



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE
GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 15 de marzo 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe conforme a lo dispuesto en el artículo 108 LOPJ.

La Comisión de Estudios e Informes, en virtud de la aplicación de su Protocolo interno, acordó designar Ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández y, en su reunión de 8 de abril del 2013, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del CGPJ a que se refiere el artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto los anteproyectos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las contenidas en el apartado e), a saber, la facultad de informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

Por otra parte, como es práctica habitual en el ejercicio de su función consultiva, el Consejo se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 CE. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

Aunque el Anteproyecto remitido presenta, considerado en su conjunto, un marcado perfil sustantivo, tanto el artículo 27 como la Disposición adicional quinta y la Disposición final primera, en cuya virtud se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) son preceptos de carácter procesal, y ello justifica la emisión del presente informe por parte del CGPJ.

III.

ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos y de un Texto articulado dividido en siete Capítulos con la siguiente rúbrica: Capítulo I: Disposiciones Generales; Capítulo II: Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación; Capítulo III: Garantía de cooperación entre las Administraciones Públicas; Capítulo IV: Garantías al libre establecimiento y circulación; Capítulo V: Principio de eficacia en todo el territorio nacional; Capítulo VI: Supervisión de los operadores económicos y Capítulo VII: Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación.

El Anteproyecto también contiene ocho Disposiciones adicionales, relativas a las siguientes materias: Actuaciones estables (primera);



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Productos regulados (segunda); Plataforma de contratación del Sector Público (tercera); Uso voluntario de las normas de calidad (cuarta); Acción administrativa popular (quinta) Evaluación anual de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la calidad de los Servicios (sexta); Plan de trabajo y seguimiento (séptima); Plan de Trabajo de las conferencias sectoriales (octava).

La Disposición final primera modifica LJCA. La reforma atañe a los artículos 11.1 y 110 y, además, añade un nuevo Capítulo IV al Título V que incorpora los artículos 127 bis, 127 Ter y 127 Quater.

La Disposición final segunda modifica los artículos 5 y 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Las Disposiciones finales tercera, cuarta y quinta y sexta versan respectivamente, sobre el Título competencial, Adaptación de la normativa vigente, Desarrollo normativo y Entrada en vigor. Por último, el Anteproyecto también incluye una Disposición derogatoria y un Anexo en el que figuran las definiciones auténticas de una serie de aspectos regulados.

Junto al Anteproyecto también se ha remitido una Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante MAIN) que, conforme a lo establecido en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se subdivide en los siguientes apartados: Necesidad y oportunidad de la norma; Memoria económica e Informe de impacto por razón de género.



IV.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

Como se ha puesto de relieve en un apartado anterior, la razón que justifica “ad casum” la facultad de informe de este Consejo se anuda a la previsión contenida en la letra e) del artículo 108.1 de la LOPJ, en tanto que el Anteproyecto incorpora una serie de modificaciones de indiscutible naturaleza procesal. Siendo ello así, el núcleo esencial de este informe ha de circunscribirse a aquellos aspectos que, precisamente, habilitan la potestad de informe que la LOPJ confiere a este órgano. Ahora bien, siendo evidente la trascendencia y calado del texto sometido a informe, conforme al principio de colaboración institucional se estima pertinente formular, en este apartado, una serie de consideraciones generales a cerca de los principales aspectos del Anteproyecto.

A) De acuerdo a lo indicado en la Exposición de Motivos, las razones que justifican la proyectada norma son las siguientes:

a) La unidad de mercado constituye un principio económico esencial que tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución.

b) Actualmente, la fragmentación del mercado es un hecho pese a los esfuerzos desplegados en las últimas décadas. Este fenómeno repercute negativamente en la marcha de la economía, ya que impide aprovechar las economías de escala que ofrecería un mercado de mayores dimensiones, desincentiva la inversión y, en definitiva, reduce la productividad, la competitividad y el crecimiento económico y del empleo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Para paliar las deficiencias detectadas, el prelegislador propone:

- a) Garantizar plenamente los principios de libertad de establecimiento y de circulación en todo el territorio nacional.
- b) Reforzar los principios de cooperación entre diferentes Administraciones públicas, bajo el prisma de la confianza mutua.
- c) Propiciar un marco económico plenamente respetuoso con el principio de libre iniciativa económica, de manera que los límites derivados de la intervención administrativa estén debidamente justificados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y así evitar el exceso de regulación o la imposición de duplicidades que supongan mayores cargas administrativas.
- d) Concreción y delimitación de las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y circulación.
- e) Reconocimiento expreso del principio de eficacia en la totalidad del territorio nacional.
- f) Previsión de mecanismos para la protección específica de la libertad de establecimiento y circulación.

Los aspectos enunciados en la Exposición de Motivos se desarrollan en el texto articulado conforme al siguiente esquema:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a) Principios relativos a la garantía de libertad de establecimiento y libertad de circulación: El Capítulo II (artículos 3 a 9) enumera una serie de principios cuya finalidad es la de establecer un marco en el que los postulados a que se ha hecho mención sean efectivos. Básicamente, las garantías que se pretenden salvaguardar son la proscripción de discriminación entre los operadores económicos por razón del lugar de residencia o establecimiento (artículo 3); que el establecimiento de límites al acceso a las actividades económicas o a su ejercicio se sujetará a los principios de necesidad y proporcionalidad. Además, los límites a que se ha hecho mención deberán traer causa de alguna de las imperiosas razones de interés general contempladas en el artículo 3.-11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 5); simplificación de cargas, de manera que la intervención de distintas autoridades concurrentes no implicará mayores cargas administrativas para el operador que las que generaría la intervención de una única Administración (artículo 7); cooperación y confianza entre autoridades competentes (artículo 4), principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional que, como se indica en el artículo 6, implica que los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, conforme a lo establecido en el Capítulo V.

b) El Capítulo III (artículos 10 a 15) establece una serie de instrumentos para garantizar la cooperación entre las Administraciones Públicas, entre los que destacan la creación del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante CUM), que ha sido concebido como el órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

las disposiciones contenidas en el Anteproyecto (artículo 10), así como la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM), órgano técnico de coordinación y cooperación continua entre autoridades competentes, para la aplicación de lo dispuesto en el Anteproyecto (artículo 11).

Junto a la creación de los citados organismos, la cooperación de las Administraciones Públicas se desarrollará a través de las conferencias sectoriales (artículo 12) en las que participaran las diferentes autoridades competentes, incluidas las Entidades Locales, así como mediante la colaboración en la elaboración de proyectos normativos a que se refiere el artículo 14, con la consiguiente puesta a disposición de las restantes autoridades competentes de la información que permita una adecuada valoración; la evitación de intervenciones duplicadas cuando concurren varias Administraciones (principio de equivalencia de cargas con la Administración Única) y la compatibilización (“consistencia” es la expresión utilizada en el artículo 14.4) con el resto de la normativa de las demás autoridades competentes.

c) El Capítulo IV tiene por objeto la regulación de las garantías del libre establecimiento y circulación de los operadores económicos. En el artículo 16 se dispone que el acceso a las actividades económicas y su ejercicio sea libre en todo el territorio nacional, sin más limitaciones que las previstas en el Anteproyecto y en la normativa de la Unión Europea.

En el artículo 17 se establece que los límites al acceso o ejercicio de la actividad económica estarán presididos por el principio de necesidad y proporcionalidad, que se concreta de diferente manera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

según que la limitación revista forma de autorización (artículo 17.1), presentación de una declaración responsable (artículo 17.2) o presentación de una comunicación (artículo 17.3). No obstante, con la finalidad de minimizar las cargas administrativas las autoridades competentes deberán optar por un único medio de intervención de entre los indicados anteriormente, previa valoración de su necesidad y proporcionalidad.

El artículo 18.1 establece, a modo de principio general, que la fijación por las autoridades competentes de una medida, límite o requisito no tendrá como efecto la creación o mantenimiento de un obstáculo o barrera para la unidad de mercado. En los siguientes números del artículo se desglosan las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación, a saber: establecer requisitos discriminatorios; exigir requisitos para el ejercicio de la actividad económica en el territorio de la autoridad competente que sean distintos de la autoridad de origen; imposición, en materia de cualificación profesional, de exigencias adicionales respecto de las requeridos en el lugar de origen; fijar requisitos adicionales no sustanciales en materia de aseguramiento de responsabilidad civil; fijación de especificaciones técnicas para la circulación de un producto o para su utilización para la prestación de un servicio, que sean distintas a las establecidas en el lugar de origen y, en general, el establecimiento de cualquier otro requisito que no guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o su ejercicio.

d) En el Capítulo V se disciplina la aplicación del denominado principio de eficacia en todo el territorio nacional, que se concreta del siguiente modo:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1- El establecimiento en un lugar del territorio nacional conforme a la normativa vigente en el mismo habilita a ejercer la actividad económica en todo el territorio nacional (artículo 19.1).

2- La elaboración de cualquier producto conforme a la normativa del lugar de origen faculta su circulación en el resto del territorio (artículo 19.2)

3- El cumplimiento de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías impuestas por la normativa del lugar de origen vincula a la autoridad de destino, aunque sean distintos de los impuestos por la normativa del referido lugar de destino (artículo 19.3).

4- Los medios de intervención de la autoridad de origen tendrán plena validez en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice un trámite adicional o cumple nuevos requisitos (artículo 20.1).

5. Las excepciones al principio de eficacia general se regulan en el número 5 del artículo 20. Este principio no se aplicará respecto de las autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física, ni a los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público, ni tampoco cuando el número de operadores económicos esté limitado en atención a la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas.

e) El Capítulo V tiene por objeto la supervisión de los operadores económicos. El artículo 21 introduce una modificación de importancia,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en tanto que el régimen de supervisión se fija en base a los siguientes parámetros, siempre que la competencia respecto del ejercicio de la actividad económica no sea estatal.

1. Autoridades de origen: Les corresponde la supervisión y control de los operadores económicos, en lo relativo al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica. También serán los competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos de los productos para su uso y consumo. Por último, también se les atribuye la facultad de adoptar las medidas oportunas, incluidas las sanciones, ante el incumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad por parte de los operadores económicos o de las normas de producción o requisitos del producto.

2. Autoridades de destino. Se les atribuye la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica.

Los restantes artículos versan sobre aspectos tales como la integración de la información obrante en los registros sectoriales (artículo 22), los sistemas de intercambio de información (artículo 23), intercambio de información en el ejercicio de funciones de supervisión (artículo 24) y el intercambio de información por razones de interés general artículo 25.

La garantía de la unidad de mercado es el fin primordial perseguido por el prelegislador. Dicho principio no está recogido expresamente en la Constitución, pues ha sido construido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a modo de concreción del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

principio de unidad económica, tomando como referente principal la libertad de circulación y establecimiento de personas, así como la libertad de circulación de bienes en todo el territorio español que garantiza el artículo 139.2 de la Constitución. Para la construcción de aquel principio también se ha invocado la atribución competencial que el artículo 149.1.1ª de la Constitución atribuye al Estado, en orden a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

La STC 1/1982 recogió, en el fundamento jurídico primero, una serie de consideraciones sobre lo que vino a denominar “constitución económica” y “principios básicos del orden económico” que han de aplicarse con carácter unitario: *(...)En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de "un orden económico y social justo", y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1).*

Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII CE). La unicidad del orden económico nacional es un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos con el art. 149.1.10 CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las "bases", como ocurre con los indicados en el art. 149.1.1 y 13 CE. (...)

En el fundamento jurídico sexto de la STC 88/86 se delimita el concepto y alcance de la unidad de mercado, y se remarca la necesaria compatibilidad que debe existir entre la unidad económica y la diversidad jurídica propia del Estado autonómico, en los siguientes términos:

(...)El tercero de los temas generales que se plantean es el relativo a si las disposiciones de la Ley impugnada afectan a la unidad de mercado, de tal forma que vulneren las previsiones constitucionales al respecto, contenidas en forma diversa en los arts. 2 (unidad de la Nación española) y 139 CE entre otros. Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya al respecto en diversas resoluciones, especialmente en las SS 16 noviembre 1981, 28 enero y 30 noviembre 1982, y 28 abril 1983, en el sentido de considerar que de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos.

La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.

Por todo ello, para evaluar si la normativa impugnada vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario aplicar estos criterios acabados de exponer a las normas en cuestión, precisando su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen(...)."

La STC 64/1990, profundiza en el aspecto antes apuntado y al respecto argumenta que: "(...)Este Tribunal ha tenido ya, en diversas ocasiones, oportunidad de pronunciarse acerca del significado de la llamada "constitución económica", como conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, resaltando la importancia que, especialmente en Estados como el nuestro de estructura territorial compuesta, adquiere la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, como proyección concreta del más general principio de unidad que el art. 2 CE consagra (SSTC 1/1982, f. j. 1º; 11/1984, f. j. 5º; 29/1986, f. j. 4º).

De nuestra doctrina conviene recordar ahora que la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984, f. j. 3º, y 88/1986, f. j. 6º, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1, 149.1.1), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone (FJ tercero). Más adelante, en el fundamento jurídico quinto se recoge: (...) Útil será, a este respecto, tener presente la doctrina expuesta en las SSTC 37/1981 y 88/1986. En la primera, ha precisado este Tribunal que no toda medida que incida sobre la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

circulación de bienes y personas por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 CE, sino que lo será cuanto persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (f. j. 2º). Por su parte, la STC 88/1986 ha señalado que "la compatibilidad entre la unidad económica de la nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles" (f. j. 6º).

Finalmente, también procede traer a colación la STC 96/2002, en cuyo fundamento jurídico undécimo se lleva a cabo un profuso análisis sobre el alcance constitucional del principio de unidad de mercado.

(...)Tampoco supera la norma impugnada el juicio de constitucionalidad desde la perspectiva de las libertades de empresa, residencia y circulación (arts. 38, 138.2, 139.1 y 139.2 CE). En efecto, con relación a la libertad de empresa hay que recordar que el art. 38 del Texto constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los artículos 128 y 131 CE (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2 ; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10 ; y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.b), viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3), y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4 ; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15). Ahora bien, también hay que ponerlo en relación con el art. 139.2 CE, pues toda medida que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

impida o fomenta el traslado de empresas incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de las empresas. Efectivamente, es nuestra doctrina que "el traslado de industrias guarda estrecha relación con los principios de la constitución económica a los que acaba de hacerse referencia, no sólo en la medida en que la actividad de traslado industrial de un lugar a otro dentro del Estado implica desplazamiento espacial de medios productivos y circulación, en consecuencia, de bienes y personas por el territorio nacional, sino también por cuanto constituye una relevante manifestación de la libertad de empresa que el art. 38 de la Constitución reconoce..., entendida aquí como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad" (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2 ; y 64/1990, de 5 de abril, FJ 4).

Cabe, por consiguiente, "que la unidad de mercado se resienta a consecuencia de una actuación autonómica que, en ejercicio de competencias propias, obstaculice el tráfico de industrias. Así habrá de suceder cuando se provoque una modificación sustancial, geográfica o sectorial, del régimen de traslado en o para determinadas zonas del territorio nacional, se generen barreras financieras en torno a alguna de ellas o se desvirtúen artificialmente con el concurso de factores externos al mercado, la igualdad de medios y posibilidades de desplazamiento de las industrias que concurren en el mismo espacio económico. Y ello no sólo a través de medidas coactivas que directamente impongan trabas injustificadas a la circulación de industrias o a su desarrollo en condiciones básicas de igualdad, sino también mediante medidas de naturaleza graciable y acogimiento voluntario como ayudas, subvenciones u otro tipo de auxilios, que, en el marco de la actual Administración prestacional, adquieren, junto a su tradicional configuración como medios de fomento, promoción y protección empresarial, una innegable virtualidad de instrumentos de intervención económica, de los que puede llegar a hacerse un uso incompatible con las exigencias del mercado único, por propiciar, en mayor o menor grado, la disociación en ciertas zonas o sectores de reglas económicas que han de permanecer uniformes" (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 4).

Nuestro Texto constitucional garantiza tanto la unidad de España como la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que necesariamente obliga a buscar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

un adecuado equilibrio entre ambos principios, pues la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas. Ello otorga a nuestro ordenamiento, además, una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 3). En todo caso, nuestra Constitución configura un modelo de Estado donde a los órganos centrales del Estado les corresponde, en una serie de materias, la fijación de los principios o criterios básicos de general aplicación a todo el Estado (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5).

Una de las manifestaciones de esa unidad básica que la Constitución proclama se concreta en la "unidad de mercado" o en la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado (STC 96/1984, de 19 de octubre, FJ 3), como se deduce tanto del Preámbulo -que garantiza la existencia de un "orden económico y social justo"- como de una interpretación conjunta de los arts. 2, 38, 40.1, 130.1, 131.1, 138.1 y 2, 139.2, 149.1.1 y 157.2 CE. En efecto, en múltiples ocasiones hemos afirmado que en Estados como el nuestro, de estructura territorial compleja, la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional es una proyección concreta del más general principio de unidad que el art. 2 CE consagra (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 11/1984, de 2 de febrero, FJ 5; y 24/1986, de 14 de febrero, FJ 4). Y, asimismo, hemos inferido reiteradamente de esa unidad, como consecuencia necesaria, la exigencia de un mercado único (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6), configurándola como un límite de las competencias autonómicas (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 2), término éste, el de "mercado", que equivale a "mercado nacional" o "mercado español", esto es, al espacio económico unitario, reconocido implícitamente como tal por el art. 139.2 CE (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 2 ; 86/1984, de 27 de julio, FJ 3 ; y 87/1985, de 16 de julio, FJ 6). Dicho límite o, una vez más, garantía de la "unidad de mercado" en el territorio nacional, no impide toda normación que, de una manera u otra pueda afectar a la libertad de circulación, sino la "fragmentación del mercado" (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 3), en el sentido de que "las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquéllas persiguen" (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2 ; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 26).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Al Estado se le atribuye por la Constitución, entonces, el papel de garante de la unidad, pues la diversidad viene dada por la estructura territorial compleja, quedando la consecución del interés general de la Nación confiada a los órganos generales del Estado (STC 42/1981, de 22 de diciembre, FJ 2) y, en concreto, el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica que exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general a todo el territorio nacional (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1 ; y 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4), siendo a partir de esa unidad desde la que cada Comunidad, en defensa del propio interés, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1 ; y 88/1986, de 1 de julio, FJ 6).

Ahora bien, en principio, al Estado no le es dado que en uso de sus competencias generales sea él mismo quien quiebre esa unidad sin una justificación razonable desde el punto de vista constitucional cuando, antes al contrario, la unidad del orden económico implica la exigencia de la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general (STC 96/1984, de 19 de octubre, FJ 5). Así se deriva del Texto constitucional y así lo exige la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en cuyo artículo 2.1 b) se atribuye al Estado "la garantía del equilibrio económico, a través de una política económica general, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40.1 , 131.1 y 138 de la Constitución ", a cuyo fin, se le encarga "adoptar las medidas oportunas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa" (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3). En consecuencia, la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la unidad de mercado en la medida en que están presentes dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3) (...)".



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vista la doctrina constitucional sobre la materia, las notas más características de la unidad de mercado podrían compendiarse del siguiente modo:

a) El principio de unidad de mercado deriva de la exigencia de un orden económico único en todo el Estado, y se extrae, principalmente, del contenido de los artículos 131.1, 139.2 y 138.2 de la Constitución.

b) Dicho principio es la garantía de que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores.

c) La unidad de mercado implica, al menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra, así como la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

d) La unidad de mercado no implica la uniformidad del mismo, toda vez que la existencia de entidades con autonomía política supone, necesariamente, una diversidad de regímenes jurídicos en el territorio nacional.

e) Los principios de unidad económica y diversidad jurídica han de compatibilizarse. Ello supone que la regulación autonómica que sea divergente estará justificada siempre que se produzca dentro ámbito competencial que le es propio, que las diferencias y peculiaridades resulten adecuadas y justificadas por el fin legítimo que persigan y, en cualquier caso, quede salvaguardada la igualdad básica de todos los ciudadanos del Estado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

f) La constitución atribuye al Estado el papel garante de la unidad, pero ello no implica que en uso de sus competencias pueda quebrantar la unidad de mercado.

Descendiendo al contenido del texto articulado, debe reconocerse que corresponde al ámbito de discrecionalidad del prelegislador la regulación de ciertos aspectos, tales como el expreso reconocimiento, en un texto con vocación de ley, de los principios que garantizan la libertad de establecimiento y circulación para los operadores económicos, el reforzamiento de la confianza mutua cooperación entre Administraciones públicas, y en general, aquellas medidas a cuyo través se pretende favorecer una menor intervención en la actividad de los operadores económicos ya citados, pues es al Gobierno a quien corresponde fijar las directrices de política económica, dentro del contexto de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que patrocina el artículo 38 de la Constitución y, a su vez, quien se constituye en garante de la unidad de mercado a que se ha hecho mención anteriormente.

Bajo la consideración de que el mercado interno no goza de la adecuada unidad, ya que la fragmentación es uno de los males que sobre el aquél se ciernen, el Anteproyecto apuesta por un modelo basado en la prevalencia de la normativa reguladora de la actividad concreta en el lugar de origen, es decir donde el operador económico se haya establecido, de manera que el cumplimiento de los requisitos contemplados en aquella normativa habilitará al operador económico para ejercer la actividad en todo el territorio, aunque no cumpla con los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

requisitos impuestos por la legislación del lugar de destino, es decir, donde la actividad económica va a desarrollarse.

El Capítulo V es fiel reflejo del aserto anterior. El artículo 19.1 prevé que *“Desde el momento que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio mediante establecimiento físico o sin el, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar”*. Si el proyectado mandato se coherente con lo previsto en el número 3, en cuya virtud *“Cuando conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes, distintos a los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno”*, fácilmente se deduce el verdadero alcance de la previsión.

La relevancia que se confiere a la normativa del lugar de origen es manifiesta, hasta el extremo de ser igualmente aplicable cuando aquella no imponga requisitos, controles, garantías o cualificaciones. Ello implica, por un lado, que la normativa propia del lugar de origen proyectará su eficacia más allá del límite territorial que le es propio (cuando ésta sea de naturaleza autonómica) y, además, se corra el riesgo de engendrar una situación de desigualdad que iría en detrimento de los operadores económicos radicados en el lugar de destino.

Tómese como ejemplo el siguiente supuesto: si en una Comunidad Autónoma los requisitos para ejercer una determinada



actividad económica son menores que los establecidos en aquella donde el operador económico pretende realizar una actividad productiva, al amparo de lo previsto en el artículo 19.3 la Comunidad Autónoma de destino tendría que asumir el ejercicio de esa actividad económica sin que el interesado cumpla con los requisitos previstos para su ámbito territorial y, sin embargo, dichos requisitos sí serían plenamente exigibles a los operadores económicos radicados en la propia Comunidad Autónoma. Al margen de la proyección de la normativa autonómica de origen más allá de su ámbito natural de aplicación, la desigualdad material entre operadores sería patente, en tanto que los que se ubican en el lugar de destino se verían obligados a cumplimentar unos requisitos que, sin embargo, no serían impondibles a los radicados en otros territorios cuyo grado de exigencia pudiera ser más laxo o, incluso, no contemplar requisito alguno.

Además, si se trae a colación la doctrina constitucional relativa al principio de unidad de mercado, fácilmente se constata que el reconocimiento de la diversidad normativa entre Comunidades Autónomas a que anteriormente se ha hecho alusión queda manifiestamente en entredicho, pues una normativa menos rígida o exigente para una determinada actividad económica, que puede tener su razón de ser en las peculiaridades propias del territorio en el que en principio ha de regir, se extrapolaría a otro ámbito territorial en el que, precisamente, las especificidades que le son propias pueden ser la causa de la implantación de un régimen jurídico más riguroso.

Cierto es que en el número cinco del artículo 20 se establece una serie de excepciones al principio de eficacia general, principalmente cuando las autorizaciones, declaraciones responsables y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

comunicaciones estén vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física –siempre que se contemplen requisitos ligados específicamente a una instalación o infraestructura-, cuando el acto administrativo esté relacionado con la ocupación de un determinado lugar, o cuando el número de operadores en un lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas. Sin embargo, no se escapa que los supuestos que pueden justificar la diversidad normativa conforme a la doctrina constitucional son potencialmente más amplios que los contemplados como excepciones al principio de eficacia general.

Lo dicho en relación con el principio de eficacia general sería extrapolable a algunos supuestos que, conforme al artículo 18, se considera que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir con los principios recogidos en el Capítulo II. Ninguna objeción cabe plantear respecto de los supuestos de discriminación a que se refiere el apartado a) del artículo 18.2, que ciertamente garantizan el principio de igualdad básica de todos los españoles que proclama el artículo 139.1 de la Constitución. Ahora bien, principalmente lo dispuesto en las letras b), c) y f) del citado artículo podría acarrear los mismos inconvenientes que se han detectado respecto del principio de eficacia en todo el territorio nacional, en tanto que participan de la misma filosofía.

Semejantes consideraciones merece el sistema de supervisión previsto en el artículo 21, en cuya virtud se confiere a las autoridades de origen una prevalencia manifiesta, hasta el extremo de poder sancionar comportamientos que se han desarrollado en el ámbito territorial de las autoridades de destino.



Por todo lo expuesto, se sugiere reflexionar sobre la conveniencia de introducir un modelo basado en las premisas anteriormente expuestas, habida cuenta que su compatibilización con el reconocimiento de la diversidad normativa en el marco de la unidad de mercado puede presentar dificultades importantes.

B) Hechas las anteriores consideraciones, procede abordar el aspecto nuclear del Anteproyecto, desde perspectiva propia de este Consejo, conforme a lo dispuesto en el artículo 108.1 e) de la LOPJ. Como ya se ha indicado en el apartado II de este informe, el artículo 27 y la Disposición Final primera son los preceptos que participan de una incuestionable naturaleza procesal. No obstante, dada la estrecha vinculación existente entre los artículos 26 y 27, el primero de ellos también será objeto de análisis.

El artículo 26 diseña un procedimiento cuya finalidad es la de procurar la satisfacción del operador económico que, ante la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante SCUM), presente una reclamación contra cualquier actuación administrativa que se considere contraria o incompatible con la libertad de establecimiento o circulación. La Exposición de Motivos refleja que mediante dicho procedimiento se instaura una alternativa al tradicional sistema de recursos, por la que el interesado puede optar. En propiedad, el procedimiento diseñado por el Anteproyecto no se configura como una alternativa a lo que se denomina tradicional sistema de recursos, sino como un modelo complementario a dicho sistema, habida cuenta que el artículo 26 establece que el plazo para interponer recurso administrativo quedará suspendido hasta que se produzca la inadmisión de la



reclamación formulada o, en su caso, la desestimación de la misma. En el apartado V de este informe se abundará sobre las diferentes cuestiones que suscita el procedimiento a que se ha hecho mención.

El artículo 27 regula la intervención, en sede Contencioso-administrativa, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC). Dicho organismo aún no ha sido creado, pues en el BOCG de fecha 20 de marzo del 2013 se publicó el informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de creación de la CNMC, que fue de conformidad con el texto remitido en su día por el Gobierno. Según reza el artículo dos del citado Proyecto de Ley, la CNMC está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado, estando sometida a control parlamentario y judicial. El apartado cuatro del artículo 5 dispone que *“En cumplimiento de sus funciones, la CNMC está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley de las que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados o la unidad de mercado en el territorio nacional”*. Como se observa, el último artículo transcrito concuerda con las funciones que el artículo 27 asigna a la CNMC. No obstante, debe dejarse constancia de los inconvenientes que suscita el hecho de regular el ejercicio de las funciones atribuidas a un organismo público que, a fecha de hoy, no sido creado.

Las reformas que se pretenden llevar a cabo en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

(en adelante LJCA), se circunscriben a los artículos 11.1, 110.1 y a la adición de un nuevo Capítulo IV del Título V, en el cual se introduce el denominado “Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado”, que incorpora los artículos 127 bis a 127 quater. En el siguiente apartado de este informe se llevará a cabo un detallado estudio sobre las innovaciones sistemáticas que acarrea la modificación proyectada.

Es indudable que las medidas que incorporan el artículo 27 y la Disposición final primera redundarán en beneficio de los operadores económicos que consideren lesionados sus derechos en materia de unidad de mercado, en tanto que dichos preceptos posibilitan que un organismo público pueda hacer valer su reclamación en sede Contencioso-administrativa, incluidos los daños y perjuicios derivados de la actuación administrativa objeto de impugnación, con el consiguiente ahorro de los gastos de postulación, asistencia letrada y del importe de las tasas, pues de litigar por cuenta propia deberían sufragar tales costes.

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que la definición de operador económico contenida en el Anexo (Cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España) permite que tanto pueda beneficiarse del modelo un trabajador autónomo o pequeño empresario, como una gran empresa multinacional cuyo volumen patrimonial le permitiría atender sin excesivo apremio los costes derivados del proceso. Por ello, debería reflexionarse sobre la conveniencia de aplicar incondicionalmente el sistema cualquier operador económico.

Por último, en este apartado también debe hacerse mención a la previsión estatuida en la Disposición adicional quinta, en cuya virtud se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reconoce la acción pública para exigir el cumplimiento de lo establecido en el Anteproyecto y en las disposiciones que se dicten en el desarrollo y ejecución de la misma para la defensa de la unidad de mercado, aspecto este que en el apartado V será tratado con más detalle.

V.

ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO Y DEMÁS DISPOSICIONES.

A) ARTICULO 26.

El número uno del artículo citado confiere a los operadores económicos la posibilidad de dirigir reclamación a la SCUM, a través de la ventanilla que al efecto se establezca, cuando aquéllos consideren que se han vulnerado sus derechos por alguna disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

La expresa referencia a la “vulneración de derechos” acota el círculo de interesados que pueden formular la reclamación, de manera que solamente los titulares de derechos a que se refiere el artículo 19.1 a), en su primer inciso, de la ley 30/1992 estarían legitimados para tal menester. Ello implica que quienes simplemente invoquen intereses legítimos, individuales o colectivos, o cualquier otro título de legitimación previsto en los números uno y dos de la citada Ley no podrían acceder al procedimiento establecido en el artículo 26.

El objeto de la reclamación son las disposiciones, actos, actuaciones, la inactividad o la vía de hecho de las Administraciones Públicas. El artículo 26 no alude específicamente a que la reclamación se deba dirigir contra alguna de las Administraciones Públicas. Sin



embargo, parece claro que ello es así, pues el objeto de la reclamación se incardina en un contexto netamente administrativo y, además, las referencias la autoridad competente contenidas en los números dos, tres, cuatro y cinco, sólo admite una única interpretación, que trae causa de la definición que de la autoridad competente se ofrece en el Anexo, a saber: *“Cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación, o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas, locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales”*.

Nada se dice en el Anteproyecto sobre si el acto administrativo que propicia la reclamación debe o no haber agotado la vía administrativa. Pese a la omisión de ese dato, todo apunta a que el acto administrativo a que se refiere el precepto no debe ser firme en dicha vía, pues si así fuera, salvo supuestos de revisión de oficio, revocación o interposición del recurso de revisión, el instrumento adecuado para su modificación es la interposición del recurso Contencioso- administrativo. Además, el número seis del artículo analizado corrobora esta interpretación, al disponer que el plazo para la interposición del recurso administrativo quede suspendido, desde la reclamación presentada ante la SCUM hasta que se produzca su inadmisión o eventual desestimación.

El número dos atañe a la denominada *“red de puntos de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias”*. Dicha red tiene por finalidad la defensa de los intereses del operador económico. Los puntos de contacto son los siguientes:

- a) La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- b) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).
- c) Cada departamento ministerial.
- d) La autoridad que designe cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de Autonomía.

La primera observación que cabe formular incide sobre la referencia a la defensa de los intereses del operador económico. Como ya se ha apuntado, la reclamación que el operador económico puede formular, conforme al artículo 26.1, trae causa de la eventual vulneración de sus derechos. Por ello, sería conveniente que en el número dos se sustituya el vocablo “intereses” por “derechos” de cara a uniformar la redacción empleada.

La segunda observación versa sobre la falta de identificación del ámbito competencial que, como punto de contacto, corresponde a cada uno de los organismos citados en los apartados a) hasta d). Nótese que en el número tres del artículo 26 se hace mención *“al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada”*, pero en el artículo 11, que desarrolla el régimen jurídico a la SCUM, nada se dice sobre el ámbito que corresponde a dicho organismo en su condición de punto de contacto. Otro tanto acontece con la CNMC, organismo que solamente es mencionado en el Capítulo VII del Anteproyecto, así como con los departamentos ministeriales y la autoridad designada por las Comunidades autónomas. Por ello, sería conveniente que el Anteproyecto delimitara la extensión competencial de cada uno de los organismos citados como punto de contacto, pues en los términos en que viene redactado el precepto no es posible determinar cuál de ellos corresponde a las respectivas autoridades competentes cuya actuación sea objeto de reclamación.



El número tres establece que *“La Secretaría revisará la reclamación para cerciorarse de que se trata de una actuación que es o puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación y la remitirá al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada.*

Asimismo, la reclamación será distribuida en todos los puntos de contacto, que podrán realizar las aportaciones que consideren oportunas. La Secretaría podría igualmente elaborar informes de valoración sobre las reclamaciones recibidas”. La principal problemática que suscita el precepto transcrito se circunscribe al primer inciso. Tal y como viene redactado sugiere que la reclamación presentada deberá ser remitida, en cualquier caso, al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada, fuera cual fuere la valoración que merezca respecto de su compatibilidad o incompatibilidad con la libertad de establecimiento o circulación. Esta interpretación no resulta de recibo, principalmente porque en el número seis se prevé la posible inadmisión de la reclamación. Por tanto, en sintonía con lo previsto en el artículo 27.3 -respecto de las solicitudes dirigidas a la CNMC de cara a la interposición del recurso Contencioso-administrativo- sería adecuado añadir que la SCUM resolverá en el plazo de cinco días sobre la admisión de la reclamación o, en su caso, la inadmisión de la misma por carecer de fundamento, añadido este que dotaría de mayor claridad al precepto.

En el segundo inciso del número tres y en el número cuatro del artículo analizado se regula la tramitación seguir. Tras la admisión a trámite de la reclamación, ésta se remitirá al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada y a los restantes puntos de contacto. Estos últimos podrán realizar las aportaciones que consideren oportunas, mientras que la SCUM elaborará los informes de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

valoración que estime oportunos. Transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente informará a la SCUM y a la red de puntos de contacto sobre las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación. La SCUM informará al operador sobre los resultados del proceso.

A la vista de lo expuesto todo apunta a que la finalidad perseguida por el prelegislador no es otra que la de procurar una solución al conflicto a través de la labor de mediación que ha de llevar a cabo el punto de contacto con la autoridad competente, todo ello sin perjuicio de la aportación común de los restantes puntos de contacto y de la SCUM. En cualquier caso, la decisión final corresponde a la autoridad competente es decir, aquélla que dictó la disposición o acto, o llevó a cabo la actuación inactividad o vía de hecho objeto de reclamación, pues ello es lo que prevé el número cinco del artículo.

El número cinco dispone que *“La contestación de la autoridad competente pondrá fin a la vía administrativa, pudiendo el operador dirigir su solicitud a la CNMC, conforme a lo establecido en el artículo siguiente”*. Por su parte, el número seis establece que *“El plazo para interponer el recurso administrativo procedente por parte de los operadores que hayan presentado su reclamación a la SCUM se suspende hasta que se produzca su inadmisión o eventual desestimación”*. Como se observa, el procedimiento regulado en el artículo 26 quedará finiquitado definitivamente con la contestación que formule la autoridad competente.

Tal y como ha sido redactado el precepto no se contempla -pese a ser perfectamente posible- la eventualidad de que la contestación de la autoridad competente sea favorable al operador, pues el segundo



inciso del artículo sólo prevé que el operador podrá dirigir su solicitud a la CNMC, a los efectos previstos en el artículo 27. Para los casos en que la respuesta fuera favorable al operador, se echa en falta la determinación del modo y forma en que la satisfacción del derecho del interesado puede materializarse, pues si bien no resulta problemático dilucidar ese aspecto en supuestos de inactividad o vía de hecho, sin embargo cuando la vulneración de la unidad de mercado derive de una disposición de carácter general o de un acto administrativo debería precisarse la forma en que cabe ofrecer una solución satisfactoria. Por ello, en este informe se apunta la necesidad de dotar de un mayor contenido al precepto analizado, al objeto de determinar el encaje de una posible asunción de la reclamación del interesado, por parte de la autoridad competente, en el contexto de la normativa vigente.

Otro aspecto a tratar versa sobre el segundo inciso del número cinco, cuyo contenido habilita al interesado a dirigir su solicitud a la CNMC tras la contestación de la autoridad competente. Dada la redacción del inciso cabría entender que, sin solución de continuidad, el operador económico cuyo derecho no haya sido reconocido podría reproducir su solicitud ante la CNMC. Sin embargo, la correcta exégesis de precepto no permite alcanzar esa conclusión, porque conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la LJCA sólo cabe interponer recurso Contencioso-administrativo contra los actos que agotan la vía administrativa. Obviamente, si el interesado no agota dicha vía, mediante la interposición del pertinente recurso, no resultará posible que la CNMC pueda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 27, interponer recurso Contencioso administrativo sobre la base de la solicitud formulada por el interesado. Por ello, con la finalidad de despejar cualquier duda al respecto, sería conveniente que se hiciera constar,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

expresamente, que la opción de dirigir la solicitud a la CNMC sólo será viable cuando la resolución que motivó la reclamación haya agotado la vía administrativa.

Tras la aclaración de ese extremo, lo dispuesto en el apartado número seis no plantearía dificultades interpretativas, pues mientras se sustancie el procedimiento previsto en los números anteriores quedará suspendido el plazo de interposición del recurso administrativo, hasta en tanto no se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación.

B) ARTICULO 27.

Según se establece en el número primero del artículo indicado, la CNMC está legitimada para interponer recurso Contencioso-administrativo frente a cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la unidad de mercado procedente de cualquier autoridad. Como ya se ha indicado en el apartado IV de este informe, el contenido de este precepto concuerda con lo previsto en el artículo 5 del Proyecto de Ley de la CNMC.

El número dos establece que *“La CNMC podrá actuar de oficio o a solicitud de los operadores económicos, y teniendo en cuenta el informe de la Secretaría del Consejo, sobre la reclamación, los operadores económicos podrán dirigir su solicitud a la CNMC antes de iniciar un procedimiento contencioso-administrativo”*. La solicitud a que se refiere el precepto es la misma que se contempla en el artículo 26.5, es decir la deducida por los operadores económicos cuando su reclamación haya sido desestimada por la autoridad competente, tras el desarrollo del procedimiento previsto en el artículo último citado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En una primera aproximación, cabría entender que los operadores económicos solamente podrán dirigir solicitud a la CNMC cuando previamente hubieran dirigido reclamación a la SCUM, a los efectos previstos en el artículo 26. Sin embargo, siendo éste un aspecto de interés, el texto sometido a informe debería evitar cualquier duda que al respecto pudiera plantarse y, en consecuencia, concretar si la viabilidad de la solicitud prevista en el artículo 27 se anuda a la reclamación previa ante la SCUM o, por el contrario, dicha solicitud es independiente del procedimiento regulado en el artículo 26.

Presentada la solicitud, la CNMC deberá resolver en el plazo de cinco días sobre la admisión o, en su caso, la inadmisión si la solicitud careciera de fundamento. Si se decantara por la admisión, la CNMC informará al operador de la interposición del recurso Contencioso-administrativo, cuya sustanciación tendrá lugar conforme al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la LJCA, incorporado por el Anteproyecto a través de la Disposición final primera.

Conforme a la legitimación que se atribuye a la CNMC, este organismo queda facultado para ejercer, en defensa de la unidad de mercado, la acción oficial en sede Contencioso-administrativa. Las posibilidades de ejercitar dicha acción son extremadamente amplias, pues incluye cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho, cualquiera que sea la autoridad administrativa titular del hecho impugnado.

Junto a la actuación para la estricta defensa de la legalidad, el prelegislador ha optado por compatibilizar dicho principio con la



salvaguardia del interés del operador económico, de manera que cuando la CNMC estime fundada la solicitud de aquél, deberá interponer recurso Contencioso-administrativo. Dicha afirmación se basa en la obligatoriedad de la interposición de dicho recurso cuando la solicitud del operador económico sea de recibo. Asimismo, tal afirmación se ve reforzada por la previsión contenida en el apartado 6 del artículo 127 ter de la LJCA (introducido por la Disposición adicional segunda), que dispone que la sentencia deberá recoger el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que la actuación administrativa haya originado al operador económico. Obviamente, la sentencia solamente podrá contemplar la condena a indemnizar daños y perjuicios si el operador económico solicita la reclamación de los mismos a la CNMC.

Sin embargo, el hecho de que el organismo último citado actúe en interés de los operadores económicos no impide que éstos puedan actuar en nombre propio y al margen de la actuación de la CNMC, pues como así lo prevé el número seis: *“El plazo para interponer un recurso Contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la CNMC se suspende hasta la inadmisión de la solicitud por parte de esta o hasta el fallo del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma”*.

Varias son las observaciones que la interposición del recurso Contencioso-administrativo en interés de los operadores económicos suscita. En primer lugar, debe hacerse notar que el artículo 27 confiere a estos últimos un tratamiento procesal privilegiado, puesto que ante una eventual desestimación total o parcial de sus pretensiones podrán deducir un nuevo recurso ante un órgano jurisdiccional que, conforme a las reglas competenciales recogidas en la LJCA, podría ser distinto de aquél que conoció del recurso interpuesto por la CNMC. Esta medida debería ser objeto de reflexión, pues mediante la posibilidad que



específicamente confiere el artículo 27.6 a los operadores económicos se evita que el proceso entablado por la CNMC puede alcanzar, tras agotar las diferentes instancias, la eficacia de cosa juzgada a que se refiere el artículo 222 de la LEC, cuya aplicación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha sido categóricamente reconocida por la doctrina jurisprudencial, con las especificidades propias de dicho orden (vide en tal sentido las SSTS de 27/4/2010, 18/3/2011 y 22/6/2011, entre otras). De ello deriva un efecto contrario para la seguridad jurídica, pues la finalidad primordial del instituto de la cosa juzgada consiste en *“(...)Evitar que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente, mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ya ha sido definido o determinado por la Jurisdicción y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias(...)”* (STS de 22 de junio del 2011, rec 2233/2007).

Junto a lo anteriormente expuesto, no cabe ignorar que el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo resuelve sobre la actuación de las Administraciones Públicas y los organismos y entidades vinculados o dependientes de las mismas, cuya actuación, por expreso mandato constitucional, debe estar presidida por la defensa de los intereses generales. Por ello, cualquier medida que pueda propiciar un alargamiento de las impugnaciones deducidas contra la actuación administrativa debería ser repensada, máxime si se tiene en cuenta la sobrecarga de asuntos que gravita sobre el orden jurisdiccional indicado. En atención a las anteriores consideraciones, este Consejo aboga por una modificación del número seis del artículo 27, de modo que cuando el recurso Contencioso-administrativo haya sido interpuesto por la CNMC, a solicitud del operador económico, esta posibilidad se configure como una verdadera vía alternativa, de manera que aquél no pueda deducir nuevo recurso contra la actuación administrativa que motivó su solicitud.



Al margen de la anterior observación, entendemos que la redacción dada al número seis es susceptible de mejora, en tanto que condiciona la suspensión del plazo para la interposición del recurso Contencioso-administrativo en nombre propio hasta que se produzca el fallo del recurso interpuesto por la CNMC. Tal expresión debería ser sustituida por otra más adecuada, cual es “hasta que el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la CNMC haya sido resuelto por sentencia firme”.

c) DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA.

Según tenor de la citada Disposición, *“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales el cumplimiento de lo establecido está la Ley, y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado”*. La acción pública en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo constituye una regla excepcional, que permite a cualquier ciudadano actuar en defensa de la legalidad, conforme a lo previsto en la letra h) del artículo 19.1 de la LJCA. El carácter excepcional de esa legitimación se infiere del propio texto del precepto último invocado, en tanto que requiere que una ley de carácter sustantivo así lo reconozca.

La acción popular ha sido reconocida con rango constitucional, en el artículo 125 de la Constitución, para el proceso penal; sin embargo, por ministerio de ley se ha extendido también al proceso Contencioso-administrativo, principalmente en materias tales como urbanismo (tanto la Ley del Suelo de 1956 como el vigente Texto Refundido aprobado por RD Leg 2/2008, de 20 de junio reconocen la acción popular en materia urbanística) Patrimonio Histórico-Artístico y protección del Medio



Ambiente. Aun cuando debe reconocerse el ámbito de discrecionalidad del prelegislador en esta materia, no debe pasar inadvertido que la legitimación conferida al CNMC, junto al diseño de un procedimiento especial que será de aplicación cuando dicho organismo interponga recurso Contencioso-administrativo, refuerzan notablemente las vías de tutela jurisdiccional de los derechos derivados de ese principio constitucional.

D) MODIFICACIONES DE LA LJCA.

La Disposición final primera incorpora una serie de modificaciones de la LJCA, cuyo estudio particularizado se realiza a continuación:

1.- Artículo 11.1.

Se añade una letra h) con el siguiente contenido: *“De los recursos interpuesto por la CNMC en defensa de la unidad de mercado”*. La adición enunciada supone atribuir a la Sala de la Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el conocimiento de todos los recursos entablados el citado organismo en cuestiones relativas a la unidad de mercado. Por diferentes motivos, que a continuación serán analizados, la medida proyectada supone una notable mutación de la sistemática seguida por la LJCA en materia competencial. En primer lugar, el supuesto incorporado por la letra h) al artículo 11.1 es el único caso en que la competencia objetiva del Tribunal no se fija en atención a la naturaleza del órgano autor del acto, disposición o actuación impugnada, o bien en función de la materia, sino en atención a la identidad del organismo que interpone el recurso (la CNMC). Ciertamente es que la materia objeto de recurso también es tomada en consideración (la defensa de la unidad de mercado), pero tal dato no es el que determina la atribución



competencial a favor de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, pues como queda dicho es imprescindible que quien deduzca recurso Contencioso-administrativo sea la CNMC.

Aun cuando ni la Exposición de Motivos ni la MAIN hacen mención a las razones por la que se pretende estatuir un fuero competencial tan extravagante a la sistemática hoy vigente, es probable que la voluntad del prelegislador sea la de favorecer la unificación de criterios en materia de unidad de mercado. Sin ignorar que la medida proyectada contribuirá a esa finalidad, debe advertirse que la previsión contenida en el número seis del artículo 27, ya cuestionada en un apartado anterior, puede empecer tal propósito, puesto que los operadores económicos cuyas pretensiones no sean satisfechas por la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, podrán volver a entablar recurso ante el órgano jurisdiccional que resulte competente, en función de criterios competenciales ordinarios de aplicación al caso. Tal circunstancia conlleva el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias en la materia, lo que puede producir un incremento de la interposición de recursos de casación para la unificación de doctrina, que como pone de relieve, entre otras, la STS de 29/10/2012 “(...) *Es un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir (...)*”.

2. Artículo 110.1

La modificación del precepto se circunscribe al primer párrafo, al único efecto de incluir la unidad de mercado dentro de las materias susceptibles de extender a terceros los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

una o varias personas. Esta medida pretende, al igual que otras analizadas con anterioridad, otorgar un mejor tratamiento procesal a los operadores económicos, para que en el contexto de propio de la ejecución de una sentencia puedan solicitar la extensión de los efectos de la misma, siempre que concurren los requisitos establecidos en el referido artículo 110 de la LJCA.

D) PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO.

El procedimiento especial regulado en el nuevo Capítulo IV del Título V se compone de los artículos 127 bis, cuyo contenido atañe a la delimitación del ámbito del citado procedimiento y el plazo para la interposición del recurso; el artículo 127 ter, que desglosa la tramitación a seguir hasta el dictado de sentencia, y el artículo 127 quarter, precepto en el que se establece un régimen jurídico singularizado en relación con las medidas cautelares. Las particularidades del procedimiento especial pueden compendiarse del siguiente modo:

a) El procedimiento especial sólo será aplicable cuando el recurso sea interpuesto por la CNMC.

b) El plazo de dos meses para interponer el recurso, cuando éste se interponga a solicitud del operador económico, se computará desde la presentación de la solicitud ante la CNMC.

c) Para la tramitación del procedimiento especial se han tomado como referentes principales las previsiones establecidas para el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Al igual que este último procedimiento, aquél tendrá carácter preferente a todos los efectos.

d) Expresamente se prevé que la sentencia deberá contemplar el resarcimiento de los daños y perjuicios incluido el lucro cesante, que la conducta objeto de impugnación haya causado al operador económico.

e) Para los supuestos en que no quepa ulterior recurso, se establece la posibilidad de dictar sentencia oral.

f) Se estatuye un particular régimen en materia de suspensión, conforme al cual será suficiente, para que se acuerde automáticamente, que dicha medida sea solicitada por la CNMC.

El número tres del artículo 127 bis establece, con carácter general, que el plazo de interposición del recurso Contencioso-administrativo por parte de la CNMC será de dos meses, conforme a lo previsto en el artículo 46 de la LJCA. Tal como viene redactado el primer inciso del precepto no queda claro si resulta de aplicación al caso lo previsto en los números uno, dos, tres y cuatro del citado artículo o, por el contrario, se habrá de atender exclusivamente a lo establecido en el número seis para los litigios entre Administraciones, dada la naturaleza administrativa de la CNMC. La duda que se ha puesto de relieve debería despejarse, de manera que resulte indubitado cuál es el régimen jurídico aplicable.

El segundo inciso del precepto viene referido al caso en que el recurso Contencioso-administrativo se haya entablado a solicitud de un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

operador económico. En esa circunstancia, el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la CNMC. Llegados a este punto, debe ponerse de manifiesto que el número dos del artículo 27 adolece una deficiente regulación, en tanto que no establece límite temporal alguno para la presentación de la solicitud ante la CNMC. Como la solicitud de interposición del recurso jurisdiccional, por parte del operador económico, no está sujeta a plazo, el límite para la interposición del citado recurso en interés de aquél queda absolutamente indeterminado, en tanto que no existe referente alguno a partir del cual computar el plazo de dos meses a que se refiere el precepto. La deficiencia detectada precisa de subsanación, a cuyo fin se propone la fijación de un plazo para formular solicitud de interposición del recurso Contencioso-administrativo que, a su vez, debería comenzar a contar desde que la pretensión del operador económico haya sido desestimada definitivamente en vía administrativa.

En otro orden de cosas cumple decir que el diseño de la tramitación del procedimiento estatuido por el Anteproyecto ha tenido en cuenta algunas de las disposiciones establecidas para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. De hecho, los números uno, dos, tres, cuatro y cinco del artículo 127 ter son trasunto de lo dispuesto en los artículos 116.1, 116.4, 118 (salvo el plazo para presentar demanda), 119 (excepto el plazo para deducir contestación) y 120, todos de la LJCA. Asimismo, en sintonía con lo previsto en el artículo 114.3 de la LJCA, el procedimiento especial que instaura el Anteproyecto tendrá, a todos los efectos, carácter preferente.

El número seis contempla una serie de previsiones en relación con el contenido del fallo. Concretamente, se indica que la sentencia



estimaré el recurso cuando la disposición, actuación, o acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la garantía de unidad de mercado. El contenido del citado mandato coincide en esencia con lo previsto, con carácter general, en el artículo 70.2 de la LJCA, si bien se omite la referencia a la desviación de poder como motivo de estimación del recurso que, sin embargo, el último precepto citado sí recoge. Ignoramos cuáles pueden ser las razones que han guiado al prelegislador a suprimir dicho inciso, sobre todo si tiene en cuenta que en el artículo 121.2, cuyo ámbito de aplicación es el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, también se prevé la estimación del recurso para los supuestos de desviación de poder.

En el segundo párrafo del citado número se dispone que la sentencia estimatoria deberá acordar, conforme a lo dispuesto en el artículo 71, la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios que la actuación administrativa haya irrogado al operador económico. De acuerdo al tenor del artículo 71.1 d) de la LJCA, para que la sentencia pueda acordar el resarcimiento de los daños y perjuicios será necesario que la CNMC haya formulado pretensión en tal sentido-.

El número seis admite la posibilidad de dictar sentencia de viva voz, siempre que no quepa ulterior recurso contra aquélla. El procedimiento comienza con una convocatoria a las partes para la celebración de una comparecencia, en la que el órgano jurisdiccional expondrá verbalmente los razonamientos, en que sustente su decisión y resolverá sobre los motivos que fundamenten el recurso y su oposición,



pronunciando finalmente el fallo. La ausencia de alguna o toda las partes no impedirá el dictado de la sentencia verbal.

Una vez recaído el fallo, el Secretario Judicial expedirá certificación que recoja todos los pronunciamientos, con expresa indicación de su firmeza y de la actuación administrativa a que se refiere la indicada certificación, que será registrada e incorporada al Libro de Sentencias, mientras que el soporte videográfico quedará unido al procedimiento. Lejos de merecer censura, la previsión estatuida por el prelegislador resulta plausible, si bien debería extenderse a todos los supuestos en que no quepa ulterior recurso alguno contra la sentencia

Pende por analizar el contenido del artículo 127 quater cuyo tenor literal es el siguiente:

1.- La CNMC podrá solicitar en su escrito de interposición la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia.

2.- Solicitada la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, la misma se producirá de forma automática, una vez admitido el recurso y sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse. La Administración cuya actuación se haya recurrido podrá solicitar el levantamiento de la suspensión en el plazo de tres meses desde su adopción, siempre que acredite que de su mantenimiento pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el tribunal ponderará en forma circunstanciada.

3.- La solicitud de cualquier otra medida cautelar se tramitará en la forma prevista en el Capítulo II del Título IV.

Para una mejor comprensión del alcance de la modificación que se pretende instaurar, a continuación se transcribe el contenido de los artículos 129 y 130 de la LJCA.



Artículo 129.

1. *Los interesados podrán solicitar cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.*

2. *Si se impugnare una disposición general y se solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en la demanda.*

Artículo 130.

1. *Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.*

2. *La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.*

Visto el contenido de los artículos transcritos, desde una perspectiva sistemática cumple decir que la única finalidad legítima que actualmente justifica la adopción de una medida cautelar, cualquiera que sea ésta, es el aseguramiento de la efectividad de la sentencia. Ahora bien, aunque la concurrencia del anterior requisito sea “conditio sine qua non”, no resulta suficiente para que la medida cautelar se acuerde, pues para ello es preciso que tal medida constituya la salvaguardia de la finalidad legítima del recurso y, de ahí que resulte necesario que el acto no se ejecute o la disposición de carácter general no se aplique. No obstante, pese a la concurrencia de los requisitos anteriores la medida cautelar puede ser denegada si su adopción conduce a una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, aspecto éste que deberá ser ponderado de forma circunstanciada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Diferentes resoluciones jurisdiccionales han perfilado el régimen jurídico de las medidas cautelares en el contexto del recurso Contencioso-administrativo. El fundamento jurídico sexto de la STS de fecha 19/1/2011 compendia las notas más características de la denominada justicia cautelar, en los siguientes términos:

“Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el art. 130 que: "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

El mencionado precepto supone la plasmación legal de una consolidada jurisprudencia del Tribunal supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional de la que consideramos relevante destacar algunos de los aspectos más significativos.

El máximo interprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148/93, 29 de abril, con cita de otras muchas), ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (STS de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, con cita de otros pronunciamientos anteriores).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Es constante el criterio de este Tribunal acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

Resulta innegable que no cabe pronunciarse sobre el fondo del asunto (Sentencias de 10 de octubre de 2003, recurso de casación 6025/2001 y de 30 de octubre de 2007, recurso 532/2007. En la misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril).

El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión sin que sea suficiente una mera invocación genérica (Auto de 7 de febrero de 2008, recurso 198/2007).

La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" (Sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede darse el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005).

Debe subrayarse que aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho el mismo fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de norma allí positivizada. Sin embargo, posteriormente se plasmará en la LEC 1/2000, cuyo artículo 728, reza "peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caucción".



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sobre tal criterio declara reiteradamente esta Sala que el principio de la apariencia de buen derecho ha de manejarse con mesura. Insiste en ello el Auto de 10 de julio de 2008, recurso de casación 292/2008, subrayando que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños y perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión.

Por ello constante jurisprudencia, (Auto de 27 de noviembre de 2006, recurso 53/2006), ha resuelto que sólo cabe considerar su alegación cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

Se ha dicho asimismo que es un criterio que debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto (STS 3 de julio de 2007, recurso de casación 10341/2004).

No todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar por cuanto deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados (Sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso de casación 3412/2000).

En cuanto a la ponderación de intereses se hace necesario una adecuada conjunción entre el interés público y el privado a la hora de resolver sobre la adopción de la medida cautelar con la necesaria exposición argumentativa acerca de la prevalencia de los intereses generales (STS de 5 de marzo de 2008, recurso casación 5555/2006), así como cuando hubiere intereses públicos confrontados (Sentencia de 3 de febrero de 2009, recurso casación 5125/200) resolviendo según el grado en que el interés público esté en juego, con especial mención a la finalización ejemplarizante y de prevención general de determinadas medidas como las multas (STS de 5 de marzo de 2008, recurso casación 2992/2006)”.

A la vista de la doctrina transcrita, es evidente que el contenido del artículo 127.2 trastoca sustancialmente el régimen jurídico general



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aplicable a las medidas cautelares pues, como fácilmente se colige, el cambio no implica una simple modulación de los requisitos exigidos para la suspensión del acto o disposición impugnada, sino que condiciona a la exclusiva voluntad de la CNMC la operatividad de la suspensión, habida cuenta que la simple solicitud por parte de dicho organismo determinará la adopción automática de tal medida, sin que en ese momento procesal pueda el Tribunal ponderar sobre su pertinencia.

Todo apunta a que el prelegislador ha pretendido conferir a la solicitud de la CNMC una extraordinaria eficacia sobre la base del “*fumus boni iuri*” -criterio cuya aplicación en sede Contencioso-administrativa tiene una eficacia limitada- que implícitamente atribuye a la petición del citado organismo, el cual ni siquiera está obligado a realizar un mínimo esfuerzo dialéctico para justificar la pertinencia y procedencia de la suspensión. Tal medida, insistimos, altera sustancialmente el principio de ejecutoriedad reconocido en el artículo 34 de la ley 30/1992 (para los actos de las Administraciones Públicas), así como el de la eficacia de las normas jurídicas tras su publicación.

No obstante lo dicho, la suspensión automática a que se refiere el precepto puede ser enervada siempre que dentro del plazo de tres meses a contar desde su adopción, la Administración cuya actuación se haya recurrido solicite el levantamiento y acredite que el mantenimiento de aquélla daría lugar a una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el tribunal ponderará de forma circunstanciada.

Analizado en su conjunto, el precepto dispensa a la parte recurrente de justificar la necesidad y adecuación de la medida cautelar,



razón por lo cual a la Administración cuya actuación haya sido impugnada tampoco se le permite cuestionar la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 129.1 y 130.1 de la LJCA, pues solamente podrá oponer, como motivo para el levantamiento de la suspensión, las circunstancias enunciadas en el artículo 130.2 de la LJCA, que se transponen al artículo 127 quater. A la vista de lo expuesto, se aconseja eliminar el automatismo previsto en el Anteproyecto, que de modo tan radical altera el régimen jurídico vigente en materia de suspensión, a fin de que sea el órgano judicial quien resuelva efectivamente sobre la procedencia de adoptar tal medida.

Desde otra perspectiva, también debe indicarse que la regulación que ofrece el Anteproyecto deja algunos interrogantes sin respuesta. Dice el número uno del artículo 127 quater que la CNMC podrá solicitar en su escrito de interposición la suspensión de la disposición, acto o resolución. Por otra parte, el 129.1 de la LJCA habilita a los interesados a solicitar las medidas cautelares en cualquier estado del procedimiento. A la vista del contenido de ambos preceptos, cabe plantearse si la fijación de un régimen específico para la suspensión por parte del Anteproyecto implica que con posterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso la CNMC ya no podría solicitar dicha medida o, por el contrario, sí estaría facultada para ello en base a lo previsto en el artículo 127.3 quater (*la solicitud de cualquier otra medida cautelar se tramitará en la forma prevista en el capítulo II del título VI*) y a lo establecido en el número 8 del artículo 127 ter (*El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, en lo no dispuesto en este Capítulo, se regirá por las normas generales de la presente Ley*). Las dudas que se han puesto de manifiesto no son fáciles de despejar y, por ello, se sugiere una expresa aclaración en el texto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

También debe indicarse que el Anteproyecto no establece trámite alguno para sustanciar la solicitud para el levantamiento de la suspensión. Adviértase que el artículo 131 la LJCA está previsto para la eventual estimación o desestimación de la medida cautelar, mas no para el levantamiento de la misma tras su adopción automática. Esta consideración lleva a poner de relieve la conveniencia de regular ese aspecto.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Conforme a la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, el principio de unidad de mercado es corolario del orden económico único que debe regir en todo el Estado. Dicho principio garantiza que el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores en materia económica, que puedan obstaculizar la libertad de circulación de bienes, capitales, servicios y mano de obra, así como la igualdad básica en el ejercicio de la actividad económica.

No obstante, igualdad de mercado no equivale a la uniformidad del mismo; de ahí que la compatibilidad entre los principios de unidad económica y diversidad jurídica justifique que la normativa autonómica pueda establecer regulaciones singularizadas en aquella materia, siempre que éstas no excedan de su ámbito competencial, resulten adecuadas a la finalidad legítima perseguida y, en todo caso, quede salvaguardada la igualdad básica de todos los ciudadanos y la libre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

circulación de bienes y personas a que se refiere el artículo 139.2 de la Constitución.

SEGUNDA.- La regulación que ofrece el Anteproyecto sobre el principio de eficacia general en todo el territorio nacional (artículos 19 y 20), las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y libertad de circulación (principalmente los apartados b, c y f del artículo 18.2) y en materia de supervisión de los operadores económicos (artículo 21), confiere un posición manifiestamente prevalente a la normativa y autoridades del lugar de origen, es decir del territorio donde el operador económico se haya establecido, en detrimento de la regulación propia y de las Administraciones públicas del lugar donde se va a desarrollar la actividad económica (lugar de destino).

Este modelo implica que la normativa del lugar de origen se proyectará más allá del ámbito territorial que le es propio. Además, puede dar lugar a situaciones de desigualdad material entre operadores económicos que realicen una determinada actividad en un mismo territorio, pues mientras quienes se hayan establecido en un lugar de origen distinto del de destino quedarán sujetos al régimen jurídico del lugar de procedencia – que puede ser menos severo que el del lugar de destino-, mientras que para aquellos operadores para los que el lugar de origen y destino sea coincidente, necesariamente quedaran sujetos al único régimen jurídico que les es aplicable.

A la vista de lo expuesto, se estima que de mantenerse la proyectada regulación, la compatibilización entre el principio de unidad económica y la diversidad normativa a que hace referencia la doctrina constitucional puede quedar en entredicho.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

TERCERA.- Según establece el artículo 27.5 del Anteproyecto, el plazo para interponer recurso Contencioso- administrativo ordinario por parte de los operadores económicos que hayan presentado solicitud a la CNMC se suspenderá hasta la inadmisión de dicha solicitud, por parte de la CNMC, o hasta el fallo del recurso Contencioso-administrativo interpuesto por el citado organismo. Tal previsión supone que el operador económico puede plantear en nombre propio un recurso Contencioso-administrativo, ante una eventual desestimación, total o parcial, de la pretensión hecha valer por la CNMC en su interés. Este modelo comporta serios inconvenientes, pues produce demora en la resolución definitiva del conflicto en sede judicial, potencia el incremento de la litigiosidad en un orden jurisdiccional de por sí muy saturado y, sobre todo, comporta el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales dispares, habida cuenta que el órgano encargado de conocer del recurso interpuesto por el particular no tiene por qué coincidir con el que hubiera conocido de la impugnación deducida por la CNMC.

Por ello, sería conveniente que la interposición del recurso Contencioso-administrativo que traiga causa de la solicitud del operador económico, se configurase como una verdadera vía alternativa al sistema tradicional, de manera que una vez deducido por la CNMC y resuelto por el órgano jurisdiccional, quedara vedada la interposición de un nuevo recurso por parte de aquél.

CUARTA.- El artículo 127 bis.2 de la LJCA (introducido por el Anteproyecto) establece que cuando el recurso Contencioso-administrativo se interponga a solicitud del operador económico, el plazo de dos meses previsto para la interposición del citado recurso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

comenzará a contar desde la presentación de la solicitud ante la CNMC. Dado que en el artículo 27 no establece un plazo para la presentación de la solicitud ante el indicado organismo, el “dies a quo” queda absolutamente indeterminado.

Tal deficiencia debería ser subsanada, a cuyo fin se propone establecer un plazo límite para que el operador económico pueda dirigir su solicitud a la CNMC que, a su vez, debería computarse desde que la pretensión de aquél haya sido desestimada definitivamente en vía administrativa.

QUINTA.- El artículo 127.6 ter de la LJCA (introducido por el Anteproyecto) establece una previsión específica para el dictado de sentencias de viva voz, para los supuestos en que no quepa ulterior recurso contra aquéllas.

El procedimiento comienza con una convocatoria a las partes para la celebración de una comparecencia, en la que el órgano jurisdiccional expondrá verbalmente los razonamientos, en que sustente su decisión y resolverá sobre los motivos que fundamenten el recurso y su oposición, pronunciando finalmente el fallo. La ausencia de alguna o toda las partes no impedirá el dictado de la sentencia verbal.

Una vez recaído el fallo, el Secretario Judicial expedirá certificación que recoja todos los pronunciamientos, con expresa indicación de su firmeza y de la actuación administrativa a que se refiere la indicada certificación, que será registrada e incorporada al Libro de Sentencias, mientras que el soporte videográfico quedará unido al procedimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La previsión estatuida por el prelegislador resulta plausible, si bien debería extenderse, con carácter general, a todos los supuestos en que no quepa ulterior recurso contra la sentencia.

SEXTA.- El artículo 127 quater de la LJCA (introducido por el Anteproyecto) dispone que La CNMC podrá solicitar, en su escrito de interposición, la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia. Solicitada la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, la misma se producirá de forma automática, una vez admitido el recurso y sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse.

Esta previsión trastoca sustancialmente el régimen jurídico general aplicable a las medidas cautelares pues la modificación proyectada no implica una simple modulación de los requisitos exigidos para la suspensión del acto o disposición impugnada, sino que condiciona a la exclusiva voluntad de la CNMC la operatividad de la suspensión, habida cuenta que la mera solicitud por parte de dicho organismo determinará la adopción automática de tal medida, sin que en ese momento procesal pueda el Tribunal ponderar sobre su pertinencia. Además, el régimen jurídico que se pretende establecer altera sustancialmente el principio de ejecutoriedad reconocido en el artículo 34 de la ley 30/1992 (para los actos de las Administraciones Públicas), así como el de la eficacia de las normas jurídicas tras su publicación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A la vista de lo expuesto, se aconseja eliminar el automatismo previsto en el Anteproyecto, que de modo tan radical altera el régimen jurídico vigente en materia de suspensión, a fin de que sea el órgano judicial quien resuelva efectivamente sobre la procedencia de adoptar tal medida, conforme al régimen ordinario previsto en el artículo 130 de la LJCA.

Es todo cuanto tiene que informar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a once de abril de dos mil trece.