



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 68_julio-diciembre 2024 | pp. 227-250
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/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 doctor del
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad 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 Los mecanismos para la protección de los operadores económicos en la LGUM. 2 El proceso para la garantía de la unidad de mercado. 2.1 Elemento subjetivo del recurso. 2.2 Elemento objetivo del recurso. 3 Las especialidades del proceso judicial para la tutela de la unidad de mercado. 3.1 La tramitación del recurso. 3.2 La sustanciación del proceso. 4 La sentencia como hito procesal final en la resolución del recurso. 5 La suspensión del procedimiento para la garantía de la unidad de mercado. 6 Conclusiones. 7 Bibliografía.

Introducción

La Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa –en adelante LJCA–, aprobada hace ya 24 años, ha arrojado a lo largo de este periodo de aplicación luces y sombras, poniendo de relieve que, pese a los intentos del legislador, no en todos los casos se ha conseguido avanzar con la adopción de esta nueva norma y, sobre todo, las dificultades que se han advertido a la hora de llevarla a la práctica por parte de la judicatura y de los profesionales liberales. No es algo que pase inadvertido, ni en esta ni en otra norma procesal, en tanto en cuanto es utilizada a diario en multitud de ocasiones por decenas de tribunales de nuestro país. Por ello, y más si cabe, dado el abundante número de casos de los que conoce el orden contencioso-administrativo diariamente, quedan patentes las reformas obradas, pero también los errores que se arrastran, o los que de nuevas se introdujeron con las innovaciones que ha sufrido este texto normativo en una pretendida mejora.

En este itinerario de consolidación del nuevo marco procesal, como era de esperar, se hicieron diversos –e, incluso, numerosos– ajustes a fin de corregir las ineficiencias de un proceso de gran importancia, dirigido a controlar la actuación, o falta de ella, por parte de las administraciones públicas. En este sentido, se imponía como una necesidad enmendar aquellas imprecisiones del legislador de 1998, o incluso complementar y modificar la concreta regulación que hubiese devenido en impracticable, o hasta inaplicable. En esta tesitura, se abordaron hasta 37 modificaciones que se sucedieron a lo largo de estas dos décadas, algunas con más éxito que otras, y, de la misma manera, algunas de ellas con una mayor profundidad e impacto en la ley que el resto. De todas, solo vamos a resaltar aquellas que para la materia tratada en este trabajo nos parecen interesantes.

La primera tuvo lugar al poco tiempo de la aprobación de la Ley procesal, modificación que se efectuó a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cambio que se operó a través de la disposición adicional vigesimocuarta. De la misma manera, nos parece de interés otra

de las reformas que se realizó por medio de la Ley orgánica 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, con la que se modifican la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la que se actualizó exclusivamente el artículo 11 de esta última.

A los cuatro años, se abordó una nueva modificación parcial a través de la Ley 15/2007, de 3 de julio, para la defensa de la competencia, en la cual se actualizó nuestra ley al objeto de intentar aportar luz en relación con el régimen de recursos contra las resoluciones de los órganos nacionales y autonómicos de competencia, y modificar con cierta razonabilidad el procedimiento de autorización judicial, y, en concreto, en el supuesto de que exista oposición a una inspección realizada en aplicación de esta norma mercantil. A través de la disposición adicional séptima, se modificaron los artículos 8.6 y 10.1, ambos en sede de competencia –material y orgánica–, y, finalmente, el apartado 3 de la disposición adicional tercera de la LJCA.

No fue la única norma adjetiva modificada en esta ocasión, pues, como se entenderá, también la Ley de enjuiciamiento civil se vio afectada en su artículo 15.º, pero sin adentrarse en otros aspectos más profundos, alteración sobre la que tampoco vamos a versar por no ser de interés para este estudio. Posteriormente, el legislador ahondó en otra necesidad de adaptación de la norma a nuevas contingencias surgidas, llevándola a cabo por medio de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que introdujo importantes modificaciones en esta y en otras normas procesales por las que se cursaba la implementación de dicha oficina organizativa.

Pero, pese a estas y otras enmiendas que se realizaron en la ley de ritos, seguía sin implementarse un proceso judicial que permitiese defender o tutelar cualquier actuación tendente a coartar o violentar la unidad de mercado de una manera preferente, más allá del proceso ordinario. De hecho, pasó la primera década sin presencia o atisbo alguno que indicase un interés en llevar a cabo su creación. Como hemos advertido en este mismo apartado, sí se introdujeron modificaciones tendentes a concordar la Ley de competencia desleal y la LJCA, pero hasta ese punto se llegó, sin abrir espita alguna tendente a consolidar un recurso que tutelase las situaciones contrarias a la unidad de mercado, de la mano de las administraciones públicas. Ello no quiere decir que no se introdujese en la ley novedad legislativa alguna, sino todo lo contrario, ya que en 2010 se cursaron dos reformas, en 2011 tres y en 2012 otras tantas. No obstante, habremos de esperar al año 2013 –ya finalizando el segundo periodo de sesiones del año natural– para que se obre la inclusión de un proceso en el sentido que hemos indicado arriba, y con una cierta regulación, que en cambio se reveló muy básica, demasiado limitada y en algunos casos limitante, como iremos viendo a lo largo de todo este estudio.

Será en esta última anualidad cuando, por medio de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado –en adelante, LGUM–, se obraría la inclusión del capítulo IV, del título V de los procesos especiales, por el que se daba

regap



ESTUDIOS

carta de naturaleza al nuevo cauce procesal para la garantía de la unidad de mercado¹. Esta norma, como ya se ha referido, fue precisamente intitulada sobre la garantía de la unidad de mercado, de tal guisa que con ella se buscaba promover recursos procesales más veloces al objeto de evitar alteraciones en el mercado por medio de actuaciones administrativas, consolidándola como principio en “*un entorno de competencia e inversión de libertad de los operadores económicos, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse con carácter estatal y en ocasiones justificadas con carácter autonómico y local*”, tal como señaló el profesor Bermejo².

A este respecto, debemos decir que, con la entrada en vigor de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales, este proceso especial, como proceso sumario, toma relevancia ante posibles medidas que la Administración o administraciones puedan adoptar y que afecten a los secretos empresariales y, a la vez, a la unidad de mercado. Por este motivo, vamos a proceder a analizar de manera detenida el procedimiento judicial que nos ocupa.

1 Los mecanismos para la protección de los operadores económicos en la LGUM

Como se ha anticipado, a través de la citada LGUM no solo se han proclamado principios tendentes al fortalecimiento de la unidad de mercado en nuestro país, como reflejo de las directivas europeas como derecho derivado, sino también como desarrollo de los principios recogidos en el derecho originario europeo, a fin de otorgar una mayor eficiencia a las actividades económicas³. No obstante, debe hacerse notar el impacto que el primero ha tenido en nuestro ordenamiento en este ámbito material, hasta el punto de que importante doctrina de nuestro país, como Gifreu Font, señala que la irrupción y posterior “*traslación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, ha supuesto una pequeña revolución en la manera de encauzar la relación de las administraciones públicas con los ciudadanos, en el marco de la tradicional actividad de policía...*”⁴.

Sin embargo, como recoge otra parte de nuestra doctrina, esta norma ha sido acogida de manera escéptica por un sector de la Academia⁵ y, en parte, así han venido a confirmarlo las posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional, que censuraron de manera parcial el texto legislativo con señaladas declaraciones de inconstitucionalidad. En este sentido, importantes autores denotan que este hecho supuso un mazazo del que no se ha podido recuperar la normativa, aunque tan cierto

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

² Bermejo Vera, 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).

es que otro sector resalta que tal cosa no ha sucedido, sino que incluso el impacto ha sido nulo para el resto de aspectos de la LGUM⁶.

En todo caso, y siguiendo la línea señalada por el derecho europeo, se articularon una serie de mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de las libertades dimanante de las exigencias de la unidad de mercado que vienen recogidas en él y desarrolladas en esta y en otras normas patrias. Así mismo, se reflejó ya en la exposición de motivos de la LGUM, dado que no existía procedimiento especializado de ningún tipo al cual poder recurrir para controlar y garantizar dichas libertades. Tan solo se podía acudir a procedimientos administrativos y judiciales ordinarios, pero que, habida cuenta de lo sensible del objeto, no se aconsejaban tales vías, pues no contribuyen a una resolución adecuada, sino tardía y muchas veces extemporánea.

De esta manera, el legislador, en la II parte del preámbulo, alude a que con la creación de estos procedimientos se pretende adoptar una vía mucho más eficaz en la resolución de los contenciosos y, sobre todo, más rápida y ágil con la que poder detectarse las ineficacias y resolver las controversias surgidas. Es lógico deducir que un proceso ordinario no es bastante ni suficiente para resolver las problemáticas que pudieran darse con la rapidez que se requiere en esta materia. Antes bien, reconducir estos temas económicos que pudieran derivar en daños para una parte importante de la población a procedimientos generales, con los plazos ordinarios, incluso puede resultar contraproducente.

De tal guisa, se incorporaron en el capítulo VII de la ley dos procedimientos de naturaleza muy diversa, siendo uno de ellos de corte netamente administrativo y otro de tipo judicial, pero ambos presididos por criterios de urgencia y como alternativa al sistema de recursos ordinario previsto para la generalidad de las situaciones administrativas recurribles. Así las cosas, resalta la exposición de motivos que con ellos se pretende que las controversias que pudieran surgir, incluso por actuaciones administrativas, puedan ser controvertidas y resueltas con una mayor rapidez que si de un procedimiento ordinario se tratase, a fin de no vulnerar el principio de unidad de mercado –o de evitar la prolongación temporal de la vulneración– y los derechos de los ciudadanos y de las empresas que actúan en el ámbito español.

De este modo, se ha articulado un doble procedimiento, como ya se ha resaltado:

- Uno administrativo, a la sazón el procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes, recogido en el artículo 26 de la norma y del cual conocerá el Consejo para la Unidad de Mercado.

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

- Uno judicial, siendo este el proceso en garantía de la unidad de mercado, creado en el artículo 27 de la LGUM y disciplinado por medio de la reforma operada en la Ley 29/1998, en la disposición final primera de la antes citada norma.

Ambos artículos han configurado cauces procedimentales que se activarían como vía previa⁷ al proceso especial que se ha recogido como segundo mecanismo. Aun así, se han previsto otros mecanismos complementarios por la vía del artículo 28 de la LGUM, que se centrarán en la actuación del Consejo para la Unidad de Mercado instituido en esta norma, en concreto en el artículo 10, y se le dota de órganos y funciones en los que le siguen a continuación.

Sobre los procedimientos previstos en los artículos 26 y 28 de la LGUM, no vamos a versar en este trabajo, ya que no es el objeto del mismo y, a su vez, existen numerosos estudios que lo tratan⁸. Sin embargo, sí vamos a adentrarnos en el estudio del proceso jurisdiccional que se recoge en el artículo 27 de la LGUM a lo largo de los siguientes apartados.

2 El proceso para la garantía de la unidad de mercado

Como ya apuntáramos previamente, la inclusión de este proceso especial se obró en el año 2013, cuando ya se había cumplido la primera década de vigencia de la LJCA, con el fin de introducir un recurso sumario y especial⁹ que atendiese a las especificidades propias del mercado, para dar respuesta a las incógnitas que suscitasen determinadas actuaciones públicas que vulnerasen la unidad de mercado. El paso del tiempo, la entrada en vigor de la Directiva 123/2006¹⁰, de la Directiva 2009/72/CE¹¹ y de la nueva Ley de defensa de la competencia evidenciaron la necesidad de introducir un cambio de perspectiva en torno al control de la actuación de los entes públicos en el ámbito del mercado de acuerdo con sus competencias¹², si bien estos son imponderables que se intentaron mitigar por medio de la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado¹³.

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 Véase 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, 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 no solo se relaciona con la Directiva 123/ 2006, sino también con la conocida Directiva de Servicios, la 2009/72/CE. Véase ESTOA PÉREZ (2019: 433).

¹³ Apunta J. Tornos que la LGUM, aunque tardíamente, se tramitó de manera veloz habida cuenta de las necesidades impuestas por la Comisión CORA y las presiones de los diversos sectores económicos y de la propia Comisión Europea. Véase J. Tornos Mas (2014: 146).

Como apuntaba, con muy buen criterio, el profesor Bermejo Vera, este procedimiento se fundamenta de manera clara y directa en el artículo 139.2 CE¹⁴, pero, además, en las grandes libertades que había establecido el Tratado de Maastricht como pilares del mercado único europeo¹⁵, esto es: la libre circulación de mercancías, de personas, de capitales y libre prestación de servicios en el territorio de la Unión¹⁶. A fin de tutelar de manera correcta estos principios, la Ley 20/2013 crea un sistema de reclamaciones en el artículo 26 que se deberán cursar ante el Consejo para la Unidad de Mercado y ante la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. Hay que recordar que las resoluciones de ambos organismos pueden ser sometidas a revisión jurisdiccional a través del oportuno recurso contencioso-administrativo¹⁷, como no podía ser de otra manera.

Pero estos mecanismos no resultaban suficientes para asegurar que la actuación de las administraciones públicas no iría contra la unidad de mercado, entendiéndola como principio único, ni contra esta, entendiéndola a modo de principio matriz de los que, como ya hemos señalado, recoge el derecho originario europeo.

Es por ello por lo que se decide crear este procedimiento especial, con el objeto de extirpar cualquier actuación de la Administración pública de la escena económica, de manera que no se perturbe el funcionamiento del mercado generando cualquier tipo de fragmentación en él. Es cierto que, en esos casos, el interesado dispone del procedimiento ordinario con el fin de recurrir la actuación de la Administración que les afecte¹⁸, sin coartarse cualquier tipo de actuación dirigida a ello¹⁹. A pesar de esto, si algo caracteriza la impartición de justicia, no es precisamente su velocidad en la resolución de los pleitos que se le plantean, y, habida cuenta la necesidad de darles una respuesta rápida en los supuestos en los que se contravengan los principios relativos a la unidad de mercado, dada la sensibilidad de la materia, se requería de un proceso que articulase una solución más clara y prioritaria²⁰.

De esta manera, se vislumbró la necesaria adopción de una medida más contundente, como podía ser la creación de un recurso que tutelase las situaciones que produjesen alguna violación de los principios a los que nos acabamos de referir. Es por ello por lo que, por vía de disposición final, se introdujo una enmienda de la LJCA en la que se añadía, en sede de recursos especiales, el proceso centro de nuestro estudio. Este hecho es precisamente uno de los principales problemas que cabe resaltar, cual es la circunstancia de que la regulación, pese a la enmienda introducida

¹⁴ BERMEJO VERA (2019: 498). También véase 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 hemos versado 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).

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).

en la LJCA, no está contenida exclusivamente en esta, sino que precisamente, en lo que a la legitimación del actor se refiere, se contiene en el artículo 27 de la LGUM, mientras que el resto del proceso se ha albergado en la ley de ritos²¹. Este reparto que ha realizado el legislador es claramente incomprensible, en la medida en que no se entiende cómo no se ha incluido la regulación en su totalidad en la ley jurisdiccional teniendo en cuenta la vocación codificadora que posee la Ley 29/1998. Antes bien, debiera haberse obrado una modificación en el artículo 19 de esta norma, en lugar de dejar lo relativo a la legitimación actora orillado en otra norma fuera de la normativa procesal, lo que claramente se torna en un defecto importante de técnica legislativa derivado de este desatino que podría haberse salvado perfectamente.

2.1 Elemento subjetivo del recurso

Por lo que respecta a los sujetos afectados por el recurso, es decir, en relación con el autor de la conducta recurrida, dispone la ley que puede ser cualquier tipo de Administración pública sin límite alguno, como no podría ser de otra manera. En este sentido, se remite al artículo 2 de la Ley 40/2015, siendo actualmente esta la concreta norma que de manera más actualizada establece la descripción y el listado subjetivo de las personas jurídicas que deben ser consideradas como administración y sector público en una terminología más economicista y amplificadora del objeto. No obstante, no puede obviarse que, en sede de la ley de ritos, se dedica también una parte de la norma –el artículo 2– al mismo menester, lo que también hace ser más específico el ámbito procesal al concretarse.

De esta manera, podemos afirmar que cualquier actuación administrativa o falta de ella es susceptible de recurso fuera cual fuese la Administración autora, esto es, con absoluta independencia del tipo de ente del que emane el acto o del nivel territorial del que se trate²². No debe olvidarse que pueden influir en la unidad de mercado con actuaciones administrativas todos los niveles territoriales, incluidos los locales, como resalta Rastrollo Suárez²³. La experiencia nos hace ver que muchos de los casos que han sido enjuiciados vienen derivados de actuaciones de administraciones locales²⁴, las cuales se han considerado como tendentes a coartar las libertades derivadas de la proclamación del mercado único español –y europeo–.

Examinado el sujeto recurrido, sin solución de continuidad, pasamos al sujeto recurrente. Precisamente haciendo referencia a él es como comienza el artículo 127 bis LJCA y, por tanto, el capítulo IV. En esta concreta norma se asigna la acción a la

²¹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939).

²² La profesora Lozano Cutanda recuerda que el tipo de Administración no se aprecia en ningún aspecto de la normativa, con lo que el recurso podrá interponerse con independencia de la tipología a la que pertenezca la autora. *Vid.* 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 interés el análisis que realiza Abel Estoa en la segunda parte de su estudio de los casos que hasta 2019 ha conocido la Audiencia Nacional, donde cuantitativamente destaca como Administración recurrida la local. Véase ESTOA PÉREZ (2019).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia –en adelante, CNMC–, no incluyéndose ningún otro organismo, Administración o ente público entre los legitimados para ello. Pero este artículo –derivado de la modificación operada a través de la disposición final primera de la LGUM– trae causa de otro previo, que no es otro que el ya mencionado artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Es en él donde se otorga la legitimación de manera directa a nuestro organismo para promover la acción procesal que se consolida en sus manos.

Estamos, por tanto, ante una atribución casi en situación de monopolio, de manera exclusiva pero también excluyente. Como bien señala Santamaría Pastor, supone una singularidad que deriva en una *rara avis* en nuestro sistema procesal y, en concreto, en la LJCA²⁵. Y, si bien no es un caso único en nuestro ordenamiento, ello no quita que no tengamos que señalar su existencia. A este respecto, debemos hacer notar diversos hechos que nos llevan a reflexionar sobre si esta actuación ha sido oportuna por parte del legislador o, por el contrario, ha sido desafortunada.

Y es que entendemos que conceder el impulso de un proceso judicial a un organismo especialista y especializado en materia de competencia, como es la CNMC, permite una unidad de acción decidida y clara en defensa de la unidad de mercado y, por ello, una línea de actuación más o menos igualitaria y homogeneizada a lo largo de un periodo definido. Debemos partir de una realidad, y es que, según el Constituyente, el mercado económico de nuestro país es único y, por tanto, se consolida la idea de que exista un ente que de manera individualizada tenga capacidad para controlarlo, al objeto de tener una concepción global del mismo. En este caso, para ello se creó la CNMC, de tal guisa que, según la *mens legislatoris*, solo ella estará en situación de ponderar la necesidad de acudir a los tribunales para recurrir cualquier actuación de una Administración pública, o falta de ella, que vulnere los principios que cristalizan en dicha unidad.

La economía y, por tanto, el mercado en el que se mueven los agentes económicos en el marco de sus actividades no pueden dividirse de acuerdo con criterios regionales, o incluso locales, y menos hoy en día habida cuenta de la realidad transnacional existente. Nos encontramos en momentos históricos en los que la tendencia, más que a particularizar, está dirigida totalmente a lo contrario. Más, si cabe, considerando que la adhesión de nuestro país a las Comunidades Europeas y después a la Unión nos ha llevado a formar parte de un mercado único supraestatal en el que nos hemos consolidado día a día.

Del mismo modo, el Constituyente intenta evitar que la economía nacional se vea parcelada siguiendo miméticamente el mapa autonómico y, por tanto, se realicen algunas actuaciones en unas regiones que en otras no estarían permitidas. Todo ello sin perder de vista las políticas públicas de impulso y fomento que desde los ejecutivos autonómicos se quieran adoptar. Así las cosas, según este punto de vista que aportamos, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia es el organismo adecuado para promover este tipo de procesos con una visión de conjunto más amplia y especializada.

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 952).

A pesar de ello, también encontramos diversas razones que desaconsejan apoderar con esta acción procesal de manera exclusiva a la misma.

La primera de ellas es que se concede una acción a un órgano vinculado a la Administración general del Estado que quizás se vea incapaz de fiscalizar la actuación de todas las administraciones públicas, sean territoriales o no. Un solo organismo para controlar miles de personas jurídicas y, por ende, cientos de miles de actuaciones que pudieran tender a vulnerar la unidad de mercado resulta a todas luces inabarcable. Por tanto, no sería, factible si no mediase una información previa hacia la Comisión, llegara de donde llegase. Para hacer posible que la CNMC tenga conocimiento de alguna actuación de los cientos de miles que realizan las miles de administraciones públicas de nuestro país, se ha establecido un sistema basado en el derecho de petición recogido en el artículo 27.2 de la LGUM. El legislador ha dispuesto que podrán dirigir peticiones para que se inicie el proceso contencioso por parte de los operadores económicos, utilizando una terminología absolutamente imprecisa y nada clarificadora²⁶, lo que entendemos que se ha obrado para compensar la excesiva restricción en la acción procesal. Hay que partir de que esa referencia omnicomprendensiva ya se alberga en el epígrafe del capítulo VII de la LGUM, donde regula estos procedimientos. Podríamos, quizás, para conseguir vislumbrar a qué se refiere la norma por operador económico, retrotraernos al artículo 26, donde incluye quiénes tendrán capacidad para poner en marcha el procedimiento, citando a los operadores económicos y a las asociaciones representativas de estos, entre ellas las cámaras oficiales de comercio y las asociaciones profesionales, aunque no dice nada de otras administraciones corporativas como los colegios profesionales, las asociaciones patronales, etc., cuyos asociados sí podrían verse afectados y, sin embargo, no se les ha extendido tal posibilidad en la literalidad de la ley. Entendemos, por tanto, que debe hacerse una interpretación amplia, en tanto en cuanto un operador económico no son solamente las asociaciones representativas, sino cualquier persona que participe en el tráfico económico, incluyendo el comerciante individual regulado en el Código de comercio actualmente en vigor y que, en cierta medida, es obviado por el legislador en una clara discriminación.

Pero también el apartado 6 del mismo artículo 27 LGUM se refiere a dicho derecho de petición, remitiendo a su disposición adicional quinta. Hay que partir de que el mismo, en la medida en que es un derecho subjetivo, se encuentra contenido entre los fundamentales reconocidos por nuestra Constitución en su artículo 29. En consecuencia, y dado que esta tipología solo se predica de las personas físicas, y teniendo cuenta que un operador económico puede ser una persona física pero las más de las veces será una persona jurídica, consideramos que la terminología utilizada por el legislador no es la más acertada, pues solo aporta más confusión a lo que realmente debería haber sido configurado como una notificación o incluso una denuncia en el sentido administrativo, dado que se basaría en una infracción de una norma del ordenamiento jurídico español –sea de la propia LGUM, sea de cualquier otra o sea incluso de normativa europea originaria o derivada–. Por ello, hablar de petición,

²⁶ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 953).

como hace el artículo 27 en reiteradas ocasiones o la disposición adicional quinta, no nos parece lo más adecuado.

De la misma manera, la utilización de diferentes soluciones terminológicas por el legislador rara vez se hace en vano. Debemos partir del hecho de que la Administración actúa –como es archisabido– con el fin de dar una respuesta a las inquietudes de un ciudadano, por el interés general y con vocación de servicio. Hablar de actuación a instancia de parte plasma ese deber de actuación y deber de resolución que se viene reiterando tanto para la Administración judicial como para la Administración pública desde hace varias centurias, y que necesariamente implica una actuación de estas, tendentes a dar una respuesta en derecho a la inquietud del actor o del administrado, respectivamente.

Sin embargo, la actuación administrativa obligada en el caso de ejercerse el derecho de petición, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se resuelve exclusivamente en acusar el recibo y dar una respuesta sobre la oportunidad o no de actuar de acuerdo con lo pedido. En esta inteligencia, la diferenciación sobre el modo de proceder es muy clara y resulta mucho más cómodo para la Administración este segundo sistema que el primero. De esta manera, le deja las manos mucho más abiertas y libres en el segundo que en el primero.

En consecuencia, debería interpretarse petición como solicitud a instancia de parte desde el punto de vista administrativo, para evitar que ninguna denuncia quede sin activar y, por tanto, la CNMC se vea impelida a actuar, sin permitirle realizar criba alguna antes de ponerse en marcha, según criterios de oportunidad.

Todo este error nace, desde nuestro humilde punto de vista, del intento de marcar distancias con respecto a la terminología administrativista, en favor de otra más economicista, al plantear que la CNMC “*actuará de oficio o a petición de los operadores*”. Si en lugar de este intento de modificación terminológica, que a todas luces carece de sentido, se hubiese utilizado la tan tradicional expresión en nuestro ordenamiento basada en que la actuación de una Administración u organismo público se iniciará de oficio o a instancia de parte, nos ahorraríamos este error en las categorías jurídicas que maneja el legislador de la LGUM. A pesar de ello, se ha optado por un camino que lo lleva a confundir instituciones y configurar la denuncia como un derecho de petición, en lugar de un deber ciudadano que descansa en nuestra obligación de perseguir cualquier tipo de actuación –fuera quien fuese el autor– antijurídica. Si siguiésemos esta línea, el deber de denuncia de delitos recogido en la Ley de enjuiciamiento criminal se tornaría en un mero derecho de petición a la jurisdicción competente para que investigue tales hechos, lo que sería una auténtica paradoja.

De la misma manera, nuevamente incurre en un error terminológico cuando habla de acción popular en el apartado 6 del artículo 27. Si consultamos las definiciones de acción que da el *Diccionario del español jurídico*, en ninguna se contiene como referencia a la promoción de una actuación administrativa, sino que todas tienen un claro sentido procesal²⁷. Solamente de manera muy residual encontramos una

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.

referencia al conjunto de actividades desarrolladas por un organismo o institución en el ejercicio de sus competencias²⁸, pero no conseguimos encontrar una definición similar a la que utiliza el legislador. La acción popular supone una facultad otorgada a la ciudadanía para participar en la función jurisdiccional, sea esta en el orden penal o en el orden contable. De ahí que la extrapolación que hace el legislador hacia una activación de una posible puesta en marcha de un organismo con la finalidad de activar un proceso contencioso es, cuando menos, un oxímoron que no tiene real encaje en nuestra teoría administrativista, y mucho menos en la procesal.

Tampoco consideramos que el legislador haya tratado de instituir una categoría jurídica distinta y novedosa, en tanto en cuanto no la ha acompañado de una interpretación auténtica que permita concebir tal alarde de creatividad como algo diverso y distinto de lo ya existente. Es en la disposición adicional quinta de la LGUM donde se da cuerpo a la referida “acción popular”, al decir que “*será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y, a través de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante los tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado*”. De nuevo, consideramos que tanto esta supuesta acción popular –en el epígrafe– o pública –en el texto de la disposición– como la petición activada con base en el antes referido derecho de petición no son más que la solicitud a instancia del interesado a la que se refieren los artículos 54 y 62 de la Ley 39/2015, concordantes entre sí.

En consecuencia, solo podemos concluir que este intento por parte del legislador de la LGUM de innovar en la terminología, incluyendo en algunos casos expresiones descontextualizadas como “acción popular” o “derecho de petición” y, en otros, referencias ambiguas o vagas como “operador económico”, obviamente fruto de una mala técnica legislativa y claramente de una injerencia de otros sectores profesionales

Acción 1:

1. Pen. Primer elemento del concepto de delito, sinónimo de conducta o comportamiento.
2. Pen. En sentido estricto pero comprensivo de las dos formas de comportamiento humano, manifestación de voluntad humana al exterior, consistente en un movimiento o en pasividad o inmovilidad corporal dependiente de la voluntad consciente, o sea, obrar activo o pasivo; y que es indiferente si causa o no un resultado.
3. Pen. En sentido restrictivo, movimiento corporal, obrar activo o acto positivo, dependiente de la voluntad humana.
4. Pen. En sentido amplio, movimiento corporal voluntario que causa un resultado distinto del propio acto, o sea, acción positiva más relación de causalidad más resultado.

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

Acción 3:

1. Proc. Derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o un interés.
2. Gral. Reclamación ante la jurisdicción ordinaria de derechos o intereses fundados en normas civiles.
3. Merc. Facultad de ejercer ante la jurisdicción ordinaria, o ante los jueces especializados en derecho mercantil, para la reclamación de derechos e intereses regulados en las normas mercantiles.
4. Pen. Pretensión de incoación de un proceso para determinar la responsabilidad por hechos constitutivos de delito o falta.
5. Adm. Impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos, normas, inactividad o incumplimientos de las administraciones públicas.
6. Lab. Reclamación ante la jurisdicción social de derechos concernientes a las relaciones laborales.
7. Eur. Facultad de actuar ante el Tribunal de la Unión Europea contra normas o resoluciones de las instituciones de la Unión, o contra su inactividad, así como contra los incumplimientos de los Estados miembros, o para exigir la responsabilidad en que incurran tanto aquellas como estos.

Omitimos la entrada gramatical “acción 2” en relación con el título valor, dado su sentido mercantil.

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

de la sociedad alejados del mundo jurídico, no aportan sino más confusión a un proceso judicial que debiera ser muy claro, con el fin de darle una mayor celeridad en su tramitación y resolución.

En otro orden de cosas, debemos recordar que algunas comunidades autónomas, en el marco de sus competencias, pueden crear organismos que, sin menoscabar las adjudicadas a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, tuvieran por objeto estar vigilantes ante cualquier vulneración en el mercado en su ámbito geográfico de referencia. De tal guisa, se posibilita la creación de organismos que nacen desde el principio con una limitación clara, cual es poner en entredicho actuaciones de las administraciones públicas localizadas en el interior del territorio de la comunidad, lo que supone, en parte, crear organismos privados de una importante capacidad de actuación.

Asimismo, al reducir el número de actores de manera tan drástica, también se pone de relieve una realidad fáctica, y es la imposibilidad de que un organismo tenga conocimiento por sus propios medios –sin necesidad de denuncia previa por parte de los interesados– de cualquier tipo de actuación de una Administración pública tendente a violentar los principios que consolidan el mercado único, en la época de la protección de datos. Va de suyo que, necesariamente, para poner en marcha este control se hace necesario que medie solicitud previa de un operador económico.

Pero, además, habida cuenta de esta restricción, se pone de manifiesto otra, quizás aún más ininteligible, cual es el hecho de que el apartado 2 del artículo 27 de la LGUM habilita como peticionarios –continuando con la terminología utilizada– a los operadores económicos a los que ya nos referimos. No hace mención alguna a otras administraciones públicas. Antes bien, cuando en el artículo 26 habla de organizaciones representativas de los operadores económicos, deja atrás otros entes corporativos, lo que entendemos que no debe ser interpretado de manera literal, como hemos manifestado anteriormente.

Sin embargo, en el artículo 28 sí se abre el elemento subjetivo a nuevos individuos que pueden actuar, al incluir entre los operadores económicos y las organizaciones que los representan a los consumidores y usuarios, y a las organizaciones que los agrupan²⁹, pero sin mencionar a las administraciones públicas que tienen por fin la defensa del interés general con objetividad.

Por consiguiente, tras la lectura de los tres artículos de la LGUM, no alcanzamos a comprender por qué en unos supuestos permite la actuación a unos sujetos –artículo 26–, en otros las restringe –artículo 27– y nuevamente vuelve a abrirla más incluso que en los casos previstos en el primer supuesto, pero siempre dejando fuera al resto de administraciones públicas que puedan verse agraviadas por una concreta actuación administrativa. Solo podemos concluir que nos encontramos ante un claro caso de un gravísimo error de técnica legislativa, en algo tan sensible e importante como es la capacitación para accionar procesos judiciales.

²⁹ Baste recordar la legitimación recogida en el artículo 6.1. 7.º y 8.º de la Ley de enjuiciamiento civil y la legitimación del artículo 11 del mismo cuerpo, concordantes.

En cualquier caso, toda esta retahíla de restricciones o ampliaciones de la capacidad de actuar debemos entenderla derogada por lo previsto en el capítulo II del título IV de la Ley 39/2015, sobre la iniciación del procedimiento, donde también se incluyen las peticiones razonadas provenientes de órganos de otras administraciones, y ello en virtud del principio *lex posterior derogat priori*, que en este supuesto opera con meridiana claridad.

En tercer lugar, entendemos que depositar en manos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia esta acción supone darle un poder que, en caso de ejercitarse de manera diligente, no generará problema alguno. Pero, si se diese la circunstancia contraria, esto es, que se hiciese un mal uso de dicha legitimación jurisdiccional con fines más espurios tendentes a coartar el desarrollo económico de un determinado sector, de un determinado territorio, de ambos a la vez, o de una determinada empresa afectada por la citada actuación administrativa, sin entrar en consideraciones de tipo penal, avocaría al más estrepitoso fracaso la creación de este recurso especial.

Pero no solo un mal o negligente uso justificaría una revisión de la legitimación procesal. Desde nuestra perspectiva, no comprendemos cómo a otros organismos dependientes de la Administración general del Estado no se les ha reconocido la acción para promover estos procesos, lo cual supone una importante limitación en su actuación. En concreto, nos referimos a organismos supervisores como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por citar solo algunos.

Así las cosas, no conceder esta acción al Ministerio Fiscal como órgano autónomo que defiende el interés general también se nos hace complicado de entender. Incluso podríamos añadir en este listado al Defensor del Pueblo, que tiene acción procesal para recurrir leyes contrarias a la Constitución en esta materia, y sin embargo no tiene acción para recurrir otro tipo de actos que pudieran causar un quebranto en la unidad económica del mercado estatal.

En resumidas cuentas, cualquiera de estas instituciones u organismos y cualquier persona que se viese afectada por una vulneración de la unidad de mercado protagonizada por una Administración deberá necesariamente, y en régimen de exclusividad, acudir ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia al objeto de que incoe un expediente administrativo para que se vislumbre la oportunidad de promover este proceso, salvo que fuera claro y manifiesto que debe procederse de esta manera.

En este sentido, y teniendo en cuenta lo sensible de la materia, cualquier retraso o disfunción que se verificase, con una alta probabilidad, puede acabar produciendo daños de manera directa a los afectados por la medida recurrida, pero también de manera indirecta a una colectividad mayor. Esta última consideración la retomaremos cuando examinemos lo relativo al plazo para la interposición del recurso.

Dentro de este supuesto, debe decirse que, durante la instrucción y tramitación del recurso, se podrá solicitar la intervención de cualquier persona que, siendo un operador económico, tuviese intereses directos en que este llegue a buen fin y se decrete finalmente la anulación del acto, actuación o disposición impugnada, como

recurrente, y que no la hubiera recurrido de forma independiente a través de los procesos ordinarios.

La solicitud se cursará en el seno de nuestro proceso especial y, una vez presentada, se resolverá por auto dictado en el plazo de cinco días. Antes de resolverse la cuestión planteada, se deberá dar audiencia a todas las partes personadas para que aleguen lo que a su mejor derecho convenga, tal como está previsto en el artículo 127 ter.7 de la LJCA. El nuevo recurrente personado será considerado parte en el proceso a todos los efectos y defenderá las pretensiones ya formuladas o las que el propio interviniente entienda que a su mejor derecho le convengan, siempre y cuando tuviere oportunidad procesal para ello. Esto no es óbice para que pueda hacer valer una posición distinta a la defendida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o cualquier otra en el proceso. Pero la norma deja meridianamente claro que, en todo caso, en el supuesto de que se autorice la personación de un nuevo recurrente, no se retrotraerá el proceso bajo ningún concepto, sino que se sumará en el momento en el cual se encuentren las actuaciones, precluyendo la posibilidad de poder actuar o realizar cualquier acto de trámite ya sucedido.

2.2 Elemento objetivo del recurso

Como hemos dicho antes, la pretensión del legislador por medio de la modificación que introduce la LGUM es precisamente que cualquier vulneración del principio de unidad de mercado favorecida por la Administración pública sea puesta en tela de juicio y recurrida por medio de este recurso especial que se instituye. Así las cosas, con este proceso se pretende evitar que cualquier actuación –o falta de ella– de la Administración ponga en entredicho los principios de libertad de circulación que prevén la Constitución y los Tratados de la Unión, así como la libertad de establecimiento recogida en los mismos textos normativos. En este mismo sentido, puede someterse al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa cualquier tipo de quebrantamiento de estos principios que se manifiesten en el difícil aseguramiento de la unidad de mercado, si bien estas pueden venir dadas por medio de actuaciones verificadas en actos administrativos o disposiciones, o cualquier tipo de actuación, como así refiere el artículo 127 bis de la LJCA. Podemos, por tanto, incluir en la literalidad de la norma cualquier tipo de acto administrativo normativo, no normativo o de trámite que afecte al mercado único español³⁰. Se trata de una finalidad específica y exclusiva³¹ que ha llevado a la individualización de un proceso propio que lo diferencia del resto de actuaciones administrativas. Por ello, cualquier tipo de limitación de los principios tocantes al mercado único a través de una actuación administrativa podrá ser tramitada por medio de este recurso, sin necesidad de optarse por los recursos contencioso-administrativos ordinarios de la LJCA³². No obstante, será susceptible

³⁰ RODRÍGUEZ BEAS (2016: 544).

³¹ SANTAMARÍA PASTOR (2014: 938).

³² A esta vía ordinaria dedica una parte de su estudio el profesor Santamaría Pastor muy interesante. *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR (2014: 939-948).

de control jurisdiccional este tipo de actividades por medio del recurso ordinario para los casos en los que el interesado no vea satisfecha su petición por parte de la CNMC.

En todo caso, sí conviene subrayar que no solo cabría incluir estos actos, sino también cualquier actuación en negativo, es decir, cualquier falta de actuación por parte de la Administración pública que, por inoportuna, tardía o incluso negligente que fuese, permitiese una vulneración de la unidad de mercado gracias a dicha inactividad. Así pues, puede incluirse en este catálogo la actuación realizada por vía de hecho, sin la existencia de un título jurídico que la justificase.

3 Las especialidades del proceso judicial para la tutela de la unidad de mercado

Habida cuenta de todo lo apuntado arriba, deducimos que, dada la especificidad del objeto del recurso, nos encontramos ante un supuesto que, por su urgencia, no puede ni debe tramitarse a través de los cauces previstos para los procesos ordinarios, pero tampoco el proceso abreviado se revela como el conveniente. Por este motivo, se decidió crear uno específicamente, en el cual se disciplinase la tutela judicial de acuerdo con la materia a la que se refieren las actuaciones de las administraciones.

Se requería, por tanto, un procedimiento rápido, conciso y sumario, pero nos encontrábamos ante hechos que podían perjudicar el normal desarrollo del tráfico mercantil, poniendo en una situación más o menos comprometida el mercado español en su totalidad o en alguno de sus territorios. Para evitarlo, se necesitaba una actuación eficaz y rápida a través de la cual se obligase a la Administración recurrida a proceder de manera diversa a la que había justificado la interposición del recurso.

En consecuencia, la especialidad de la materia y la necesidad de una urgente actuación justificaron la integración sistemática de este proceso en la LJCA en forma de proceso judicial de tipología especial, si bien, pese a dichas diferencias con respecto a los procesos más ordinarios, la vía judicial no se pondrá en marcha mientras la Comisión Nacional, a quien se le ha reconocido la acción, no interponga el correspondiente recurso.

A pesar de esto, y dada la necesidad de actuar con urgencia a fin de evitar que el daño que se está produciendo vaya *in crescendo*, el legislador ha dado en el apartado 2 del artículo 127 bis de la LJCA un plazo de dos meses, similar al que da en sede de recurso ordinario, de acuerdo con el artículo 46 de dicho texto. La elección de este plazo no obedece a algo improvisado, pues el funcionamiento del mercado no es algo automático. Por ello, se requiere de un periodo mínimo para comprobar que efectivamente una actuación de una Administración, fuese esta positiva o negativa, afecta los principios que aseguran la unidad de mercado. En caso de que nos encontremos ante este último supuesto, deberemos acudir a lo previsto en el artículo 29 de la ley de ritos.

Así las cosas, también se da un margen de acción a la Comisión Nacional para que dirija su actuación no solo a recurrir, sino a recopilar y asegurar la correspondiente prueba para cursar el correspondiente escrito procesal.

Debemos recordar que muchas veces la Comisión no opera de oficio, sino que lo hace a instancia de algún particular o de otra Administración pública. En estos supuestos, el plazo de dos meses operará desde que el organismo tiene conocimiento de la conducta a recurrir por medio de la presentación de la instancia en su registro, acorde con la exigencia del artículo 127 bis.2 de la LJCA y del 31.2.C) de la Ley 39/2015, concordantes.

Finalmente, evidenciamos que la Ley jurisdiccional ha asignado la competencia en el conocimiento de este recurso en su artículo 11.h) a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, fuere quien fuese el autor del acto o actuación recurrida. Considerando la lógica que ha seguido la norma, a la hora de recurrir un acto de una Administración habría que observar cada caso concreto, atendiendo al tipo de acto, a su contenido y a la persona jurídica pública autora.

Sin embargo, la especialidad del proceso ha justificado una asignación concreta a un solo organismo de la acción y, en la misma inteligencia, una individualización en favor de un único órgano jurisdiccional, cristalizando así la competencia para conocer del recurso en manos de la Audiencia Nacional. Entendemos que, además, se ha atendido a otro factor, cual es la adscripción de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia a la Administración general del Estado, y, dado que la Audiencia Nacional es uno de los órganos que conocen de los recursos que se interponen contra los actos de dicha Administración territorial y teniendo en cuenta dicha especialización, consideramos que el legislador ha creído más conveniente introducir esta particularización, aunque en este caso, a veces, el recurso no tenga por objeto una actuación de este nivel administrativo, sino de cualquier otro de los instituidos en nuestro país.

3.1 La tramitación del recurso

Continúa el legislador señalando especialidades en relación al recurso, esta vez en sede de instrucción y tramitación del recurso. Como hemos apuntado, en el diseño legislativo que hace la norma se dispone la especialidad del recurso, y, aunque el plazo dado para interponerlo es similar a los generales, tan cierto es que, teniendo en cuenta el objeto del mismo, se requiere que la tramitación sea sumaria y, a la vez, se le dé la preferencia necesaria, tal y como asevera el artículo 127 ter.9 de la LJCA.

Del mismo modo, debe resaltarse que el artículo 127 ter.10 LJCA dispone que, en todo aquello que no esté previsto en el capítulo, de manera subsidiaria se seguirán las previsiones contenidas en la normativa tocante al proceso ordinario, debiendo traer a colación la dicción de la disposición final primera de la ley, que a su vez remite, en todo aquello en ella no contenido, a la Ley de enjuiciamiento civil.

3.2 La sustanciación del proceso

Como en otros casos, interpuesto el recurso y una vez que este ha sido admitido, el letrado de la Administración de justicia de la Audiencia Nacional acordará el mismo

Regap



ESTUDIOS

día por medio de diligencia, y de conformidad con el artículo 127 ter.1 de la LJCA y el artículo 48 del mismo cuerpo, concordantes, el requerimiento al órgano administrativo autor de la actuación impugnada para que en el plazo de cinco días remita el expediente administrativo adjuntando el escrito de interposición de recurso por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. El envío del expediente debe hacerse en su totalidad, foliado y autenticado de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la ley, incluyendo un índice paginado con expresión del contenido. A él se adjuntarán los informes y datos que se soliciten en el auto de acuerdo al artículo 127 ter.1 de la LJCA.

Dispone el mismo artículo 127 ter.2 de la LJCA que, en todo caso, se envíe o no el expediente administrativo por parte de la Administración recurrida, no se suspenderá la sustanciación del proceso, sino que, antes bien, se continuará con el curso de los autos. Esta solución, al igual que en otras especialidades del proceso, como hemos puesto de relieve, se comprende considerando el interés del legislador por tramitarlo con la mayor rapidez posible. Suspender cualquier tipo de actuación del tribunal juzgador hasta la remisión del expediente, en la mente del legislador, puede ser contraproducente, en el sentido de que se paralizaría *sine die*.

Sin embargo, la ley está reconociendo de manera tácita una circunstancia, y es que el legislador, inconscientemente, ha puesto por escrito que no se fía de la Administración, a la que ve como una incumplidora en la medida en que no suspende la tramitación hasta la remisión del expediente, para lo que le da un plazo de cinco días. En consecuencia, es conocedor de que con bastante frecuencia se va a incumplir el plazo y, por ello, ha previsto la continuación del proceso movido por el interés de que la cuestión se resuelva con la mayor rapidez posible.

No obstante, debemos hacer notar que, si en la mente del legislador entendemos que se opera de esta guisa, consideramos que esto mismo es un desatino. Y ello porque compartimos la visión de la ley en este sentido. La Administración con frecuencia –según nuestra experiencia– incumple los plazos dados para el envío del expediente, si bien, como se comprenderá, no se trata de una regla general. Pero tramitar el recurso sin tener acceso al expediente es, cuando menos, incoherente. Ello aún más, si cabe, habida cuenta de que, en tanto en cuanto la recurrente no ha tenido acceso al expediente en su totalidad, no ha podido formular la correspondiente demanda y habrá tenido que acudir a meros indicios deducidos de actuaciones y hechos, pero no de documental. Por ello, no se tiene constancia de los argumentos en los que basará sus pretensiones la Comisión Nacional hasta que se remita el expediente y esta pueda cursar la demanda.

Del mismo modo, hay que añadir que la Administración recurrida no siempre cumplirá la obligación de enviar el expediente de manera completa. Puede darse el caso de que el organismo recurrente interese, de acuerdo con el artículo 48.4 de la LJCA, que, al no haber remitido el expediente en su totalidad, se realice un complemento del mismo y, en consecuencia, se cursen las correspondientes alegaciones de complemento a la demanda con las que poder concluir de manera adecuada cuáles son los argumentos de la parte recurrente y sus pedimentos. Solo en ese momento

se sabrá con certeza la posición procesal de una de las partes y podrá hacer contestación a la demanda la recurrida. No paralizar el proceso hasta que se remita por completo el expediente supone que, conforme se vayan produciendo la demanda y la contestación, podrá ir variando la dirección tomada por la instrucción hasta que se clarifiquen en su totalidad ambos escritos procesales.

Precisamente, en relación con la demanda, en el supuesto en el cual la Administración remita en su totalidad el expediente, el letrado de la Administración de justicia dará traslado a la recurrente para que, en el plazo de diez días improrrogables, cursen escrito de demanda donde hagan expresión de todos los argumentos y pedimentos que entiendan por conveniente, al objeto de asegurar la unidad de mercado. Como señala consolidada doctrina de nuestro país, esta es una más de las especialidades que tiene este proceso con respecto al ordinario; y es que el artículo 127 ter.3 dispone que el plazo para la demanda se acorta a los 10 días con respecto al plazo general que recoge el artículo 52.1 de la LJCA³³. Asimismo, el citado artículo 127 ter.3 de la ley de ritos dispone que se deberán adjuntar todos los documentos que se tengan por necesarios con el fin de formalizar la demanda.

De la misma manera, y de acuerdo con lo que estábamos exponiendo con anterioridad, si el expediente se remitiese con posterioridad al plazo de 5 días dados o se hiciese complemento de expedientes, el secretario del tribunal concederá un nuevo plazo adicional para que curse alegaciones a este que mejoren el escrito previo.

Una vez que se haya formalizado el escrito de demanda, el letrado judicial librará diligencia por la que se dará traslado de aquella, así como de la documental adjuntada y del expediente administrativo, para que en el plazo de diez días se curse la correspondiente contestación por virtud del artículo 127 ter.4 de la Ley procesal. La especialidad en plazos que se revela con respecto a la demanda también se sigue en la contestación. De momento, como hemos visto, tan solo en el plazo dado para el recurso se ha mantenido la referencia general, particularizándose en el resto de los supuestos, partiendo para ello de las necesidades de urgente tramitación que justificarían la interposición de este recurso, en vez de seguir otros cauces legales previstos.

Asimismo, y al igual que en el caso de la demanda, junto a la contestación se incluirán cuantos documentos se estimen oportunos para la defensa de la posición de la recurrente.

En esta línea, nos parece importante recordar la dicción del artículo 54.1 de la misma norma procesal, según la cual se dispone que, si el recurrente hubiese presentado la demanda sin que se hubiese remitido el expediente, se emplazará a la Administración para que lo realice en el plazo dado para cursar la contestación a la demanda, si bien podrá ser apercibido por el tribunal de que, en caso de que no remita el expediente de manera adjunta a la contestación, esta será inadmitida.

Si además se tuviese conocimiento por parte de la Audiencia Nacional de que se han interpuesto otros recursos contra la misma actuación de una Administración de la que derive una vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación al promovido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, fija el

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

artículo 127 ter.8 de la LJCA que, en este supuesto, se procederá a la acumulación de todos los procedimientos planteados³⁴.

Para finalizar, debemos resaltar que prevé el legislador en el artículo 127 ter.5 de la ley que, evacuado traslado de la contestación a la demanda, al día siguiente el tribunal decidirá sobre el recibimiento del pleito a prueba. En caso positivo, no se fijará un plazo superior a veinte días para la práctica de la prueba que se hubiera propuesto en el momento procesal oportuno.

4 La sentencia como hito procesal final en la resolución del recurso

Hasta aquí hemos examinado la sustanciación del proceso, pero ciertamente, junto a la demanda y a la contestación, el momento principal de todo el proceso es cuando recae la sentencia por la que se da respuesta a las pretensiones y pedimentos de las partes. En este sentido, finalizadas las actuaciones del tribunal y decretada su conclusión, el artículo 127 ter.6 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone que el tribunal juzgador deberá dictar sentencia por la que se ponga fin a la controversia, para lo cual tiene un plazo legal de 5 días. Con esto, vuelve de nuevo el legislador a redundar en la necesidad de una mayor rapidez en la tramitación y resolución del proceso. Si bien el plazo dado para la interposición del recurso es de 2 meses –como en las normas generales–, el concedido para dictar sentencia se acorta a la mitad en comparación con lo recogido en el artículo 67 de la LJCA.

La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, actuación, o falta de ella, incluyendo la desviación de poder, incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación. En este supuesto en el que la resolución estima la pretensión de la parte recurrente –la Comisión Nacional, entre otras–, se dispondrá la necesidad de la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta hubiera causado, en concordancia con el artículo 71.

En aquellos casos en los que se pudiera interponer recurso contra la resolución, el tribunal podrá dictar la sentencia de viva voz, pronunciando su fallo y haciendo expresión de si estima o desestima las pretensiones y, en consecuencia, el recurso. Por consiguiente, como apuntan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el legislador no introduce grandes particularidades en relación con el régimen de la sentencia, salvo la posibilidad de dictarla *in voce*³⁵, algo que ya posibilita de por sí la LEC.

Si, por el contrario, el tribunal hubiese retrasado la declaración de la inadmisión del recurso contencioso administrativo al momento de la sentencia, también lo

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

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

podrá expresar *in voce*, sin que ello fuese un impedimento para la no comparecencia de todas o alguna de las partes³⁶.

En todo caso, como opera en la regla general, cuando la sentencia sea dictada a viva voz por parte del tribunal, se deberá documentar por medio del correspondiente certificado, que, en consecuencia, será librado por el secretario judicial. No debe olvidarse que el acto por el que se dicta sentencia quedará filmado en los archivos de la Audiencia³⁷ de acuerdo con las exigencias del artículo 78 de la LJCA y, finalmente la resolución deberá quedar registrada en el libro de sentencias del tribunal. De la misma manera, habida cuenta de que esta posibilidad se da cuando no existe ulterior recurso de la resolución, se hará constar en dicho certificado la firmeza de la resolución a los oportunos efectos³⁸.

Para ultimar, debemos decir que el artículo 110.1 LJCA incluye los procedimientos en materia de unidad de mercado dentro de los supuestos en los que resulta posible la extensión, por vía de ejecución, de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, siempre que concurren las circunstancias establecidas legalmente que lo permitan.

5 La suspensión del procedimiento para la garantía de la unidad de mercado

El artículo 127 quáter de la LJCA contiene normas específicas en cuanto a la suspensión del acto o disposición objeto del recurso. En el caso de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su escrito de interposición del recurso, solicitara la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, esta se producirá de forma automática una vez que sea admitido el recurso y sin que suponga la exigencia de prestar fianza que garantice los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse.

De la misma manera, la Administración recurrida podrá solicitar el alzamiento de la suspensión en dos supuestos:

- Cuando hubieran pasado tres meses desde su adopción, dada la preferencia y sumariedad con la que se diseñó el proceso³⁹.
- Y siempre y cuando se acredite que, de su mantenimiento, pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero⁴⁰.

³⁶ LOZANO CUTANDA (2014: 165).

³⁷ LOZANO CUTANDA (2014: 165).

³⁸ COSCULLUELA MONTANER (2019: 570).

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

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

Así pues, en el curso del procedimiento puede solicitarse la adopción de cualquier otra medida cautelar, cuya tramitación se realizará conforme a lo fijado en las normas establecidas de manera general en la LJCA.

En su momento, la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 puso en tela de juicio la suspensión de los actos o disposiciones de las comunidades autónomas solamente con la mera interposición del recurso por la CNMC. Matizó a este respecto que *“la suspensión automática de una disposición, acto o resolución de una comunidad autónoma como consecuencia de la decisión de la CNMC de interponer un recurso contencioso-administrativo implica una evidente afectación de la autonomía de aquella, por cuanto supone dejar sin efecto la ejecutividad de una actuación autonómica que se ha realizado, en principio, en ejercicio de sus competencias”*.

Sin embargo, debemos hacer notar nuevamente la incoherencia del texto, que no permite controlar la actuación de una comunidad autónoma por un órgano supervisor que ella misma habría creado y promover este recurso, pues tan solo está apoderada para ello la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia.

De la misma manera, entendemos que, si bien esta previsión que hace el Tribunal Constitucional por la que decide declarar inconstitucional la aplicación de la suspensión de la resolución o actuación impugnada puede ser correcta, tan cierto es que debería extenderse una previsión de inconstitucionalidad para supuestos similares de actuaciones de la Administración local, dado que no es compatible este tipo de controles sobre las corporaciones locales e iría en contra de la consagración que de la autonomía local hace el artículo 140 CE.

Por consiguiente, y partiendo de la STC 79/2017 ya mencionada, interpuesto el recurso contra la actuación o no actuación de una Administración que suponga una violación de la libertad de mercado o de libre circulación, se suspenderá dicha actuación en todos los casos menos en el supuesto de que la Administración autora fuese una comunidad autónoma.

6 Conclusiones

A lo largo de este estudio hemos ido analizando de manera pormenorizada el recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, introducido en la Ley 29/1998 en el año 2013. De esta guisa, hemos puesto de relieve una serie de aspectos que debieran ser modificados para una mejora en la regulación. Por ello, concluimos lo siguiente:

Primero.- La elección del legislador de depositar en manos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la acción procesal como único posible recurrente, aunque justificada, la consideramos como una limitación que puede impedir una correcta tutela de aquellas situaciones que pudieran suponer una vulneración de la unidad de mercado.

En este sentido, entendemos que se debe ampliar el número de sujetos activos legitimados para la interposición de recursos a cualquier otro organismo autonómico análogo a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la Fiscalía o incluso el Defensor del Pueblo, con lo que se mejoraría en la tutela judicial efectiva

de estas situaciones que pudieran derivar en cuantiosos daños económicos o incluso irreparables.

Segundo.- La previsión de la no suspensión del proceso pese a no consignarse el expediente por parte de la Administración recurrida es, desde nuestro punto de vista, a todas luces, un hecho que lo que hace es retrasar la fijación de las pretensiones y pedimentos de las partes y, con ello, alargar el proceso de manera innecesaria e incomprensible, habida cuenta de las urgencias que parece tener el legislador en finalizar el proceso con la mayor rapidez posible.

Tercero.- De la misma manera, mantener la necesidad de que se continúe el proceso sin haber clarificado las posiciones de los recurrentes y de los recurridos puede suponer que se continúe realizando el proceso en una dirección que puede cambiar el rumbo de este una vez que se formulan la demanda y la contestación. De esta guisa, nuevamente se alarga el proceso de manera estéril y sin que ello contribuya a una mejora clara de la tramitación y de la resolución del recurso.

Cuarto.- A la vista de estas y de otras ineficacias que hemos ido poniendo de relieve a lo largo de este trabajo, este recurso que tiene una vida realmente breve, pues tan solo hace 6 años desde su aprobación, ya adolece de aspectos que aconsejan vivamente su adaptación en favor de una mejora en la tramitación, pero también en la tutela de su objeto.

Quinto.- Todas estas ineficacias que hemos señalado en estas conclusiones y, sobre todo, a lo largo del texto nos hacen ver cómo un proceso sumario puede duplicar su duración, lo que va en contra de la intención del legislador y del fin con el que se concibió. Es por ello por lo que deben introducirse correcciones en el sentido que hemos señalado en de este trabajo.

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.

Regap



ESTUDIOS

- 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.