

LOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

CARLOS PADRÓS REIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

JOSÉ MARÍA MACÍAS CASTAÑO

Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO.—II. OBJETIVOS E INSTRUMENTOS DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: 1. *Medidas de garantía de acceso al mercado*. 2. *Medidas de relación entre ordenamientos administrativos autonómicos*.—III. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN *EX-ANTE*: 1. *Consejo para la Unidad de Mercado*. 2. *Conferencias sectoriales*. 3. *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*.—IV. MECANISMOS DE GARANTÍA: 1. *Reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado*. 2. *La petición de intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. 3. *El nuevo recurso contencioso-administrativo (arts. 127 bis a 127 quáter de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*: A) *Ámbito de aplicación del procedimiento*. B) *Legitimación activa*. Supuestos de ampliación: *acumulación e intervención adhesiva*. C) *Plazo de interposición del recurso*. D) *Tramitación del procedimiento*. E) *Medidas cautelares*.—V. FINAL.

RESUMEN

El Parlamento español acaba de aprobar la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. La Ley introduce mecanismos de garantía de la libertad de acceso de los operadores económicos y el principio de licencia única o reconocimiento mutuo de las autorizaciones administrativas concedidas por Comunidades Autónomas. Junto con ello, se prevén mecanismos de reacción frente a posibles incumplimientos como la denuncia ante el Consejo para la Unidad de Mercado y la petición de impugnación ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Finalmente, se modifica la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para introducir un procedimiento especial en materia de unidad de mercado.

Palabras clave: actividades económicas; regulación administrativa; unidad de mercado; libertad de establecimiento; jurisdicción contencioso-administrativa.

ABSTRACT

The Spanish parliament has recently approved Act 20/2013 of December 9th, on guarantee of market unity. The Act introduces safeguard mechanisms in

order to protect freedom of access of economic operators as well as the principle of single license and mutual recognition of administrative authorizations granted by regional authorities. Along with this, the new piece of legislation establishes reaction tools against breaches of legal provisions such as the complain before the Council for Market Unity and the petition of judicial appeal to the National Commission on Markets and Competition (Spanish Competition Authority). Finally, the Act 29/1998 on Administrative Jurisdiction is amended to introduce a special procedure for judicial review of administrative activity affecting market unity.

Key words: economic activities; administrative regulation; market unity; freedom of establishment; judicial review of administrative acts.

I. PLANTEAMIENTO

Uno de los mayores retos del Derecho administrativo contemporáneo es la adecuación del mismo y sus instrumentos al hecho imparable de la movilidad de bienes y personas que tanto la globalización como la integración económica suponen. El Derecho de la Unión Europea se ha visto confrontado con este dilema —un solo mercado regido por hasta veintiocho Derechos nacionales distintos— y las soluciones allí adoptadas impactan fuertemente en los ordenamientos nacionales. Lo mismo, a distinta escala, se produce con la pluralidad normativa que representa el Estado autonómico español.

Alfred AMAN, en un ya clásico estudio sobre el impacto de la globalización en el Derecho administrativo norteamericano¹, expone cuatro grandes líneas de innovación, que por extensión serían también aplicables a todos los ordenamientos nacionales: en primer lugar, un proceso de progresiva delegación de funciones tradicionalmente públicas al sector privado; en segundo lugar, la creciente tendencia a recurrir a enfoques reguladores basados en las fuerzas de mercado en contraposición a las técnicas administrativas de ordeno y mando, caracterizadas por su imperatividad y su fuerza normativa; en tercer lugar, la adopción de modelos de organización empresarial y técnicas manageriales para la Administración pública; y, finalmente, en cuarto lugar, la aparición de innovaciones procedimentales como los procesos de negociación en la creación de las normas (*consensus building*) y de una Administración pública transparente y participativa.

¹ A. A. AMAN (1997), «Administrative Law for a New Century», en el libro de M. TAGGART, *The province of Administrative Law*, London, pág. 90.

En mayor o menor medida, todos los efectos de este nuevo Derecho administrativo implican la expansión del Derecho público a nuevos campos, así como una nueva legitimación de la forma del Derecho, con una presencia cada vez mayor de los mecanismos privados en el diseño y la ejecución del Derecho administrativo. La globalización supone un debilitamiento de la fuerza impositiva del Estado a través del Derecho administrativo tradicional. El Estado necesita en la actualidad negociar los contenidos de las normas con los destinatarios de las mismas, puesto que de otro modo la movilidad internacional y la posibilidad de *forum shopping* facilitan que las empresas abandonen los sistemas jurídicos irracionales o puramente impositivos. «Si el Estado debe jugar un papel realista en los cambios que supone la globalización y si el interés público debe permanecer como una parte importante de las tareas administrativas, es necesario el desarrollo de un nuevo modelo de Derecho Administrativo. Este nuevo modelo debe poder legitimar nuevas formas de colaboración público-privada / estatal-federal. El énfasis en la competencia global y el crecimiento económico unido a la debilidad de cualquier Estado individualmente considerado ante esos procesos, debe impulsar una mayor negociación por parte del poder público»².

Este paradigma de unidad económica y pluralidad normativa se visualiza también en nuestro ordenamiento administrativo. Abundan los ejemplos donde se atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia ejecutiva sobre una determinada materia, y ello implica la posibilidad de adopción de instrumentos administrativos distintos en cada parte del territorio nacional. Cada vez es más insuficiente la atribución de competencias en base solamente al territorio o a la dimensión espacial de la norma. Cada vez con mayor frecuencia se plantean problemas de adaptación de operadores en un espacio económico único regido por multitud de normas, no siempre coincidentes ni coherentes.

De hecho, la diversidad de normas debería verse como un fenómeno consustancial a la fragmentación vertical del poder. De nada sirve tener distintos niveles administrativos si todos ellos deben seguir un único modelo de regulación y políticas públicas. La diversidad es, pues, inherente al Estado compuesto. Se trata ahora, con la movilidad y la interdependencia económica contemporáneas, de poder establecer mecanismos que permitan aunar diversidad y unidad. Tal y como ya habíamos avanzado hace tiempo, «en el sistema centralista, el conflicto es contemplado como algo intrínsecamente negativo y a suprimir. Las diferencias son ocultadas y cuando se admiten es para considerarlas

² A. A. AMAN (1997), «Administrative Law for a New Century», en el libro de M. TAGGART, *The province of Administrative Law*, London.

como una fuente de conflicto³. Por contra, los sistemas pluralistas asumen como un hecho natural un relativo grado de tensión y conflictividad»⁴.

Sacar a la luz esa conflictividad, encauzarla a través de la instauración de procesos de participación territorial, debería ser una de las características esenciales de los Estados compuestos. Sería un error imaginar que el sistema pluralista produce el conflicto. El conflicto es un reflejo de la realidad social contrapuesta y compleja y, puesto que el conflicto y la tensión son inevitables, es mejor expresarlos de forma abierta y no clandestina. El sistema jurídico y administrativo pluralista, en lugar de encubrir o evitar el conflicto, busca denodadamente los medios, las instituciones y los valores que ayuden a extraer los aspectos positivos de esa realidad⁵.

Es en este sentido en el que podemos interpretar la aprobación por parte de las Cortes Generales de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. El legislador pretende establecer mecanismos —tanto preventivos como reactivos— para cohonestar la pluralidad normativa con la libre circulación en el espacio económico español. Del acierto en el diseño y funcionamiento de estos mecanismos

³ Las referencias bibliográficas relativas al proceso de aprobación de la Ley 20/2013 son mayoritariamente contrarias a la diversidad, e incluso demonizan la misma como la causa de todos nuestros males, exhibiendo con ello un fuerte apriorismo ideológico. F. FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS (2007), «Unidad de mercado, Autonomías y regulación», *Cuadernos de Pensamiento Político*, Fundación FAES; AA.VV. (2010), *La unidad de mercado en la España actual*, Instituto de Estudio Económicos, Madrid; P. M. SALAFRANCA (2012), «La unidad de mercado: un imperativo para recuperar competitividad. Análisis del coste regulatorio de la fragmentación del mercado para la actividad empresarial», *Papeles FAES*, núm. 162. En contraste con lo anterior, cuando el análisis se realiza con criterios científicos, resulta que «no puede decirse seriamente que no exista unidad económica en el Estado español y que su mercado esté fragmentado en tantas piezas como comunidades autónomas. Tal afirmación es exagerada, y aunque se use con frecuencia coloquialmente (o a efectos retóricos en algunos escritos), el legislador no debería asumir tal aseveración como de probada certeza. Creo, más bien, que se parte de una afirmación apodíctica, la fragmentación del mercado, para montar a partir de ella una regulación que posiblemente sea del gusto de algunos grupos políticos o empresariales pero de dudosa necesidad y utilidad. (...) Pero ni antes ni ahora esas intervenciones (autonómicas) son evitables, ni implican de por sí fragmentaciones del mercado. El artículo 139.2 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que considere un obstáculo a la libre circulación la exigencia de autorizaciones previas. Si lo fueran, habría que eliminarlas por completo, sin excepciones y de cualquier sector económico. Y, sin embargo, como prueban las jurisprudencias norteamericana, europea y la invocable de cualquier sistema federal, no son obstáculos contrarios a la libre competencia, o a la libertad de circulación y establecimiento, las verificaciones ordinarias del cumplimiento de la legalidad por los operadores económicos. O, al menos, no lo son siempre e indefectiblemente». S. MUÑOZ MACHADO (2014), «Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», Prólogo a la obra *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*. Disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1503144>. Paréntesis añadido.

⁴ A. O. HIRSCHMAN (1994), «Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society», *Political Theory*, vol. 22, núm. 2.

⁵ M. BALLBÉ y C. PADRÓS (1997), *Estado competitivo y armonización europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona (reimpresión 2000, pág. 19).

dependerá que el frágil equilibrio unidad-diversidad no esconda una centralización impropia tanto de nuestro modelo constitucional como de la experiencia europea. En palabras del propio preámbulo de la Ley, ésta «no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos puesto que, como ya ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración territorial del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone una diversidad de regímenes jurídicos».

La unidad de mercado, principio consagrado en nuestra Constitución en el artículo 139, ha sido abordada por la doctrina con profusión, con lo que nos remitimos a la abundante literatura existente⁶. La novedad, hoy, reside precisamente en disponer de ciertos mecanismos jurídicos que concretan ese debate constitucional a nivel administrativo.

Con esta idea desarrollaremos nuestro análisis, mediante el estudio de los objetivos e instrumentos de la Ley (apartado II); de los mecanismos de cooperación *ex-ante* por ella diseñados (apartado III); así como de los mecanismos de garantía, tanto en vía administrativa (apartados IV.1 y IV.2) como judicial (apartado IV.3). Se concluye con unas reflexiones finales que —anticipamos— no son demasiado halagüeñas.

II. OBJETIVOS E INSTRUMENTOS DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO.

Mediante esta Ley, las Cortes Generales pretenden un doble objetivo: de una parte, garantizar el derecho de los operadores económicos a la libre entrada a los mercados de prestación de servicios; de otra, imponer a las Administraciones públicas autonómicas el reconocimiento de las autorizaciones y licencias concedidas por otras Administraciones homólogas (validez nacional de las autorizaciones de actividades). Si reparamos en ello, la Ley contiene, pues, dos ámbitos subjetivos distintos: de una parte, se dirige a los operadores económicos, a quienes otorga unos derechos (libre acceso a la actividad económica, lo que comporta, lógicamente, un deber de abstención de las Administraciones públicas, que podrán exceptuar este derecho subjetivo sólo en casos debidamente justificados); de otra parte, la Ley se dirige también a

⁶ Ya manejaron este concepto, de forma seminal y avanzada al tiempo, E. ALBERTÍ ROVIRA (1993), *Autonomía política i unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona (existe publicación en lengua castellana, Civitas, 1995); V. TENA PLAZUELO (1997), *La unidad de mercado en el estado autónomico*, Escuela Libre, Madrid; o, más generalmente, I. BORRAJO INIESTA (1986), *Federalismo y unidad económica*, INAP, Madrid.

las Administraciones autonómicas, a las que impone un determinado modelo de cooperación administrativa con el Estado, a la vez que un modelo de relación horizontal entre ordenamientos (reconocimiento mutuo y licencia única). Mientras que el segundo de los objetivos sí puede considerarse como propio de la unidad de mercado, el primero, en cambio, supone la primacía de un modelo económico liberal donde el derecho a la actividad económica prevalece sobre la regulación administrativa. Éste es el modelo importado, a pies juntillas, de la Directiva 123/2006/CE, de servicios en el mercado interior; que ha dado pie a abundante literatura⁷.

En definitiva, se mezclan en la Ley de unidad de mercado dos elementos distintos: uno destinado a prevenir la imposición de regulaciones administrativas; otro que intenta armonizar las existentes para hacerlas compatibles con la unidad económica del Estado español. La mayoría de las veces, la regulación administrativa será cuestionada no tanto por ser autonómica, sino por su fundamentación de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad.

1. *Medidas de garantía de acceso al mercado*⁸

La Ley dedica su capítulo IV a las garantías a la libertad de establecimiento y circulación. Entre ellas destacan la afirmación de la libre

⁷ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007), «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, pág. 194; T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007), «¿Quo Vadis Bolkenstein? Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22; L. PAREJO ALFONSO (2009a), «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein. La interiorización con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6; L. PAREJO ALFONSO (2009b), «La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado "autoritativo"?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32; S. MUÑOZ MACHADO (2009), «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21; T. DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.) (2009), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid; J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (2009), «La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 32; E. LINDE PANIAGUA (2008), «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14; también, R. RIVERO ORTEGA (2009), «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122; R. RIVERO ORTEGA (2011), «La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?», *Noticias de la UE*, núm. 317.

⁸ El acceso al mercado puede entenderse como una manifestación del constitucional derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 38. Cómo este derecho constitucional se protege con el principio rector del orden económico de la unidad de mercado (art. 139), vid. S. MUÑOZ MACHADO y J. M. BAÑO LEÓN (1989), «Libertad de empresa y unidad de mercado», en el libro AA.VV., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona.

iniciativa económica, y la necesidad de justificar la necesidad y proporcionalidad de las autorizaciones administrativas que potencialmente limiten el ejercicio de ese derecho, justificación que debe contenerse o expresarse en las propias leyes sectoriales que establezcan la exigencia de las autorizaciones⁹. En este aspecto, como hemos apuntado, la Ley española efectúa la transposición en España de la Directiva de Servicios del mercado interior. Pero resulta que esta norma había sido ya objeto de transposición mediante las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y sus correspondientes homólogas autonómicas.

En este punto se trataría, como poco, de una reiteración normativa, como si el legislador mismo desconociera los principios que ya había establecido en 2009, o como si se invocara la técnica de la redundancia como forma de asentar un paradigma jurídico que es ajeno a nuestro modelo administrativo tradicional. Si se realiza una mínima comparación, se puede constatar que algunos de los preceptos de la Ley 20/2013 son casi idénticos a los de sus predecesoras Ley 17/2009 y Ley 25/2009.

En definitiva, la regulación del acceso a la actividad económica efectuada por la Ley 20/2013 no es nada novedosa y puede ya encontrarse tanto en las disposiciones comunitarias como en la legislación española existente. Lo único que se introduce ahora es un gran riesgo de

⁹ Se incorpora así la jurisprudencia establecida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en interpretación de las exigencias de la DSMI y de la doctrina del TJUE, establecida, entre otras, en sus sentencias de 29 de junio de 2011 (recurso núm. 252/2010) y 27 de febrero de 2012 (recurso núm. 191/2010).

En la citada sentencia de 29 de junio de 2011, el Alto Tribunal razonó lo siguiente: «Todo lo anterior lleva a la conclusión ineludible de que si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales. *Justificación que podría estar en una Ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración.*

Pues bien, en el supuesto que se discute, el artículo 15 de la Ley de Industria, tras su reforma por la referida Ley 25/2009, mantiene en general la exigencia de autorización para los organismos de control. Pero en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva de Servicios y en consideración al principio de primacía del derecho comunitario, así como en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y en el artículo 4 de la Ley de Industria, *tal exigencia legal sólo puede aplicarse, tal como se ha indicado, cuando el Estado justifique mediante ley o reglamento la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales.*

Sin embargo, ni la propia Ley de Industria, cuyo artículo 15 se limita a prever la regla general de necesidad de autorización, ni el Reglamento modificado por el Real Decreto que se impugna, hacen referencia alguna a esta justificación, lo que obliga a declarar la inaplicación de la exigencia general de autorización para los organismos de control (...).».

incoherencias y dudas legales en la aplicación combinada de las Leyes 17/2009, 25/2009 y 20/2013, todas ellas con un contenido similar. O, peor aún, un paso peligroso hacia la centralización de la fundamentación constitucional del ejercicio de competencias por parte de las Comunidades Autónomas¹⁰.

A modo de resumen, cabe indicar que el legislador de 2013 considera que son medidas restrictivas del libre acceso al mercado (art. 18.2): *a) los requisitos discriminatorios por razón de residencia; b) la obtención de autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación, inscripción distinta a la de la autoridad de origen; c) requisitos adicionales de cualificación profesional; d) requisitos de seguros de responsabilidad civil; e) especificaciones técnicas; f) la obtención de autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación, inscripción distinta a la del lugar de origen para acceder a ventajas económicas; g) requisitos de naturaleza económica o de intervención de competidores; h) obligación de realización de inversiones en el territorio que se trate.*

Todos ellos son ya requisitos prohibidos contemplados en la legislación vigente y, por tanto, no ofrecen mayor novedad. Junto con ello, el legislador establece la admisibilidad de restricciones en supuestos donde, *ope legis*, se considera que concurren la necesidad y proporcionalidad de la medida (art. 17): *a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores eco-*

¹⁰ Vid. el clásico artículo de E. ALBERTÍ ROVIRA (1993), «La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad de mercado interno en la Constitución española de 1978», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14. Del mismo autor (1995), *Autonomía política y unidad económica: las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y la unidad de mercado*, Civitas-IEA, Barcelona. En la actualidad se han interpuesto hasta tres recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 20/2013, promovidos por el Gobierno de Cataluña (RI núm. 1411/2014), por el *Parlament de Catalunya* (RI núm. 1397/2014) y por la Junta de Andalucía (RI núm. 1454/2014).

nómicos del mercado sea limitado. d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Lo que deba entenderse por razones imperiosas de interés general resultará crucial para la aplicación normativa. De hecho, las «razones imperiosas de interés general» son una construcción jurisprudencial enormemente flexible que permite al TJUE enjuiciar las medidas nacionales y su afectación a las libertades básicas de circulación en la UE. Así, las definiciones de la Directiva 123/2006/CE incluyen este concepto en los siguientes términos: «razón imperiosa de interés general: razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural» (art. 4.8.) Se trata en todos los casos de respetar un ámbito de decisión de los intereses que cada comunidad política (Estados en la UE o Comunidades Autónomas en España) considera dignos de protección

En la delimitación de este concepto jurisprudencial estará, pues, la clave de la aplicación de la Ley. De hecho, resulta interesante traer al discurso el voto particular concurrente del Consejero de Estado Enrique Alonso García a propósito del tema. Según él, «el instituto de las “razones imperiosas de interés general” ha sido creado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia porque si las medidas de los Estados miembros para defenderlas son necesarias y proporcionadas, éstos puedan prohibir esa actividad económica, someterla a autorización, licencia u homologación, o bien a declaración responsable, comunicación o registro. Y la utilización de uno u otro mecanismo depende de la intensidad misma de esas razones imperiosas de interés general como expresión de la soberanía estatal no cedida a la Unión así como del juicio caso por caso acerca de si la medida específica puesta en marcha para limitar el mercado en uso de esa soberanía se ha ejercitado porque era necesaria al no haber otra alternativa y ello se ha hecho de manera no discriminatoria y proporcional a la restricción del mercado que supone dicha medida de protección del interés general que se pretenda proteger¹¹.

¹¹ Y, hasta la fecha, el TFUE y la Directiva de Servicios y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han calificado como «razones imperiosas de interés general» que los Estados,

Pues bien, sin la más mínima justificación, y sin examinar ni remitir a decisiones caso por caso o sector a sector (como, en cambio, con un alcance poco claro, pero contradictorio con el artículo 17 del anteproyecto, hace su disposición adicional octava), a través del análisis reposado de si tiene o no sentido y es proporcional al fin de interés general perseguido mantener las actuales o futuras prohibiciones o al menos someterlas a autorización, el artículo 17.1 propuesto levanta miles de prohibiciones que se contienen en la legislación estatal básica o general (según cuál sea el alcance que el Estado tenga de las competencias en esa materia) y todas las leyes y reglamentos autonómicos y ordenanzas municipales que en uso de las competencias que la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes generales y sectoriales que establecen competencias autonómicas y locales, y que han establecido dichos límites o puedan establecerlos en el futuro, consistentes utilizando la técnica de la prohibición o la de la autorización. Y es que, mantiene la posibilidad de utilizar la técnica de la autorización para garantizar esos intereses generales pero lo hace, esto último, sólo y exclusivamente en cuanto se trate de salvaguardar 4 de las razones imperiosas de interés general muy concretas (orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente) prohibiendo totalmente salvaguardar, mediante esa técnica jurídica, las otras 12 razones imperiosas de interés general antes listadas.

Esta afirmación y mandato del artículo 17.1 de que sólo cabe someter a autorización alguna medida que refine o limite el mercado supone crear un mercado nacional, privando de competencias a las CC.AA. y cuestionando el resto de los poderes del propio Estado. Así pues, si en el mercado español se pretende que quienes tienen la competencia en todas esas 12 áreas y que conforme a derecho de la Unión podrían incluso adoptar medidas de prohibición (las propias Cortes Generales en otras leyes, el Gobierno en múltiples reglamentos o las CC.AA. y en-

haciendo uso de su soberanía, pueden invocar para limitar los mercados (prohibiendo esa actividad, sujetándola a autorización o licencia, declaración responsable, comunicación o registro haciendo uso del principio de proporcionalidad —y de necesidad o de precaución, según cuál sea la razón invocada por el Estado—) las siguientes: 1) orden público; 2) moralidad pública; 3) seguridad pública; 4) protección de la salud y vida de las personas; 5) protección de la salud y vida de los animales; 6) preservación de los vegetales; 7) protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional; 8) protección de la propiedad industrial y comercial; 9) protección del medio ambiente; 10) protección al consumidor; 11) mejora de las condiciones de trabajo incluso en ausencia de consideraciones relativas a la salud; 12) mantenimiento de la diversidad de los medios de comunicación (a raíz de una sentencia prejudicial relativa a la prohibición austríaca de las publicaciones que ofrecen a los lectores la posibilidad de participar en juegos con premios); 13) el equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social (limitación actividades de medicamentos o prótesis para la Seguridad Social); 14) seguridad viaria; 15) lucha contra la delincuencia (por ejemplo, prohibición portuguesa de colocación de láminas tintadas en los cristales de los automóviles); y 16) bienestar de los animales (bastante más amplio que sanidad animal).

tidades locales en su ámbito competencial) no puedan someter las conductas de los operadores económicos que potencialmente atentan contra esos 12 intereses generales a la técnica de la autorización, que es exactamente lo que dice el artículo 17, el sistema es flagrantemente inconstitucional. Si en la UE los Estados entienden que, por mucho que haya mercado interior, ellos en principio, en uso de su soberanía, pueden para la defensa de esos intereses generales, prohibir o someter a control proporcional actividades concretas y por eso el derecho de la Unión cede ante ellos (salvo que por quorum muy reforzado los Estados decidan aproximar, caso por caso, sus legislaciones), ello implica que, no exigiéndolo el derecho de la Unión, esas potestades del Estado, Comunidades Autónomas y entes locales, sólo se pueden limitar aplicando la Constitución y será el Estado caso por caso y desde luego, las CC.AA. o las entidades locales cuando la Constitución y las leyes les hayan atribuido la competencia de defensa de esos intereses generales, quienes tengan que decidir si es proporcionado o no prohibir, o someter a autorización las actividades contrarias a los mismos de que se trate. Una norma general y abstracta que, como hace el artículo 17 del anteproyecto, diga que queda prohibido someter a autorización actividades que atentan contra cualquiera de esos restantes 12 principios, con independencia de su carencia total de sentido común, es, lisa y llanamente, inconstitucional»¹².

Y es que, como bien pone de relieve la larga cita transcrita, el equilibrio entre diversidad y unidad puede verse fuertemente condicionado por esta posición uniformizadora del Estado. Resulta contrario a nuestro ordenamiento —y por ende una mala copia de los mecanismos europeos— considerar que el legislador estatal es el único que puede delimitar el concepto de «razones imperiosas de interés general». Por lo demás, es cierto que el ámbito de soberanía de los Estados en el marco jurídico europeo queda fuertemente limitado por la construcción jurisprudencial que haga el Tribunal de Justicia. Pero en esta posición el TJUE se asemeja más a un Tribunal Constitucional que a uno contencioso-administrativo, como veremos más adelante. Todo ello debería salvarse con una mejor técnica legislativa y con la afirmación rotunda en favor de la prevalencia del artículo 5 sobre el 17 del redactado de la Ley 20/2013.

Como acertadamente ha puesto de relieve el profesor TORNOS: «Los límites al libre acceso a las actividades económicas se inspiran en los criterios de la Directiva 123/2006, pero la ley estatal es mucho más liberalizadora. Por un lado amplía los sectores sujetos a la liberaliza-

¹² Consejo de Estado, Dictamen núm. 631/2013, de 26 de junio. Voto particular concurrente del Consejero Enrique Alonso García.

ción (según el artículo 2 son todas las actividades económicas en condiciones de mercado, mientras que la Directiva excluía muchos sectores económicos), aunque de forma curiosa la exposición de motivos excluye algunos, como las oficinas de farmacia. Por otro lado, se limitan las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la intervención, y se obliga a motivar el recurso a la intervención a través de declaración responsable o comunicación previa. Al mismo tiempo se amplía la lista negra de requisitos que en ningún caso podrán exigirse como condición para el ejercicio de la libertad de establecimiento o circulación de productos (artículos 17 y 18). De este modo el legislador estatal ha definido un modelo de intervención económica claramente liberal y ha impuesto a las Comunidades Autónomas (nótese que no al propio legislador estatal que siempre podrá burlar la ley anterior a través de una posterior de signo contrario) un marco muy estricto para poder ejercer sus competencias en materia de ordenación de la actividad de los diferentes sectores materiales sobre los que detentan competencias normativas»¹³.

2. *Medidas de relación entre ordenamientos administrativos autonómicos*

Junto con las medidas de acceso al mercado, la Ley regula la relación entre ordenamientos administrativos para evitar que el Derecho autonómico pueda convertirse en una indeseable barrera a la libre circulación y en una fragmentación del mercado nacional. Para ello se propugna el principio de reconocimiento mutuo de las autorizaciones (art. 19). El reconocimiento mutuo de normativas aparece como una técnica jurídica que utilizan los ordenamientos compuestos para hacer operativa la diversidad de Derechos entre ellos¹⁴. Así, en un Estado federal, los Estados reconocen el Derecho producido por otros Estados dentro de la Federación. En la Europa comunitaria, sin disponer de la estructura federal, los Estados miembros de la Unión reconocen el Derecho de todos los demás ordenamientos miembros¹⁵. Con ello se logra

¹³ J. TORNOS MAS, «La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible», disponible en <http://idpbarcelona.blogspot.com.es>. Entrada de 17 de diciembre de 2013.

¹⁴ Cfr., *in toto*, M. BALLBÉ y C. PADRÓS (1997), *Estado competitivo y armonización europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona (reimpresión 2000).

¹⁵ El caso *Cassis de Dijon* (1978), resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, plantea por primera vez el principio de equivalencia de legislaciones y el consiguiente reconocimiento. Para la distinción entre los conceptos de equivalencia y reconocimiento, vid. J. WEILER (2005), «Mutual recognition, functional equivalence and harmonization in the evolution of the European common market and the WTO», en F. K. PADOA SCHIOPPA, *The principle of mutual recognition in the European Integration Process*, Macmillan, Londres.

superar las barreras que supone la fragmentación jurídica para un mercado único sin recurrir sistemáticamente a la centralización federal¹⁶.

Este paradigma tiene su origen en el *White Paper* de 1985, donde la Comisión Europea estableció la siguiente estrategia para combatir las barreras no arancelarias a la libre circulación:

- *Reconocimiento mutuo de legislaciones*. Un producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe poder circular libremente por todo el mercado comunitario. Los Estados están obligados a reconocerse mutuamente sus distintas legislaciones, de manera que las diferencias normativas no puedan convertirse en un obstáculo al libre comercio¹⁷.
- *Armonización de las exigencias esenciales comunes*: para garantizar que el reconocimiento mutuo no produce una competencia destructiva entre normativas, se armonizan a nivel europeo los estándares mínimos de aspectos como seguridad, protección del consumidor, la salud, la cultura, etc.
- *Principio de «home country control»*. Será el país de origen el encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de sus productos. De esta manera, la Administración nacional deja de ser competente para someter a controles las importaciones y debe cooperar con la Administración de origen en el respeto de la legalidad comunitaria¹⁸.

¹⁶ M. BALLBÉ y C. PADRÓS (1997), *Estado competitivo y armonización europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona (1.ª reimpresión 2000).

¹⁷ Con arreglo a la categorización realizada por LÓPEZ ESCUDERO, el «nuevo enfoque» tendría su base de apoyo en el reconocimiento mutuo entendido en sentido estricto. En este caso, el Estado miembro receptor del producto debe permitir su comercialización siempre que las exigencias básicas de seguridad fijadas por el Estado de origen sean equivalentes a las suyas propias. El establecimiento por la Comunidad Europea de unas exigencias esenciales asegura precisamente que esos requisitos nacionales sean homogéneos entre los Estados miembros y facilita, en consecuencia, el funcionamiento del reconocimiento mutuo. La fijación de las «exigencias esenciales» se convierte así en factor decisivo de la aplicación del reconocimiento mutuo. Por contra, el reconocimiento mutuo en sentido amplio implicaría que la comercialización del producto debe admitirse con independencia de la equivalencia entre las normas. LÓPEZ ESCUDERO (1993), «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D, vol. 19, págs. 138 y 142.

¹⁸ Una de las grandes novedades que incorpora la Directiva 123/2006/CE es la denominada cooperación administrativa entre los Estados miembros. Dicha cooperación tiene la característica de ser una obligación legal vinculante para las diferentes Administraciones y tiene como objetivo mejorar los sistemas y canales de información y control dentro del mercado interior, así como evitar una multiplicación de los controles. La cooperación administrativa se concibe como un instrumento ágil y rápido para que sea efectiva, de manera que se llevará a cabo a través de un sistema electrónico de intercambio de información entre los Estados miembros. Una de las grandes polémicas que suscitó la primera redacción de la DSMI fue precisamente el principio de *home country control*. Cfr. A. ESTELLA DE NORIEGA (2009), «El principio del “País de Origen” en la propuesta de Directiva Bolkenstein», en T. DE LA QUADRASALCEDO, *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Macial Pons. Madrid.

Estos tres elementos forman los cimientos de la aplicación del reconocimiento mutuo en la estrategia europea, con la idea de lograr un marco estable, unas reglas de juego y unos objetivos comunes, así como la previsión de un cuadro de referencias conceptuales que permita evaluar la equivalencia de las diferentes opciones normativas nacionales. Hay que reparar en cómo la armonización de las exigencias esenciales supone un prerequisite para el funcionamiento del reconocimiento. Dicho en otras palabras, primero hay que armonizar entre las varias soberanías implicadas qué consideramos esencial para después poder aplicar la equivalencia sobre el resto. Y esta armonización central se realiza de manera consensuada (no se impone por el centro a la periferia). La UE redacta listas de sectores donde es aplicable el reconocimiento mutuo de normativas por tratarse ya de sectores armonizados.

El reconocimiento mutuo supone igualmente la aceptación de una soberanía limitada o relacional. Cada unidad territorial no aplica sólo el Derecho que ella genera, sino que reconoce también como válidos los Derechos producidos en otros territorios con los que comparte el pacto de reconocimiento mutuo. Se pone con ello fin a la autarquía legal de los Estados y se ponen en red un conjunto de ordenamientos encauzados para un fin común (la unidad del mercado en nuestro caso)¹⁹.

El reconocimiento mutuo de legislaciones, en su dimensión horizontal, no puede aplicarse generalizada e indiscriminadamente. Requiere, en primer lugar, un pacto de equivalencia sobre los objetivos perseguidos (no así sobre los medios y los instrumentos)²⁰. Si la legislación de industria, por ejemplo, debe lograr determinados estándares de seguridad, ello debería ser objeto de un pacto común entre las Comunidades. Este elemento puede articularse a través de la legislación central o federal, cuyo ámbito se constituye como un requisito previo a la operación de la competencia horizontal²¹. También, pues, aquí la compe-

¹⁹ Del reconocimiento mutuo nace la competencia reguladora (aspecto dinámico), que, por su parte, puede definirse como la alteración o reforma de la legislación nacional como respuesta al impacto actual o potencial de la movilidad de bienes, servicios, personas o, en general, factores de producción que se comercializan en un Estado portando su Derecho de origen. M. BALLBÉ y C. PADRÓS (1997), *Estado competitivo y armonización europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona (1.ª reimpresión 2000). Igualmente, J. M. SUN y J. PELKMANS (1995), «Regulatory Competition in the Single Market», *Journal of Common Market Studies*, 33, núm. 1. Ello queda claramente especificado en el apartado primero del artículo 19 de la Ley 20/2013. Véase la llamada discriminación inversa como método de aproximación de legislaciones. M. M. FERNANDO PABLO (2011), «Unidad de mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317.

²⁰ J. P. TRACHTMAN (2008), «Embedding mutual recognition at the WTO», en S. K. SCHMIDT, *Mutual Recognition as a New Mode of Governance*, Routledge, London, pág. 115.

²¹ Sobre la potencialidad de las normas de armonización estatal, vid. S. MUÑOZ MACHADO (2012), *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Ed. Crítica, Barcelona; en especial el capítulo X, sobre hiperregulación y unidad de mercado.

tencia vertical (armonización centralizada) y la competencia horizontal (reconocimiento mutuo entre Derechos estatales) se erigen en dos vectores en tensión que, idealmente, logran la unidad y la diversidad al mismo tiempo, realizando el lema constitucional *E pluribus unum*²².

DEHOUSSE ya observó —en frase afortunada— que «el reconocimiento mutuo no puede operar en el vacío: para que el sistema pueda funcionar, su premisa básica (la equivalencia entre disposiciones nacionales) debe tener un reflejo en la realidad. Cuando los objetivos perseguidos por los Estados miembros son distintos, el reconocimiento mutuo es de poca ayuda»²³. Es necesaria, pues, un área de obligada armonización centralizada —mediante la fijación de unas «exigencias esenciales»— que permita considerar las normativas de los Estados miembros como esencialmente equivalentes en lo que se refiere al nivel de protección ofrecido²⁴. Esta faceta tampoco ha pasado inadvertida a MAJONE, quien señala que la metodología armonizadora europea, de una parte, lleva a cabo una desregulación por cuanto a través del principio del reconocimiento mutuo reduce las normas comunitarias altamente detallistas y, de otra, efectúa una re-regulación, centrada en el dictado de normas mínimas para la armonización de exigencias esenciales, que supone un cambio en el tipo de actividad reguladora de la Comunidad²⁵. Lo verdaderamente novedoso del «nuevo enfoque» fue, en consecuencia, este doble aspecto desregulador y re-regulador. El reconocimiento mutuo y la armonización de exigencias esenciales no son

²² Uno de nuestros mayores expertos en el tema lo señala de este modo: «la unidad no excluye ni elimina completamente por sí misma —en cuanto declarada en el nivel constitucional— la diferenciación territorial de algunas partes del Estado. Por supuesto, tampoco prejuzga el alcance o la intensidad que estas excepciones pueden llegar a tener como no sea sino a modo de tendencia, la de la necesaria conservación de la diversidad en la unidad, que como se apuntaba anteriormente constituye un auténtico elemento estructural del Estado español». V. TENA PIAZUELO (2006), «Defensa del principio de unidad de mercado. Riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación», en AA.VV., *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, pág. 335.

²³ R. DEHOUSSE (1992), «Integration v Regulation? Social Regulation in the European Community», *EUI Working Paper Law no. 92/23*, pág. 17.

²⁴ «La nueva estrategia del Libro Blanco, basada en el reconocimiento mutuo y su aplicación, tiene unos límites, rebasados los cuales es aún necesaria la legislación de la Comunidad. Se han introducido dos nuevos elementos para conseguir que el proceso legislativo sea menos lento que en los pasados treinta años: un mayor ámbito para el voto mayoritario en el Consejo de acuerdo con el Acta Única Europea y el nuevo enfoque del Libro Blanco que limita la legislación a la determinación de los requisitos esenciales de salud y seguridad, al tiempo que delega la tarea de definir las especificaciones técnicas detalladas a las instituciones europeas de normalización». BIEBER, DEHOUSSE, PINDER y WEILER (1988), «Back to the Future: Policy, Strategy and Tactics of the White Paper on the Creation of a Single European Market», en el libro de los mismos autores 1992: *One European Market? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy Strategy*, Nomos Verlag. MBH.

²⁵ G. MAJONE, «Deregulation or Re-regulation? Policy making in the European Community since the Single Act», ensayo preparado para el proyecto de investigación sobre «La Restructuration des États Européens», dirigido por Bruno JOBERT (inédito).

opciones alternativas, sino complementarias que constituyen vertientes distintas de un mismo modelo²⁶.

Sin embargo, como acertadamente apunta el profesor TORNOS, «no se trata de extender a todo el territorio nacional la eficacia de unas autorizaciones sujetas a un régimen jurídico uniforme, según el principio de mutua confianza como dice la exposición de motivos, evitando así tener que pedir nuevas autorizaciones en cada Comunidad Autónoma si ya se ha obtenido una. Lo que sería razonable. El principio de eficacia que impone la ley va mucho más allá. Lo que deriva de dicho principio es que el marco regulatorio de cada Comunidad Autónoma extiende sus efectos en todo el territorio del Estado a partir del principio según el cual se generaliza el régimen menos intervencionista. Así, si en Castilla la Mancha no se exige nada para el inicio de una actividad, el operador allí establecido (la disposición adicional décima trata de precisar qué se entiende por autoridad de origen) podrá actuar en todo el territorio nacional sin que se le pueda exigir ningún requisito previo. Como dice el artículo 19 basta con cumplir los requisitos de acceso en el lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisito alguno en dicho lugar. Todos los legisladores autonómicos pueden competir en rebajas intervencionistas para atraer la instalación de los operadores a su territorio, para que desde el mismo puedan extender su actividad en todo el Estado ya libres de todo control ulterior. Se impone el *dumping* regulatorio. Algo que parece no querer ni los empresarios (así se dice en el Dictamen del Consejo Económico y Social 5/2013 sobre el anteproyecto de ley). El legislador estatal no pretende que se reconozca la autorización dada en una Comunidad Autónoma en el resto de Comunidades, reduciendo de este modo cargas excesivas en razón del principio de mutua confianza. La ley estatal impone los ordenamientos más favorables sobre el contenido de otros ordenamientos que han impuesto otro sistema de intervención en ejercicio de las propias competencias estatutarias»²⁷. Sin ta-

²⁶ REICH, en un trabajo comparativo de los modelos americano y europeo de regulación, realiza una aportación similar. Según este autor, hay que distinguir dos funciones de la regulación en el nivel centralizado: «la primera debe eliminar las barreras artificiales al libre comercio que se crean por los monopolios, cárteles, sistemas de distribución selectiva y análogos, y al mismo tiempo debe prevenir que las regulaciones de los Estados miembros provoquen un efecto similar que dificulte el libre movimiento de mercancías y servicios (“negative centralized state”). Por otro lado, es imposible eliminar todas las regulaciones, incluso si éstas actúan como barreras al comercio. De otra forma, las políticas sociales y las regulaciones protectoras no podrían llevarse a cabo y ello comportaría una peligrosa desintegración social y desequilibrio. Es imposible insistir sólo en una parte del proceso de integración —la eliminación de las barreras— sin tener en cuenta la segunda —creación de unos estándares protectores para el nuevo mercado». N. REICH (1983), «The regulatory crisis: American approaches in the light of European experiences», *ABA Journal*, vol. 3, pág. 697.

²⁷ J. TORNOS MAS, «La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible», disponible en <http://tdpbarcelona.blogspot.com.es>. Entrada de 17 de diciembre de

pujos, lo que se fomenta en la Ley española es la carrera a la baja (*race to the bottom*), para explotar los efectos desreguladores.

Sea como fuere, la aplicación del reconocimiento mutuo requerirá a buen seguro un tipo de Administración distinta, más proclive a la innovación y experimentación, conectada con otros reguladores homólogos de otros lugares que emprendan entre todos la evaluación de los resultados de sus Derechos nacionales²⁸. El método mismo de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión Europea fomenta este *policy network* o red de Administraciones interconectadas que comparten experiencias y soluciones. En definitiva, una gobernanza y un Derecho nuevos para un nuevo escenario²⁹.

La técnica del reconocimiento mutuo entre legislaciones y la validez extraterritorial de las autorizaciones administrativas tienen, sin embargo, muchas dificultades cuando se trasladan automáticamente de los productos fabricados al campo de la prestación de servicios que requieren un título administrativo habilitante. Así, la propia Directiva europea reconoce una serie de sectores excluidos de su aplicación (art. 2.2): los servicios no económicos de interés general; los servicios financieros (como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión y de pagos); los servicios de comunicaciones electrónicas en lo que se refiere a los ámbitos que se rigen por las Directivas en la materia; los servicios de transporte, incluidos los portuarios; los servicios de las empresas de trabajo temporal; los servicios sanitarios; los servicios audiovisuales; las actividades de juego por dinero; las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública; determinados servicios sociales (relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a personas necesitadas); los servicios de seguridad privados; los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.

A ello habría que añadir las llamadas *focal point rules*, o las normas que se refieren específicamente a condiciones locales, como, por ejemplo, la conducción por el lado izquierdo de la vía en Reino Unido. Tampoco es aplicable el reconocimiento mutuo a aquellas actividades que se refieran específicamente a la comercialización de un producto (ju-

2013. El argumento se desarrolla con más extensión en J. TORNOS MAS (2014), «La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 19, del que tenemos conocimiento al corregir las pruebas de imprenta de nuestro trabajo.

²⁸ Vid. los artículos 21 y ss. de la Ley 20/2013, sobre intercambio de información y supervisión conjunta de diversas autoridades.

²⁹ S. K. SCHMIDT (2008), *Mutual Recognition as a New Mode of Governance*, Routledge, London.

risprudencia *Keck et Mithouard*)³⁰. Quedan igualmente excluidas aquellas autorizaciones y licencias concedidas sobre elementos no-móviles como terrenos y construcciones (no se puede reconocer una licencia de obras otorgada por un municipio para un emplazamiento distinto del proyectado en otro lugar aunque goce de la misma calificación urbanística). Tampoco a los servicios energéticos, postales, de distribución de aguas o de recogida y tratamiento de residuos (art. 17.1 de la Directiva). En definitiva, un conjunto de exclusiones que transmite la idea del carácter no automático y generalizado del reconocimiento mutuo. Ninguna de ellas, sin embargo, se recoge en la Ley 20/2013, limitándose la misma a contemplar que «el principio de eficacia en todo el territorio nacional tampoco se aplicará a los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público o cuando el número de operadores económicos en un lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas» (art. 20.4 *in fine*)³¹.

Precisamente, uno de los elementos más conflictivos de la aplicación de la Ley radica en la diversidad de normas autonómicas respecto a la ordenación del comercio minorista³². La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, determina la inaplicabilidad de la misma para de-

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91. J. J. EZQUERRA ÜBERO (2006), *La jurisprudencia «Cassis-Keck» y la libre circulación de mercancías*, Marcial Pons, Madrid.

³¹ Según el preámbulo de la Ley, «la autorización será el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, incluidos aquellos cuya prestación necesita la utilización del dominio público o porque se trate de servicios que puedan poner en riesgo su adecuada prestación, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del artículo 17.1 de esta Ley». Sin embargo, son muchos más los supuestos de servicios sometidos a tarifas además de los taxis y las farmacias. Vid. C. PADRÓS REIG (2013), «25 años de Inspección Técnica de Vehículos: el gato de la competencia y el ratón de la regulación», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12.

³² H. VILLAREJO GALENDE y A. CALONGE VELÁZQUEZ (2010), «Unidad de mercado y comercio interior», en AA.VV., *La unidad de mercado en la España actual*, Instituto de Estudios Económicos, Servicio de Publicaciones; P. MORENO TRAPIELLA (2013), «La supresión de la licencia administrativa con relación a determinadas actividades comerciales y de servicios. Comentario de la Ley 12/2012», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34; L. CASES PALLARÉS (1999), *La denominada «segunda licencia» en la Ley de Comercio*, IDELCO, Madrid; L. BERENGUER FUSTER (2009), «Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva de Servicios», en AAVV., *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de servicios. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid. La STJUE de 24 de marzo de 2011 (As. 400/08) condenó al Reino de España por el incumplimiento del Derecho comunitario que supone la normativa catalana sobre equipamientos comerciales contenida en la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales.

terminados establecimientos de pequeño tamaño³³. Para el resto se propugna la desaparición de la licencia administrativa, de manera que «para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales y servicios, no podrá exigirse por parte de las administraciones o entidades del sector público la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente» (art. 3.1). El propio preámbulo de la Ley efectúa una mención expresa de los sectores donde existe mayor potencial de dinamización y crecimiento, y entre ellos la distribución comercial, el turismo, la construcción, las industrias creativas y culturales, la alimentación, el sector inmobiliario o las infraestructuras.

De este modo, quedarían fuera de la Ley las regulaciones autonómicas del comercio minorista, en tanto se opondan al principio antes expresado, es decir, todas ellas³⁴.

III. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN *EX-ANTE*

Siguiendo el hilo argumental de nuestra exposición, resulta que la aplicación de los derechos de libre acceso al mercado y reconocimiento mutuo de normativas autonómicas (con validez nacional de licencias) necesitan de una estructura administrativa de cooperación que garantice la equivalencia de objetivos entre varios ordenamientos. Para ello, la Ley diseña hasta tres mecanismos.

1. *Consejo para la Unidad de Mercado*

Según dispone el artículo 10, el Consejo para la Unidad de Mercado estará presidido por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y contará con la presencia del Secretario de Estado de Administraciones Públicas, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a

³³ En la redacción original quedaban excluidos de la libertad de apertura aquellos establecimientos de hasta 300 m². La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aumentó la superficie hasta 500 m², y ahora la Ley 20/2013 lo establece en hasta 750 m². Cfr. P. MORENO TRAPIELLA (2013), «La supresión de la licencia administrativa con relación a determinadas actividades comerciales y de servicios. Comentario de la Ley 12/2012», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34.

³⁴ Las numerosas idas y venidas constitucionales respecto a la libertad de comercio ejemplifican un total autismo jurídico en este campo. La última expresión, la Ley del Parlament de Catalunya 3/2014, de 19 de febrero, de horarios comerciales y de medidas para determinadas actividades de promoción (*DOGC* núm. 6568, de 24 de febrero de 2014).

la Empresa, el Subsecretario de Presidencia, los Consejeros de las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia y representantes de la Administración local. El Consejo para la Unidad de Mercado contará con una Secretaría, que dependerá de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, a la que se encargan importantes funciones ejecutivas, como se verá más adelante. La Ley no especifica tampoco la crucial cuestión del nombramiento y composición de esta Secretaría³⁵. Si el órgano colegiado es de composición integradora³⁶, según hemos visto, debería trasladarse el mismo principio a la Secretaría. O, al menos, determinarse las reglas de nombramiento de la Secretaría por parte del Consejo. De lo contrario, se tratará de un órgano administrativo centralizado perteneciente a la Administración General del Estado y bajo su dirección política.

La Ley determina también que el Consejo para la Unidad de Mercado se reunirá al menos semestralmente y tendrá las siguientes funciones: *a) Seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de esta Ley. b) Impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes. c) Seguimiento de los mecanismos de cooperación establecidos en esta Ley, en particular, del sistema de intercambio de información y la efectiva integración de registros sectoriales. d) Coordinación de la actividad desarrollada por las conferencias sectoriales en materia de unidad de mercado. e) Seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en el Capítulo VII de esta Ley, así como de sus resultados. f) Aprobación del informe a que se refiere la letra f) del artículo 11 de esta Ley. g) Impulso de las tareas de cooperación en la elaboración de proyectos normativos establecidas en el artículo 14 de esta Ley. h) Impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa a que se refiere el artículo 15 de esta Ley.*

El nuevo Consejo, por tanto, tiene funciones básicamente consultivas y de impulso y coordinación, sin tratarse de un verdadero órgano de la Administración activa. De hecho, el legislador de la Ley 20/2013 no ha hecho más que copiar el modelo de las conferencias sectoriales previstas

³⁵ Al terminar de redactar el estudio aparece publicada en el *BOE* de 25 de febrero de 2104 la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, por la que se designa la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. Según la norma, la Secretaría será la Subdirección General de Competencia y Regulación Económica, dependiente de la Dirección General de Política Económica. Se trata, pues, de un centro directivo de la Administración General del Estado, sin ningún tipo de participación de Comunidades y entes locales. Además, la Subdirección General tiene como misión fundamental la mejora de la regulación económica, objetivo que sólo tangencialmente tiene que ver con la unidad de mercado.

³⁶ Cfr. varios ejemplos de ello en M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ (2003), *Soberanía dual y Constitución integradora*, Editorial Ariel, Barcelona.

en la Ley 30/1992 para aquellos asuntos que impliquen tanto a la Administración central como a la autonómica³⁷. Efectivamente, según el artículo 5 de la norma administrativa básica, se trata de órganos de composición que sirven de foro para intercambiar puntos de vista, examinar en común los problemas de cada sector y las medidas proyectadas para afrontarlos o resolverlos.

Del haz competencial queda claro que el Consejo para la Unidad de Mercado debe aprobar algunas de las actuaciones de la Secretaría —art. 11, letra c), relativo a la elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas—. No es así, en cambio, en las actuaciones relativas a la protección administrativa (reclamación), reguladas en el capítulo VII de la Ley, donde la Secretaría impondrá libremente su criterio.

Como no estamos propiamente ante órganos decisorios, su régimen de funcionamiento no viene recogido expresamente en la Ley y hay que recurrir a las normas de funcionamiento interno de cada uno de ellos para arrojar luz sobre el asunto. Así, si consideramos el ejemplo de la Conferencia Sectorial en materia de Energía, resulta que el régimen de adopción de acuerdos es el «asentimiento de todos sus miembros y, en su defecto, por el voto favorable de la Administración General del Estado y de la mayoría simple de los representantes de las Comunidades Autónomas»³⁸. Un sistema de doble mayoría entre la Administración del Estado y las Comunidades que votan con un valor igual entre ellas (una Comunidad, un voto, con independencia de tamaño, población o riqueza). De forma similar ocurre si analizamos la Conferencia Sectorial de Industria.

Se trata, en definitiva, de un foro de coordinación y ésta, a diferencia de la cooperación, admite un cierto componente de jerarquía, es decir, un ente coordinador (Administración General del Estado) y unos entes coordinados (Comunidades).

Las Comunidades Autónomas han expresado algunas dudas respecto al sistema de composición y régimen de toma de acuerdos del Consejo para la Unidad de Mercado. Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto, establece claramente que «la uni-

³⁷ Nuestra literatura administrativista ha dedicado su atención a estos órganos y su funcionamiento: J. TAJADURA TEJADA (2010), «Federalismo cooperativo y Conferencias Sectoriales: marco normativo y propuestas de reforma», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49; J. C. DUQUE VILLANUEVA (2007), «Las conferencias sectoriales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79; A. GONZÁLEZ (2006), «La cooperación multilateral institucionalizada: las conferencias sectoriales», en L. LÓPEZ NIETO (Coord.), *Relaciones intergubernamentales en la España democrática: interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*; J. TORNOS MAS (1994), «Las Conferencias sectoriales», *Documentación Administrativa*, núm. 240.

³⁸ Artículo 26 del Reglamento de la Conferencia Sectorial de Energía, disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Conf_Sect_Regl/parrafo/0/R_CS_ENERGIA.pdf.

dad de mercado implica un “mínimo normativo” o un “presupuesto para el reparto de competencias” entre Estado y CC.AA., de forma que sin ser un título de atribución de competencias en sí mismo, sí puede actuar como límite a las competencias autonómicas. (...) A la vista de lo anterior, el Consejo de Estado valora positivamente la regulación contenida en el anteproyecto que, en un marco regulatorio de enorme complejidad como el actual, puede servir para restablecer eficazmente el equilibrio entre la diversidad de las normas territoriales y la unidad de mercado, cuya garantía se encomienda al Estado»³⁹.

En cualquier caso, las conferencias sectoriales —y, como propugnamos, el Consejo para la Unidad de Mercado es una más de ellas— no deberían instrumentalizarse como fórmula de centralización de competencias administrativas a favor de la Administración General del Estado.

2. Conferencias sectoriales

De acuerdo con la dicción literal del artículo 12, a través de las conferencias sectoriales, las diferentes autoridades competentes analizarán y propondrán las modificaciones normativas necesarias para cumplir con los principios recogidos en esta Ley y establecer marcos regulatorios adaptados a sus principios y disposiciones. El trabajo de estas conferencias sectoriales podrá contar con la contribución de los operadores económicos que, a través de una consulta a sus entidades representativas, participarán, en su caso, en la detección de las distorsiones que se producen en la unidad de mercado y de los ámbitos que requieren un análisis de la normativa vigente, en línea con lo establecido en esta Ley.

En particular, las conferencias sectoriales analizarán las condiciones y requisitos requeridos para el acceso y ejercicio de la actividad económica, así como los relativos a la distribución y comercialización de productos, e impulsarán los cambios normativos y reformas, que podrán consistir, entre otros, en: a) *Propuestas de modificación, derogación o refundición de la normativa existente, con el fin de eliminar los obstáculos identificados o hacer compatibles con esta Ley aquellas normas que incidan en la libertad de establecimiento y de libre circulación de bienes y servicios.* b) *Adopción de acuerdos que establezcan estándares de regulación sectorial, en materias que son competencia autonómica y local de acuerdo con los principios contenidos en esta Ley.* c) *Adopción de otras medidas, tales como planes de actuación que versen sobre las ma-*

³⁹ Consejo de Estado, Dictamen núm. 631/2013, de 26 de junio, apartado III.4.

terias analizadas con el fin de eliminar los obstáculos identificados de acuerdo con los principios de esta Ley.

Con el redactado de la Ley 20/2013 y la situación actual en el sistema español de conferencias sectoriales se produce la paradoja de la necesidad de un órgano de cooperación entre conferencias sectoriales, puesto que tanto el Consejo para la Unidad de Mercado como otras conferencias sectoriales existentes⁴⁰ pueden tener competencia material sobre algún determinado aspecto que afecte al mercado. Tal vez hubiera sido más claro o bien atribuir toda la competencia al nuevo Consejo para la Unidad de Mercado o, sin crearlo, haber hecho un llamamiento a la aplicación transversal por parte de las conferencias existentes de los principios de la Ley 20/2013.

3. *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*

Finalmente, establece el artículo 13 que los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y de Economía y Competitividad informarán a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos sobre el desarrollo y aplicación de esta Ley y acerca de los trabajos realizados en el seno del Consejo para la Unidad de Mercado y de las conferencias sectoriales.

IV. MECANISMOS DE GARANTÍA

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

La Ley habilita en su artículo 26 un procedimiento de defensa de la unidad de mercado de manera que el operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto o actuación administrativa (incluyendo inactividad o vía de hecho) que repunte que puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación que le reconoce la Ley 20/2010, podrá dirigir su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en el plazo de un mes⁴¹. En concreto,

⁴⁰ Hasta 39 en la actualidad, según recoge el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Vid. http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Documentacion.html.

⁴¹ En el caso de actuaciones constitutivas de vía de hecho, el plazo será de veinte días contados desde aquel en que se iniciaron.

podrá dirigirse la reclamación regulada por este artículo frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. También podrá dirigirse frente a las disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo I del Título III de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo. Además, con un criterio amplio de legitimación que aparece a lo largo de todo el texto de la Ley, se contempla la posibilidad de que las organizaciones representativas de los operadores económicos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales, puedan instar el procedimiento en defensa de los intereses colectivos que representan.

Se trata de una especie de vía administrativa-arbitral de resolución de diferencias⁴². No es propiamente un recurso administrativo especial como el que puede existir en materia de contratación pública, sino una mediación, una puesta en común e intento de conciliar los distintos intereses implicados. El procedimiento previsto tiene carácter potestativo, de manera que el operador económico podrá interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra la disposición, acto o actuación de que se trate, de manera alternativa o incluso simultánea.

El procedimiento consta de varias etapas estructuradas de manera sucesiva. En primer lugar, existe un trámite de admisión donde la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (CUM) revisará la reclamación para comprobar que se trata de una actuación que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación. Una vez admitida, la remitirá al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada. A estos efectos se considerará autoridad competente: a) Cuando se trate de disposiciones de carácter general y actuaciones que pongan fin a la vía administrativa, la autoridad que la haya adoptado. b) Cuando se trate de actuaciones que no pongan fin a la vía administrativa, aquella que, de no aplicarse el procedimiento previsto en este artículo, hubiera conocido del recurso contra la actuación objeto de reclamación. En estos casos, dicha autoridad solicitará del órgano administrativo autor del acto la remisión del expediente administrativo, así como de un informe sobre la reclamación en un plazo de cinco días.

La Secretaría del CUM tendrá en cuenta el informe de la autoridad, así como otros que haya recabado de las autoridades de compe-

⁴² La Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, califica el procedimiento como «nueva alternativa al sistema administrativo de recursos».

tencia y otros departamentos administrativos que puedan ser afectados. Con todo ello, la Secretaría elabora un llamado «informe de valoración» sobre la reclamación recibida en un plazo de diez días. Una de las cuestiones más relevantes de este sistema reside precisamente en el valor del «informe de valoración» que emita la Secretaría. La Ley se limita a indicar que el informe deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente a la hora de decidir si mantiene su criterio o lo modifica. Se trata, en definitiva, de un informe preceptivo pero no vinculante, puesto que la autoridad puede tener en cuenta el mismo sin obligatoriedad de incorporar el criterio del CUM.

Transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada informará de la resolución adoptada por ésta a la Secretaría del Consejo y a la red de puntos de contacto, indicando las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación. De no adoptarse resolución en el citado plazo, se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación.

Si el operador económico que haya instado el procedimiento, a la vista de la decisión de la autoridad competente, no considerase satisfechos sus derechos o intereses legítimos, podrá dirigir su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en un plazo de cinco días. Resulta importante destacar cómo no se trata ni de una vía administrativa previa a la jurisdicción ni de un recurso que tenga el mismo contenido que la denuncia que pueda presentarse ante la CNMC. De hecho, puede darse el caso de que una reclamación se base en la vulneración de la libertad de establecimiento en una Comunidad Autónoma y que ésta no afecte a las conductas prohibidas de la Ley de defensa de la competencia o que, afectando a la misma, se encuentre amparada por una disposición de carácter legal. No en vano el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 contempla la exención. También puede ocurrir que la cuestión no sea subsumible dentro de los tipos previstos en los artículos 1 (prácticas colusorias) o 2 (abuso de posición de dominio), puesto que en ambos casos la Ley de defensa de la competencia está pensando en conductas empresariales y no en conductas administrativas que tengan como efecto —deseado o no— la limitación de acceso al mercado.

En este sentido, el apartado noveno del artículo 26 de la Ley 20/2013 prevé que cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación regulada en este artículo

deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate. Por ello, la reclamación ante la Secretaría del CUM no supone un paso previo a la impugnación por motivos de competencia, sino una actuación arbitral que intenta evitar un pleito contencioso-administrativo que dilucide el conflicto entre derecho de establecimiento del operador económico y derecho de la Administración autonómica o local de exigencia de nuevos requisitos o autorizaciones⁴³.

2. *La petición de intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

Las autoridades de competencia disponen desde la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, de un mecanismo de extraordinaria potencialidad como es la posibilidad de impugnar las disposiciones administrativas de carácter general que entiendan puedan vulnerar los principios de libre competencia establecidos en la Ley (art. 12.3)⁴⁴. Ahora, este mecanismo se extiende a la unidad de mercado en virtud de la disposición del artículo 27 de la Ley 20/2013.

La CNMC está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 127 bis a 127 quáter LJ)⁴⁵.

La actuación de la CNMC puede producirse de oficio, pero esta intervención también puede tener lugar a instancia de los operadores

⁴³ A pesar de ser la gran olvidada de la Ley, la Administración local queda igualmente sometida a sus principios y no es nada desdeñable el conjunto de ordenanzas locales susceptibles de afectar la unidad de mercado. Cfr. I. REVUELTA PÉREZ (2010), «La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146

⁴⁴ En la actualidad, la disposición se encuentra derogada y recogida en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en los siguientes términos: «En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

⁴⁵ Vid. *ut infra* apartado IV.3.

económicos afectados (y, de hecho, cualquier persona⁴⁶), que podrán dirigirse a la CNMC para promover su intervención, aunque en el bien entendido de que en este caso tampoco estamos ante un verdadero recurso en vía administrativa; se trata más bien de la presentación de una denuncia o petición para que sea la CNMC quien intervenga, sin perjuicio de las acciones que puedan promover los propios interesados de manera directa por los cauces ordinarios de recurso.

No podemos dejar de señalar que estas vías administrativas de reclamación y denuncia puestas al servicio de los interesados constituyen una manifestación evidente del constante proceso de construcción y deconstrucción del sistema de mecanismos de reacción jurídica frente a las actuaciones administrativas: la aspiración de unificación y racionalización del sistema de recursos administrativos que se llevó a cabo con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y que se consolidó con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se ha seguido de una reciente pero acusada tendencia a la diversificación, que se pone de manifiesto, por ejemplo, con los recursos especiales introducidos con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), o con la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, además del ejemplo que ahora se examina.

No vamos a criticar, desde luego, que el legislador incorpore mecanismos de reacción alternativos que suponen una mejora de la regulación general en materia de recursos administrativos, y menos aún cuando alguno de esos recursos, como el establecido en materia de contratación, tiene su origen en la —mala— consideración que el TJUE tiene de nuestra regulación general de recursos en vía administrativa, que no se puede calificar ni de ágil ni de eficaz, ni se puede considerar que proporcione una posibilidad real de recurrir⁴⁷. Sin embargo, lo que sí nos parece evidente es que lo que no es ni ágil ni eficaz en materia de contratación, de disciplina deportiva, o para garantía de la libertad de establecimiento, tampoco lo es (ni puede serlo) en ninguna otra materia. Y lo que de manera incontestable nos parece criticable es el aparente criterio selectivo que se sigue para definir los ámbitos en los que los ciudadanos y las empresas pueden contar con mecanismos ad-

⁴⁶ Disposición adicional quinta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre: «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».

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, C-444/06, *Comunidades Europeas contra España*.

ministrativos de defensa reales e idóneos y aquellos otros en los que el recurso sólo tiene de mecanismo de defensa la mera apariencia, no siendo otra cosa, en realidad, que una carga para quien tiene que interponerlo. En definitiva, lo que consideramos criticable es que la constatación de la inidoneidad de la regulación general en materia de recursos administrativos dé lugar a su parcheo, y no a una reforma en profundidad de esa regulación general.

Pero, volviendo al análisis de la regulación, una vez que, en su caso, se haya presentado la denuncia (petición según la dicción del texto legal), la CNMC, teniendo en cuenta el informe que haya emitido la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado sobre la reclamación, valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición de recurso contencioso-administrativo. El plazo para interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la CNMC quedará suspendido hasta que ésta les comuniquen su decisión.

Como antes hemos anticipado, la posibilidad de acudir a la CNMC se plantea a los operadores económicos que estimen perjudicado su derecho de acceso al mercado (y con ello la unidad del mercado español)⁴⁸ como una alternativa: pueden recurrir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa o, en vez de ello, instar a la CNMC a recurrir mediante la denuncia de su caso, sin perjuicio de que, en caso de rechazo por la CNMC, los afectados planteen el recurso contra el acto que reputan lesivo a la unidad de mercado.

Si la petición ante la CNMC se formula por una persona no afectada por la medida que se estima lesiva a la unidad de mercado (acción popular) o en ejercicio del derecho de petición previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 20/2013, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponderá en ex-

⁴⁸ Amadeo PETITBÓ, personalidad especialmente cualificada sobre la materia, opina que en realidad las controversias sobre la unidad de mercado esconden a menudo la discusión sobre el acceso mismo al mercado. La cuestión no es tanto la unidad geográfica como la integridad misma del mercado como mecanismo económico. «No es infrecuente agrupar los efectos de la regulación ineficiente o de la heterogeneidad de las normas bajo la rúbrica de ruptura de la unidad de mercado. Sin embargo, (...) el problema de fondo no es otro que el propio mercado y la competencia; es decir, la existencia de regulaciones que no entorpezcan el juego de la competencia entre operadores económicos y la ausencia, también de barreras de entrada o salida significativas. (...) El mercado y la competencia son, pues, los elementos de referencia fundamentales, por encima del debate sobre las diferencias normativas entre territorios, que más incluso que romper la unidad de mercado, lo que realmente pueden hacer es romper el propio mercado como consecuencia de un exceso de regulación ineficiente». A. PETITBÓ JUAN (2006), «El espinoso asunto de la defensa de la competencia y la unidad de mercado», en AA.VV., *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, pág. 257. De este modo, la legitimación de la CNMC en el tema de la unidad de mercado no aportaría nada nuevo a la ya existente para impugnar disposiciones administrativas de carácter general que vulneren la libre competencia.

clusiva a la CNMC, sin perjuicio del derecho de personación regulado en el artículo 127 ter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Resulta evidente que esta articulación de la acción popular exclusivamente a través de la CNMC, sin posibilitar el acceso directo a la jurisdicción contencioso-administrativa, se inspira en la regulación del recurso por incumplimiento ante el TJUE (arts. 258 a 260 TFUE), en el que, con excepción de los Estados miembros, las denuncias se vehiculan necesariamente a través de la Comisión Europea, que es finalmente quien decide si acude, o no, al TJUE. Cabe apreciar y valorar positivamente el inteligente esfuerzo realizado en la norma para conciliar la acción popular con técnicas que impidan su utilización abusiva.

Existe todavía muy poca experiencia práctica sobre las impugnaciones de disposiciones administrativas por parte de las autoridades de competencia al amparo de la Ley 15/2007, de 3 de julio⁴⁹; sin embargo, parece claro que la negativa a impugnar por parte de la CNMC no sería en sí misma un acto administrativo impugnabile ante la jurisdicción, puesto que de otro modo se abriría la puerta a una disfunción notable con dos jueces conociendo del mismo asunto: uno por impugnación directa del operador y otro por impugnación de la negativa a impugnar de la CNMC.

⁴⁹ «La CNC utilizó por primera vez la legitimación activa contra las Comunidades Autónomas de Valencia y Galicia por sendas resoluciones que prorrogaban las concesiones para la prestación de servicios de transporte interurbano de viajeros en autobús, en sus respectivos ámbitos territoriales. El sistema concesional, establecido con arreglo al carácter de servicio público de este tipo de transporte, implica que el único momento en que resulta posible la competencia entre los oferentes del servicio es en el proceso de licitación que se desarrolle para que el vencedor asuma, en exclusiva, la prestación del mismo. La prórroga del adjudicatario vigente por un nuevo período concesional implica negar la posibilidad de competencia en dicho acceso, en perjuicio de los usuarios finales del servicio, que no se beneficiarán de todas las ventajas en precio y calidad del servicio que se derivarían de tal posibilidad. (...) La CNC también ha activado la impugnación jurisdiccional contra disposiciones dimanantes de la Administración General del Estado. Así, en el ámbito de la instalación de redes eléctricas, la CNC impugnó en mayo de 2012 la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico, solicitando su anulación. Esta Disposición modifica el apartado 3 del artículo 9 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica, obligando a la empresa distribuidora de cada zona, ante una solicitud de nueva extensión de la red eléctrica de cara a un nuevo punto de suministro, a remitir al solicitante un presupuesto tanto por las actividades que como distribuidor le corresponde realizar en exclusiva como por aquellas otras (las llamadas actividades no reservadas) que el solicitante puede contratar bien con el distribuidor bien con terceros instaladores independientes» (Memoria de Actividades CNC 2011-2012). Ambas cuestiones se encuentran pendientes de sentencia ante el Tribunal Supremo.

3. *El nuevo recurso contencioso-administrativo (arts. 127 bis a 127 quáter de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*

El marco de garantías se completa con la modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ), a la que por vía de su disposición final primera se incorporan los artículos 127 bis a 127 quáter, que introducen un nuevo procedimiento contencioso-administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado. Las modificaciones de la LJ tienen, sin embargo, un contenido algo mayor, implicando a los artículos 11.1 y 110 LJ, que referiremos brevemente antes de abordar la regulación del nuevo procedimiento especial.

La primera modificación afecta al artículo 11.1 LJ, al que se añade una nueva letra h), y que atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los recursos que interponga la CNMC en defensa de la unidad de mercado. Los términos de la redacción de este precepto obligan a hacer dos precisiones.

La primera precisión es que la competencia de la Audiencia Nacional viene delimitada por dos premisas: una bastante habitual en el esquema de atribución de competencias de la LJ, como es la materia, pero otra ciertamente insólita o, cuando menos, novedosa en la regulación de la LJ, como es la identidad del recurrente. Lo anterior provoca como efecto que la Audiencia Nacional no será el único órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de recursos en defensa de la unidad de mercado: cuando el recurso contencioso se interponga por un operador económico legitimado diferente de la CNMC, será competente el Juzgado o Tribunal que corresponda según las reglas generales de competencia (arts. 8 a 12 LJ) en función del órgano y Administración autores del acto. Sin embargo, cuando el recurrente sea la CNMC, la competencia corresponderá siempre a la Audiencia Nacional, con independencia del órgano y Administración autores del acto que se reputa lesivo a la unidad de mercado. En definitiva, puede producirse la circunstancia, insistimos que insólita o, cuando menos, novedosa en la LJ, de que el recurso contra el mismo y preciso acto o disposición sea conocido por distintos tribunales dependiendo de quién sea el recurrente.

La segunda precisión es que la competencia de la Audiencia Nacional puede llegar a ampliarse por vía de acumulación de procedimientos, al preverse en el nuevo artículo 127.8 ter LJ que serán acumulables a los procedimientos que conozca la Audiencia Nacional por recurso de la CNMC aquellos otros que, iniciados por recursos inter-

puestos por otros operadores económicos, se sigan contra el mismo acto y «ante el mismo o cualquier otro órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa», siempre que el recurso se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, lo que puede determinar, como decimos, que por vía de acumulación acaben teniendo la condición de recurrentes ante la Audiencia Nacional operadores económicos cuyos recursos debían ser conocidos, en principio y por ejemplo, por un Tribunal Superior de Justicia.

Esta precisión no es menor, y supone introducir una muy saludable excepción a la regla general contenida en el artículo 77.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impide la acumulación de procedimientos que se sigan ante tribunales con distinta competencia objetiva, por muy aconsejable que fuese que tuviera lugar la acumulación por razones de conexidad objetiva. Bueno sería que esta excepción se convirtiese en regla en beneficio de la preservación de la continencia de las causas.

También supone una excepción a la regla prevista en el artículo 79.1 LJ, que impone que la acumulación deba solicitarse y producirse en el procedimiento que se hubiese iniciado primero, ya que la acumulación se producirá siempre en el procedimiento que tramite la Audiencia Nacional, con independencia del momento en el que se hubiese iniciado. Ello no obstante, la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del procedimiento regulado en los artículos 127 bis y ss. LJ determina alguna limitación a la posibilidad de acumulación, cuyo examen dejamos para más adelante por razones de claridad expositiva.

La segunda modificación de la LJ ha afectado a su artículo 110.1, y tiene un contenido muy concreto: ampliar el ámbito de aplicación del mecanismo de extensión de efectos de las sentencias. Hasta el momento, ese mecanismo, que, como es sabido, permite que los efectos de una sentencia que reconoce una situación jurídica individualizada puedan extenderse a personas que no fueron parte en el procedimiento, limitaba su aplicación a la materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública. Ese mecanismo será también aplicable para la extensión de los efectos de las sentencias que se dicten en procedimientos en materia de unidad de mercado, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por el propio artículo 110.1 LJ (identidad de situación jurídica; identidad de competencia territorial del órgano judicial; plazo de un año desde la notificación de la sentencia a las partes) y no se den los supuestos de exclusión del artículo 110.5 LJ (cosa juzgada; doctrina contraria a la jurisprudencia; acto consentido).

Y la tercera modificación, y principal, es la que ha consistido en introducir un nuevo procedimiento contencioso-administrativo especial, regulado en los nuevos artículos 127 bis a 127 quáter LJ.

Como caracterización general, cabría decir que el nuevo procedimiento es una aparente mezcla de experiencias previas en el que se aprecian trazas del procedimiento contencioso-administrativo en primera o única instancia (comúnmente aludido como ordinario), del procedimiento especial regulado en el artículo 127 LJ y hasta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (muy señaladamente, en el desarrollo que hace de la previsión del artículo 161.2 CE), y que aprovecha para anticipar alguna solución hoy por hoy contenida sólo a nivel de borradores de anteproyecto (así sucede con la fórmula escogida para el dictado de las sentencia *in voce* y su forma de documentación)⁵⁰. El precipitado resultante es, a nuestro juicio, un procedimiento ágil, que no hace concesiones a la Administración recurrida para que pueda generar tiempos muertos que dilaten el procedimiento, pero sin que ello implique una reducción de las posibilidades de defensa. Lo único realmente criticable vuelve a ser el criterio selectivo con el que el legislador decide cuándo un procedimiento conviene que sea ágil y eficaz, en definitiva idóneo, y cuándo no.

Los aspectos fundamentales de la regulación del nuevo procedimiento son los siguientes.

A) *Ámbito de aplicación del procedimiento*

El ámbito o supuestos de aplicación del procedimiento se delimitan subjetiva y objetivamente. Subjetivamente, sólo será aplicable si el recurrente es la CNMC. Los recursos que interpongan los operadores económicos legitimados se tramitarán, por lo tanto, conforme a las reglas generales de la LJ. Objetivamente, el recurso podrá referirse a cualquier modalidad de actuación administrativa (disposición, acto, inactividad o vía de hecho) y por cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, pero siempre que la infracción afecte a la libertad de establecimiento o circulación (arts. 127.1 bis y 127.6 ter), lo que excluye la posibilidad de formular alegaciones o motivos de impugnación (y de que se resuelva sobre los mismos) que no se vinculen con dichas libertades.

⁵⁰ Propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, accesible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774423012/ListaPublicaciones.html>.

B) *Legitimación activa. Supuestos de ampliación: acumulación e intervención adhesiva*

Como acabamos de indicar al aludir al ámbito subjetivo de aplicación, sólo estará legitimado activamente para plantear recurso por vía de este procedimiento la CNMC. Ello no obstante, el catálogo de actores puede ampliarse por dos vías. Una es la de la acumulación de los procedimientos iniciados a instancia de operadores económicos legitimados, que les conferirá la condición de actores en el procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional una vez que la acumulación tenga lugar.

A esta posibilidad y a sus requisitos nos hemos referido líneas arriba, en las que hemos destacado el conjunto de excepciones que la previsión del artículo 127.8 ter implica en relación con la regulación general de la acumulación de procedimientos contenida en la LEC. No vamos a insistir en ello, pero sí tenemos que referirnos a un aspecto adicional que hemos dejado para este momento, y que tiene que ver con una excepción o limitación a la posibilidad de acumulación que no se expresa literalmente en el precepto pero que es consecuencia de la previsión del artículo 127.8 ter y de la delimitación objetiva del procedimiento que hemos hecho en el anterior apartado: para que la acumulación pueda tener lugar es necesario que el procedimiento iniciado por los operadores económicos legitimados se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o circulación y, tendríamos que añadir nosotros, de *manera exclusiva*. La eventual alegación conjunta de otros fundamentos relacionados con infracciones adicionales que no afecten a la libertad de establecimiento o circulación no podría ser objeto de examen en el procedimiento de los artículos 127 bis y ss., y ello impediría la acumulación en la medida que, de producirse y excluirse el examen de los argumentos extraños al procedimiento, implicaría la pérdida de derechos procesales para el recurrente (art. 77.1 LEC).

Y la segunda vía de ampliación es la de una suerte de intervención adhesiva como parte actora que se prevé en el artículo 127.7 ter, que permite que los operadores económicos interesados puedan comparecer como actores en los procedimientos iniciados a instancia de la CNMC. La novedad es ciertamente notable, ya que la jurisprudencia contencioso-administrativa había sido taxativa a la hora de señalar que la LJ no autorizaba la intervención de «coactores» que, sin haber interpuesto el recurso, se incorporasen al procedimiento para defender la postura del recurrente, posibilidad que el artículo 21 LJ sólo refiere a la posición de codemandado y, por lo tanto, para colaborar con la Ad-

ministración demandada en la defensa del acto impugnado. Los intentos de incorporación de codemandados que, en realidad, eran coactores encubiertos se rechazaban sistemáticamente como un supuesto de desviación procesal⁵¹.

La posibilidad de incorporación de coactores se realiza ahora en términos ciertamente amplios, ya que se les permite adoptar (siempre que no contradiga su posición activa o actora, y dentro de los límites objetivos o materiales del procedimiento) una postura autónoma a la de la CNMC u otros actores, planteando pretensiones adicionales a las de la CNMC (párrafo tercero del art. 127.7 ter) o sosteniendo recursos frente a las resoluciones que recaigan en el procedimiento aunque las consienta la CNMC. Aunque el precepto comentado no la aluda ni en un sentido ni en otro, esta posibilidad (la de plantear recursos de manera autónoma, e incluso sin participación de la CNMC) nos lleva a concluir que el coactor también podría sostener el procedimiento en la instancia incluso en el caso de que, iniciado el procedimiento, la CNMC desistiera de su continuación.

La única limitación que impone el precepto (adicional a la lógica de la necesaria legitimación del operador económico) es que la incorporación del coactor no supondrá la retroacción del procedimiento, de manera que su posibilidad de intervención se limitará a los trámites pendientes desde el momento de su personación.

C) *Plazo de interposición del recurso*

El plazo de interposición del recurso es el común de dos meses previsto en el artículo 46 LJ, y conviene insistir en que *siempre* es de dos meses, algo que conviene aclarar vista la extraña dicción del precepto, que alude a que el plazo «será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46», cuando el apartado 3 (referido a la vía de hecho) no prevé un plazo de dos meses, sino de diez o veinte días, dependiendo de que medie requerimiento previo. Lo que sí puede variar es el *dies a quo* para el cómputo del plazo: cuando la CNMC interponga el recurso a solicitud de un operador económico, el cómputo no se realizará desde la notificación o publicación de la actuación correspondiente, sino desde la fecha de presentación de la solicitud ante la CNMC.

⁵¹ En ese sentido, y entre otras muchas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2012, recurso de casación núm. 2794/2011.

D) *Tramitación del procedimiento*

El procedimiento diseñado en el artículo 127 ter se caracteriza por su agilidad, algo que se enfatiza en el párrafo 9 al señalar que «a todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente». Ciertamente, la legislación procesal contencioso-administrativa empieza ya a conocer una cierta saturación de previsiones sobre la «preferencia» de los recursos (lo son los relativos a expropiación forzosa, derechos fundamentales, contra disposiciones generales, los pleitos testigos del artículo 37 LJ...). Acaso sea ello lo que ha llevado a que a algunos procedimientos, como el que examinamos y el de infracción de derechos fundamentales, se les haya añadido a su «preferencia» la mención de que ésta lo es «a todos los efectos». No sabemos si ello implica que hay dos categorías de «preferencia», la «ordinaria» y la «a todos los efectos», pero sí es claro que evidencia que el mal que aqueja al contencioso, su lentitud, es un mal común, y que no parece que se vaya a remediar declarándolo todo «preferente», algo que parece que sólo puede provocar que crezca la lista de espera de «preferentes».

El nuevo procedimiento se resume en los siguientes trámites:

Interpuesto el recurso, se reclama el expediente, que debe remitirse en el plazo de cinco días, sin que su falta de envío en plazo suspenda el curso de los autos.

Una vez recibido el expediente, se da traslado a la parte actora para la formulación de demanda y acompañar documentos en el plazo de diez días, sin perjuicio de que, de recibirse el expediente con posterioridad a la demanda, se dé un plazo adicional de alegaciones. La contundencia y términos imperativos del precepto («la falta de envío del expediente... no suspenderá el curso de los autos») plantean la duda de si es aplicable la previsión general del artículo 53.1 LJ, que prevé que la posibilidad de formular demanda sin recepción del expediente no puede ser impuesta por el Tribunal, sino que es una facultad del demandante, que ha de poder valorar si está en condiciones de poder presentarla sin conocer el expediente. A nuestro juicio, y para impedir que la Administración demandada incumplidora saque ventaja de su incumplimiento, esta previsión general ha de estimarse aplicable. Ello no obstante, se ha perdido una oportunidad para incorporar otro remedio de corte más contundente frente a este habitual tiempo muerto impuesto por la Administración demandada, como hubiera sido el prever que, a falta de remisión del expediente, se presumirán ciertos todos los hechos alegados por el actor. Francamente, no podríamos considerarlo ningún exceso: no sólo el efecto vendría impuesto por un in-

cumplimiento de la Administración demandada, sino que ésta tendría en su mano impedirlo por una vía tan sencilla como cumplir los plazos y trámites impuestos por la Ley.

Evacuada la demanda, se dará traslado a la Administración demandada para que conteste en el plazo de diez días, e igualmente estimamos que debe considerarse de aplicación la regla general del artículo 54.1 LJ (si el expediente no se hubiese recibido, no se admitirá la contestación).

La solicitud, recibimiento y práctica de la prueba se sujetarán a las reglas generales, con la única excepción de que el plazo para la práctica no podrá ser superior a veinte días.

Concluida la fase de prueba, las actuaciones se declaran concluidas (no hay fase conclusiones orales o escritas) y se pasa al dictado de sentencia en el plazo de cinco días, que resolverá sobre las pretensiones planteadas por las partes (incluidas las relativas tanto a la corrección de la conducta infractora como al resarcimiento de daños y perjuicios) con la limitación ya indicada (las vinculadas a infracciones que afecten a la libertad de establecimiento o de circulación).

En este punto, y para concluir esta síntesis del procedimiento, debe destacarse la previsión relativa a la posibilidad, a elección del Tribunal y en los casos en los que la sentencia no sea susceptible de ulterior recurso, de que las partes sean convocadas a una comparecencia en la que se procederá al dictado de sentencia *in voce* (en forma oral). Es cierto que, aunque novedosa en el contencioso-administrativo, es una posibilidad reconocida de antiguo en la jurisdicción penal y en la laboral y que cuenta con una previsión general en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 245), pero que ahora se incorpora al contencioso con la novedad adicional de que, dictada la sentencia *in voce*, su documentación no se lleva a cabo mediante el redactado de la sentencia, sino mediante su grabación y la incorporación al libro de sentencias de una certificación del secretario judicial en la que se expresarán todos los pronunciamientos del fallo. Como antes hemos indicado, se anticipa con ello una previsión que a día de hoy se contiene en los anteproyectos de una futura reforma en profundidad de la vigente LJ⁵².

E) *Medidas cautelares*

Por último, el artículo 127 quáter incorpora una novedosa regulación de las medidas cautelares claramente inspirada en las previsiones

⁵² Artículo 15 de la propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, antes citada, que da nueva redacción al artículo 78 LJ.

de la LOTC en desarrollo del artículo 161.2 CE: al margen de que la CNMC pueda solicitar en el escrito de recurso la adopción de cualquier tipo de medida cautelar, si solicitase la suspensión de la actuación recurrida, ésta se producirá automáticamente con la admisión del recurso y sin exigencia de fianza. Una vez producida la suspensión, y en el plazo de tres meses desde que haya tenido lugar, será carga de la Administración demandada no sólo solicitar el alzamiento de la medida cautelar, sino también acreditar que en otro caso se produciría una grave perturbación de los intereses generales, que el Tribunal ponderará de manera circunstanciada y previa audiencia por diez días a la CNMC.

V. FINAL

A pesar del nombre de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, su contenido parece más encaminado a reducir el coste de la regulación administrativa sobre las actividades económicas que a la garantía de la libre circulación en el mercado español. Las patologías de una mala regulación (costes, complejidad, inconsistencias, falta de transparencia de los procedimientos, proteccionismo local, etc.) pueden verse agravadas por la multitud de normas autonómicas, pero no tienen directamente en ella su origen. Más que garantizar la unidad de mercado, se pretende garantizar el mercado mismo, de acuerdo con una determinada visión liberal de la relación entre Derecho y mercado, entre regulación administrativa y actividad económica. Ello se aborda con técnicas desreguladoras (libertad económica frente a intervencionismo administrativo) y centralizadoras (capacidad del Estado para decidir sobre la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de las regulaciones autonómicas y sobre las razones de interés general dignas de protección).

Ello es así por el carácter eminentemente retórico del principio de unidad de mercado como principio de organización territorial del Estado. Como pone de relieve el siempre agudo profesor MARCOS, «ciertamente la mayoría de las competencias reconocidas a las CC.AA. se proyectarán normalmente sobre mercados de ámbito autonómico o infra-autonómico, de tal manera que en verdad, difícilmente se puede hablar en tales casos de que los poderes autonómicos rompan la unidad de mercado. Los eventuales excesos y extravagancias autonómicas podrán eventualmente corregirse por aplicación de normas o principios constitucionales (señaladamente la libertad de empresa, art. 38) y, en el campo de los servicios, por aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de no-

viembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Sin embargo, para aquellos casos en los que el reparto competencial haya concedido a las CC.AA. poderes que desborden el marco geográfico de su territorio o cuando puedan existir o se produzcan intervenciones autonómicas que trasciendan más allá del ámbito de la CC.AA. en cuestión, el principio de unidad de mercado se revela una herramienta inadecuada y poco útil»⁵³.

Puede apreciarse una cierta «desconstitucionalización» del control del principio de la unidad de mercado⁵⁴. Si hasta ahora los conflictos derivados de las regulaciones autonómicas que pudieran contravenir el orden constitucional, por adoptar medidas «que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español», debían residenciarse ante el Tribunal Constitucional, lo harán ahora en la jurisdicción contencioso-administrativa. Parece ser que lo que no se ha logrado a nivel constitucional va a trasladarse ahora al nivel contencioso-administrativo. O, dicho en otras palabras, habiendo reconocido el Alto Tribunal un margen normativo a las Comunidades, el legislador estatal intenta una nueva visión a través del legislador y los tribunales ordinarios. De la doctrina constitucional se desprende que unidad no significa uniformidad de soluciones administrativas, cosa que ahora podrá cuestionarse con los mecanismos de la Ley 20/2013.

Igualmente, se podría vaticinar un cierto traslado de las batallas legales a las batallas administrativas mediante la deslegalización de los conflictos. La aplicación práctica de la Ley será enormemente complicada, dando lugar a multitud de pleitos y recursos, lo que precisamente no ayuda a la predictabilidad y seguridad jurídicas, valor esencial para los operadores económicos. Además, como se ha demostrado en el caso de la regulación del comercio minorista, la adopción de un modelo estatal único choca con enormes resistencias en la periferia.

⁵³ F. MARCOS, «A vueltas con la Unidad de Mercado Nacional», *Working Paper IE Law School*, AJ8-177. Disponible en http://globalcampus.ie.edu/webes/servicios/descarga_sgd_intranet/envia_doc.asp?id=10510&nombre=AccesoDatosDocumentIE.Documento.pdf&clave=AJ8-177.

⁵⁴ La doctrina aporta también numerosas y bien fundamentadas contribuciones al estudio del marco constitucional de la libertad de empresa: M. M. FERNANDO PABLO (1992), «Las funciones del principio de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 73; E. ALBERTÍ ROVIRA (1993), «La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución española de 1978», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14; F. MARCOS (2006), «El principio constitucional de unidad de mercado: ¿fragmentación del mercado por las leyes autonómicas?», en AA.VV., *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid; T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008), *Mercado Nacional Único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Para paliar todo ello, la Ley diseña unos insuficientes mecanismos de participación de los intereses autonómicos (y en menor medida de los locales) a través de un Consejo para la Unidad de Mercado en formato de conferencia sectorial. Se crean igualmente mecanismos de mediación (falso recurso administrativo) y se refuerza la posición de la CNMC, lo que viene a avalar la idea de que el problema no está tanto en la unidad, sino en la compatibilidad misma de la regulación administrativa con la libertad de acceso a los mercados.

Las opciones reguladoras de las Comunidades se verán fuertemente presionadas por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de normativas, entrando en una carrera a la baja o «*dumping* regulatorio». Junto con ello, el Estado se reserva la capacidad para decidir qué medidas y políticas administrativas se consideran justificadas para la protección del interés general. En definitiva, se hacen especialmente luminosas las palabras del profesor TENA al respecto: «el principio jurídico de la unidad del Estado ha de entenderse necesariamente como un poliedro que no puede ser contemplado en perspectiva sesgada, enfocando exclusivamente una de sus caras y prescindiendo de las demás. No admite un tratamiento plano, sino que exige una imagen plena comprensiva de todo su contenido: integración económica, autonomía política y diversidad administrativa interactuando conjuntamente, dando lugar a la imagen diversa y plural de España, a su peculiar unidad característica»⁵⁵.

⁵⁵ V. TENA PIAZUELO (2006), «Defensa del principio de unidad de mercado. Riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación», en AA.VV., *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, pág. 340.