensións a Comisión Nacional ata que se remita o expediente e esta poida cursar a demanda.

Regap



ESTUDOS

Do mesmo modo, hai que engadir que a Administración impugnada non sempre cumprirá a obriga de enviar o expediente de xeito completo. Pode darse o caso de que o organismo recorrente interese, de acordo co artigo 48.4 da LXCA, que, ao non ter remitido o expediente na súa totalidade, se realice un complemento deste e, en consecuencia, se cursen as correspondentes alegacións de complemento á demanda coas que poder concluír de maneira axeitada cales son os argumentos da parte recorrente e os seus pedimentos. Só nese momento se saberá con certeza a posición procesual dunha das partes e poderá facer contestación á demanda a impugnada. Non paralizar o proceso ata que se remita por completo o expediente supón que, conforme se vaian producindo a demanda e a contestación, poderá ir variando a dirección tomada pola instrución ata que se clarifiquen na súa totalidade os dous escritos procesuais.

Precisamente, en relación coa demanda, no suposto en que a Administración remita na súa totalidade o expediente, o letrado da Administración de xustiza daralle traslado á recorrente para que, no prazo de dez días improrrogables, cursen escrito de demanda onde fagan expresión de todos os argumentos e pedimentos que entendan por conveniente, co obxecto de asegurar a unidade de mercado. Como sinala consolidada doutrina española, esta é unha máis das especialidades que ten este proceso con respecto ao ordinario; e é que o artigo 127 ter.3 dispón que o prazo para a demanda se acurta aos 10 días con respecto ao prazo xeral que recolle o artigo 52.1 da LXCA³³. Así mesmo, o citado artigo 127 ter.3 da lei de ritos dispón que se deberán achegar todos os documentos que se teñan por necesarios co fin de formalizar a demanda.

Do mesmo xeito, e de acordo co que estabamos a expor con anterioridade, se o expediente se remítise con posterioridade ao prazo de 5 días dados ou se fíxese complemento de expedientes, o secretario do tribunal concederá un novo prazo adicional para que curse alegacións a este que melloren o escrito previo.

Unha vez que se formalice o escrito de demanda, o letrado xudicial librará dilixencia pola que se dará traslado daquela, así como da documental achegada e do expediente administrativo, para que no prazo de dez días se curse a correspondente contestación por virtude do artigo 127 ter.4 da Lei procesual. A especialidade en prazos que se revela con respecto á demanda tamén se segue na contestación. De momento, como vimos, tan só no prazo dado para o recurso se mantivo a referencia xeral, particularizándose no resto dos supostos, partindo para iso das necesidades de urxente tramitación que xustificarían a interposición deste recurso, en vez de seguir outras canles legais previstas.

Así mesmo, e igual que no caso da demanda, xunto á contestación incluíranse cantos documentos se consideren oportunos para a defensa da posición da recorrente.

Nesta liña, parécenos importante recordar a dicción do artigo 54.1 da mesma norma procesual, segundo a cal se dispón que, se o recorrente presentase a demanda sen que se remítise o expediente, se emprazará a Administración para que o realice no prazo dado para cursar a contestación á demanda, aínda que poderá ser apercibido polo tribunal de que, en caso de que non remita o expediente de maneira adxunta á contestación, esta será inadmitida.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, e FERNÁNDEZ (2019: 728).

Se ademais se tivese coñecemento por parte da Audiencia Nacional de que se interpuxeron outros recursos contra a mesma actuación dunha Administración da que derive unha vulneración da liberdade de establecemento ou de circulación ao promovido pola Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, fixa o artigo 127 ter.8 da LXCA que, neste suposto, se procederá á acumulación de todos os procedementos formulados³⁴.

Para finalizar, debemos resaltar que prevé o lexislador no artigo 127 ter.5 da lei que, tramitado o traslado da contestación á demanda, ao día seguinte o tribunal decidirá sobre o recibimento do preito a proba. En caso positivo, non se fixará un prazo superior a vinte días para a práctica da proba que se propuxese no momento procesual oportuno.

4 A sentenza como fito procesual final na resolución do recurso

Ata aquí examinamos a substanciación do proceso, pero certamente, xunto á demanda e á contestación, o momento principal de todo o proceso é cando se dita a sentenza pola que se dá resposta ás pretensións e pedimentos das partes. Neste sentido, finalizadas as actuacións do tribunal e decretada a súa conclusión, o artigo 127 ter.6 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa dispón que o tribunal xulgador deberá ditar sentenza pola que se poña fin á controversia, para o cal ten un prazo legal de 5 días. Con isto, volve de novo o lexislador a redundar na necesidade dunha maior rapidez na tramitación e resolución do proceso. Se ben o prazo dado para a interposición do recurso é de 2 meses –como nas normas xerais–, o concedido para ditar sentenza acúrtase á metade en comparación co recollido no artigo 67 da LXCA.

A sentenza estimará o recurso cando a disposición, actuación, ou falta dela, incluíndo a desviación de poder, incorresen en calquera infracción do ordenamento xurídico que afecte á liberdade de establecemento ou de circulación. Neste suposto en que a resolución estima a pretensión da parte recorrente –a Comisión Nacional, entre outras–, dispórase a necesidade da corrección da conduta infractora, así como o resarcimento dos danos e perdas, incluído o lucro cesante, que a dita conduta causase, en concordancia co artigo 71.

Nos casos en que se puidese interpor recurso contra a resolución, o tribunal poderá ditar a sentenza de viva voz, pronunciando a súa decisión e facendo expresión de se estima ou desestima as pretensións e, en consecuencia, o recurso. Por conseguinte, como apuntan Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, o lexislador non introduce grandes particularidades en relación co réxime da sentenza, salvo a posibilidade de ditala *in voce*³⁵, algo que xa posibilita de por si a LAC.

Se, pola contra, o tribunal atrasase a declaración da inadmisión do recurso contencioso administrativo ao momento da sentenza, tamén o poderá expresar *in voce*,

³⁴ Cosculluela Montaner, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas. 2019, p. 570.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, e FERNÁNDEZ (2019: 728).

sen que iso fose un impedimento para a non comparecencia de todas ou algunha das partes³⁶.

En todo caso, como opera na regra xeral, cando a sentenza sexa ditada a viva voz por parte do tribunal, deberase documentar por medio do correspondente certificado, que, en consecuencia, será librado polo secretario xudicial. Non debe esquecerse que o acto polo que se dita sentenza quedará filmado nos arquivos da Audiencia³⁷ de acordo coas exixencias do artigo 78 da LXCA e, finalmente, a resolución deberá quedar rexistrada no libro de sentenzas do tribunal. Do mesmo xeito, tendo en conta que esta posibilidade se dá cando non existe ulterior recurso da resolución, farase constar no dito certificado a firmeza da resolución para os oportunos efectos³⁸.

Para rematar, debemos dicir que o artigo 110.1 LXCA inclúe os procedementos en materia de unidade de mercado dentro dos supostos en que resulta posible a extensión, por vía de execución, dos efectos dunha sentenza firme que recoñece unha situación xurídica individualizada a favor dunha ou varias persoas, sempre que concorran as circunstancias establecidas legalmente que o permitan.

5 A suspensión do procedemento para a garantía da unidade de mercado

O artigo 127 quáter da LXCA contén normas específicas en canto á suspensión do acto ou disposición obxecto do recurso. No caso de que a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, no seu escrito de interposición do recurso, solicítase a suspensión da disposición, acto ou resolución impugnados, esta producirase de forma automática unha vez que sexa admitido o recurso e sen que supoña a exixencia de prestar fianza que garanta os posibles prexuízos de calquera natureza que diso puidesen derivar.

Do mesmo xeito, a Administración impugnada poderá solicitar o alzamento da suspensión en dous supostos:

- Cando pasasen tres meses desde a súa adopción, dada a preferencia e sumariade coa que se deseñou o proceso³⁹.
- E sempre e cando se acredite que, do seu mantemento, puidese seguirse unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro⁴⁰.

Así pois, no curso do procedemento pode solicitarse a adopción de calquera outra medida preventiva, cuxa tramitación se realizará conforme o fixado nas normas establecidas de xeito xeral na LXCA.

³⁶ LOZANO CUTANDA (2014: 165).

³⁷ LOZANO CUTANDA (2014: 165).

³⁸ COSCULLUELA MONTANER (2019: 570).

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, e FERNÁNDEZ (2019: 729).

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, e FERNÁNDEZ (2019: 729).

No seu momento, a Sentenza do Tribunal Constitucional 79/2017 puxo en tea de xuízo a suspensión dos actos ou disposicións das comunidades autónomas soamente coa mera interposición do recurso pola CNMC. Matizou a este respecto que *“a suspensión automática dunha disposición, acto ou resolución dunha comunidade autónoma como consecuencia da decisión da CNMC de interpor un recurso contencioso-administrativo implica unha evidente afectación da autonomía daquela, xa que supón deixar sen efecto a executividade dunha actuación autonómica que se realizou, en principio, en exercicio das súas competencias”*.

Non obstante, debemos facer notar novamente a incoherencia do texto, que non permite controlar a actuación dunha comunidade autónoma por un órgano supervisor que ela mesma tería creado e promover este recurso, pois tan só está apoderada para iso a Comisión Nacional do Mercado e da Competencia.

Do mesmo xeito, entendemos que, se ben esta previsión que fai o Tribunal Constitucional pola que decide declarar inconstitucional a aplicación da suspensión da resolución ou actuación impugnada pode ser correcta, tan certo é que debería estenderse unha previsión de inconstitucionalidade para supostos similares de actuacións da Administración local, dado que non é compatible este tipo de controis sobre as corporacións locais e iría en contra da consagración que da autonomía local fai o artigo 140 CE.

Por conseguinte, e partindo da STC 79/2017 xa mencionada, interposto o recurso contra a actuación ou non actuación dunha Administración que supoña unha violación da liberdade de mercado ou de libre circulación, suspenderase a dita actuación en todos os casos menos no suposto de que a Administración autora fose unha comunidade autónoma.

6 Conclusións

Ao longo deste estudo fomos analizando de xeito pormenorizado o recurso especial para a garantía da unidade de mercado, introducido na Lei 29/1998 no ano 2013. Desta maneira, puxemos de relevo unha serie de aspectos que deberan ser modificados para unha mellora na regulación. Por iso, concluímos o seguinte:

Primeiro. - A elección do lexislador de depositar en mans da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia a acción procesual como único posible recorrente, aínda que xustificada, considerámola como unha limitación que pode impedir unha correcta tutela das situacións que puidesen supor unha vulneración da unidade de mercado.

Neste sentido, entendemos que se debe ampliar o número de suxeitos activos lexitimados para a interposición de recursos a calquera outro organismo autonómico análogo á Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia, a Fiscalía ou mesmo o Defensor do Pobo, co que se melloraría na tutela xudicial efectiva destas situacións que puidesen derivar en cuantiosos danos económicos ou mesmo irreparables.

Segundo. - A previsión da non suspensión do proceso malia non se consignar o expediente por parte da Administración impugnada é, desde o noso punto de vista, evidentemente, un feito que o que fai é atrasar a fixación das pretensións e pedimentos

Regap



ESTUDIOS

das partes e, con iso, alongar o proceso de xeito innecesario e incomprensible, tendo en conta as urxencias que parece ter o lexislador en finalizar o proceso coa maior rapidez posible.

Terceiro. – Do mesmo xeito, manter a necesidade de que o proceso se continúe sen clarificar as posicións dos recorrentes e dos impugnados pode supor que se continúe realizando o proceso nunha dirección que pode cambiar o rumbo deste unha vez que se formulen a demanda e a contestación. Desta forma, novamente alóngase o proceso de xeito estéril e sen que iso contribúa a unha mellora clara da tramitación e da resolución do recurso.

Cuarto. – Á vista destas e doutras ineficacias que fomos pondo de relevo ao longo deste traballo, este recurso que ten unha vida realmente breve, pois tan só hai 6 anos desde a súa aprobación, xa sofre de aspectos que aconsellan vivamente a súa adaptación en favor dunha mellora na tramitación, pero tamén na tutela do seu obxecto.

Quinto. – Todas estas ineficacias que sinalamos nestas conclusións e, sobre todo, ao longo do texto fannos ver como un proceso sumario pode duplicar a súa duración, o que vai en contra da intención do lexislador e do fin co que se concibiu. É por iso polo que deben introducirse correccións no sentido que sinalamos neste traballo.

7 Bibliografía

- ALONSO MAS, M. J., “Marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios”, en M. J. ALONSO MAS (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo Básico*, 1, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2019.
- CASARES MARCOS, A. B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, en M. J. ALONSO MAS (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas, 2019.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ESTOA PÉREZ, A., “Relectura de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, desde la perspectiva del recurso para la garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, 209, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ R. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2, Cizur Menor: Editorial Civitas, 2019.

- GARCÍA LOZANO, L. M., *La intervención de la administración pública en el sector de los mercados financieros: examen de las novedades normativas*, Murcia: Iuris Universal, 2018.
- GIFREU FONT, J., “La impronta de la directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 98, 2014.
- LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 2014.
- MARTÍN VALERO, A. I., “El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado”, *Actualidad Administrativa*, 2, Wolters Kluwer, 2020.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N. 21, 2009.
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «Ordenanza municipal y unidad de mercado», en M. J. Alonso Mas (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- RODRÍGUEZ BEAS, M., “Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso”, en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, Madrid: INAP, 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad de Mercado”, en M. J. ALONSO MAS (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley, 2014.
- TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 19, 2014.

regap



ESTUDIOS