

Mecanismos de protección de la unidad de mercado: análisis de su aplicación práctica

Protection mechanisms of the market unity: analysis of their practical application

Berta MARTÍN JIMÉNEZ

Universidad de Alcalá (España)

bertacomplu@gmail.com

Recepción: Julio 2020

Aceptación: Septiembre 2020

RESUMEN

Este trabajo analiza los mecanismos de protección de los operadores económicos, así como los principios generales en el ámbito de la libertad de establecimiento y de circulación establecidos en el Derecho de la Unión Europea y que recoge la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. En concreto, examina los procedimientos que establecen una alternativa a los recursos en vía administrativa ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado y las novedades que la Ley de Garantía de Unidad de Mercado introduce en relación con estos mecanismos. Todo ello haciendo una sistematización de los informes emitidos por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado y de las sentencias dictadas por los tribunales.

Palabras clave: mecanismos de protección, principios generales, unidad de mercado.

Clasificación JEL: K21.

ABSTRACT

This work analyses the protection mechanisms of economic operators as well as the general principles in the field of freedom of establishment and movement established in the Law of the European Unión and contained in Law 20/2013, of December 9th, Guarantee of the Market Unity. Specifically, it examines the procedures that establish an alternative to administrative appeals before the Secretariat of the Council for the Market Unity and the novelties that the Market Unity Guarantee Law introduces in relation to these mechanisms. The essay also contains a systematization of the reports issued by the Secretariat of the Council for the Market Unity and the judgments issued so far by the National High Court.

Keywords: protection mechanisms, general principles, market unity.



1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo se centra en analizar la aplicación práctica de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM), en concreto el funcionamiento de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, SCUM), haciendo una sistematización de los informes emitidos por la SCUM y de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional.

Para ello, se van a exponer los principios generales necesarios que contempla la LGUM derivados del Derecho de la Unión Europea para garantizar la unidad de mercado a través del análisis de los informes emitidos por la SCUM, para poder entender cómo funciona su aplicación en la práctica y cómo son interpretados por la SCUM. Además, se realizará una comparativa entre la interpretación que la SCUM viene haciendo de tales principios y los pronunciamientos de los tribunales sobre estos casos.

45

2. FINES Y FUNDAMENTOS DE LA LGUM

La LGUM se dictó con la finalidad de asegurar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional, aplicando así el Derecho de la Unión Europea. Según se indica en el preámbulo de la citada norma, el logro de estos objetivos pasaría por garantizar la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad lo obstaculice directa o indirectamente, y en igualdad de condiciones en el ejercicio de la actividad económica.

Además, la LGUM pretende que todas las comunidades autónomas y entidades locales estén sujetas a los mismos estándares y así facilitar a los operadores económicos la libertad de establecimiento y de circulación por el territorio nacional. Pues una de las principales dificultades a las que se enfrenta la unidad de mercado es la división de España en comunidades autónomas, que ha producido una fuerte diversidad normativa. Como consecuencia de ello se han ido creando obstáculos progresivos a la libertad de establecimiento y de circulación¹.

El fundamento constitucional que avala la aprobación de la LGUM viene señalado en el comienzo de su propio preámbulo, al establecer que el principio de unidad de mercado tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución Española (en adelante, CE) en relación con la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE (párrafo decimotercero, apartado I, del Preámbulo).

Sin embargo, la CE no hace referencia al principio de unidad de mercado como hoy se entiende, sino que la definición de este principio ha sido perfilada por el TC. Como señala GONZÁLEZ RÍOS, I, para el TC la unidad de mercado está formada por el principio de territorialidad (artículo 139.1 de la CE), que obliga a las autoridades públicas a no obstaculizar la libre circulación y establecimiento, esto nos lleva a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, en conjunción con la competencia estatal para garantizar las condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica (artículo 149.1.1 de la CE)².

No obstante, el TC también ha señalado que la unidad de mercado debe ser compatible con el principio de autonomía, es decir, deben ser respetadas las competencias que tienen reconocidas las comunidades autónomas. Todo ello tiene su reflejo en el primer pronunciamiento que hizo sobre esta materia el TC en su sentencia núm. 37/1981, de 16 de noviembre: *“La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación”*³.

46

Por su parte, la STC núm. 64/1990, de 5 de abril señala que la unidad de mercado es compatible con el sistema autonómico, siempre que las disposiciones que dicten las autoridades competentes sean proporcionadas para los fines que persiguen y no creen obstáculos innecesarios. Esta idea es la que ha motivado la configuración del principio de necesidad y proporcionalidad en la LGUM como luego se verá. Más recientemente, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse también sobre estas cuestiones, reiterando la misma doctrina en las SSTC núm. 210/2012, de 4 de noviembre; 34/2013, de 14 de febrero; 96/2013, de 23 de abril. Esta doctrina tan consolidada del TC es la que ha fundamentado la estimación parcial de los recursos de inconstitucionalidad contra la LGUM promovidos por el Parlamento de Cataluña, por el Gobierno de Cataluña y por el Consejo de Gobierno de Andalucía⁴.

A su vez, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios), ha sido traspuesta a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (en adelante, Ley 17/2009) y, como complemento, se aprobó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (conocida como la Ley Ómnibus). Estas leyes sientan un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que el legislador ha considerado que debía extenderse a todas las actividades económicas⁵.



3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LGUM

Este epígrafe analiza los principios en que, según la LGUM, se descompone la unidad de mercado. Para examinar cada uno de los principios se analiza su formulación en la propia ley y, seguidamente, se sistematizan los informes de la SCUM y, en su caso, de los pronunciamientos judiciales sobre los mismos.

Estos principios constituyen una obligación para las Administraciones públicas, los cuales deben ser respetados por las autoridades competentes a la hora de ejercer sus competencias normativas y de dictar actuaciones administrativas⁶. Estos principios se concretan en los siguientes: no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad, eficacia en todo el territorio nacional, simplificación de cargas y transparencia.

3.1 Principio de no discriminación

47

3.1.1 Igualdad de trato ante situaciones idénticas

El principio de no discriminación se encuentra regulado en el artículo 3 de la LGUM y, en su virtud, todos los operadores económicos tienen los mismos derechos en todo el territorio nacional independientemente de su lugar de establecimiento o residencia, regla que se impone respecto de las disposiciones de carácter general o las actuaciones administrativas.

A los efectos de la LGUM, el principio de no discriminación debe evaluarse con relación a los operadores económicos en el acceso y ejercicio de actividades económicas. Es decir, tiene un contenido propio, solo se considera que una disposición de carácter general o actuación administrativa son contrarias al principio de no discriminación si implican un trato diferenciado por razón del lugar de residencia o establecimiento. Si bien este principio no impide que ciertas regulaciones o actuaciones puedan otorgar un trato diferencial a los operadores basado en criterios distintos de la residencia o lugar de establecimiento, siempre que esta medida se ajuste a los criterios de necesidad y proporcionalidad⁷.

Con respecto a la aplicación práctica de este principio, cabe destacar el informe final de la SCUM núm. 26.34 de 12 de junio de 2015. Que tiene su origen en la reclamación presentada por una empresa ante la SCUM, por la denegación de una autorización comercial para la instalación en las Islas Baleares de un gran establecimiento, basado en que el terreno donde se pretendía ubicar el centro no tenía la condición de solar. La empresa alegó, entre otras cuestiones, la vulneración del principio de no discriminación del artículo 3 de la LGUM, puesto que la autoridad balear había otorgado una

autorización comercial a otra empresa para construir un centro comercial cuando el terreno tampoco reunía las condiciones necesarias. La SCUM entró a valorar si fue un caso de discriminación, centrándose en los principios de necesidad y proporcionalidad y simplificación de las cargas, indicando que el marco regulatorio de aplicación debe garantizar que las intervenciones de las administraciones públicas no sean contrarias a estos principios.

No obstante, después de que la SCUM emitiera el informe final, la CNMC interpuso una reclamación contencioso-administrativa ante la AN por el procedimiento previsto en el artículo 27 de la LGUM. En esta ocasión, la CNMC centra su recurso en la existencia de un trato discriminatorio contrario al artículo 3 de la LGUM, además de en los principios mencionados en el párrafo anterior. La AN desestima todas las pretensiones de la CNMC, incluida la vulneración del principio de no discriminación del artículo 3 de la LGUM. La AN llega a esta conclusión tras analizar la doctrina del Tribunal Supremo (en adelante, TS) sobre el juicio de igualdad, debido a que las invocadas no eran situaciones idénticas⁸.

48

En cambio, lo que se desprende de la argumentación de la CNMC, es que, a pesar de no ser situaciones idénticas, se ha vulnerado el principio de no discriminación al conceder la autoridad competente una autorización para la construcción de un gran establecimiento comercial en unos terrenos en los que tampoco estaría permitido construir. No obstante, en su reclamación, la CNMC no motiva la existencia de vulneración del principio de no discriminación por parte de la autoridad competente, pues la LGUM dispone que para que una actuación administrativa resulte discriminatoria tiene que existir un trato diferenciado únicamente por razón del lugar de residencia o establecimiento. Aquí podemos apreciar que la CNMC no ha realizado una interpretación de acuerdo con la LGUM.

En relación con este principio, el artículo 18.2.a) de la LGUM enumera algunas actuaciones discriminatorias que se consideran limitativas del libre establecimiento y la libre circulación y que, por tanto, tienen la consideración de requisitos prohibidos. No obstante, no puede constituir una lista cerrada, sino que proporciona algunos ejemplos que manifiestamente vulneran la garantía de la unidad de mercado. A continuación, se enumeran los cinco supuestos que regula la LGUM y se expondrán con una breve descripción de casos resueltos por la SCUM.

3.1.2 La exigencia de que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio

Sobre esta cuestión versan los informes finales elaborados por la SCUM núm. 28.06 de 5 de junio de 2014 y núm. 28.36 de 4 de febrero de 2015. El primer informe trae causa de una comunicación presentada por una asociación contra la Instrucción de 5 de junio de 2013 de las Consejerías de Sanidad y Economía y Empleo de la Comunidad Autónoma



de Castilla y León. Conforme a ella, para que un Servicio de Prevención Ajeno en la especialidad de medicina pueda acreditarse en la Comunidad de Castilla y León deberá tener, como mínimo, una Unidad Básica de Salud en el territorio de esa Comunidad. Frente a ello, la SCUM concluyó que los requisitos que establecía la Comunidad Autónoma de Castilla y León eran contrarios al artículo 18.2 a) 1º, por introducir requisitos discriminatorios para el acceso al ejercicio de prestación de Servicios de Prevención Ajenos, al exigir que se dispusiera de un establecimiento en el territorio de esa Comunidad. La SCUM llega a esta conclusión sin motivar su decisión, simplemente afirmando que es de aplicación este artículo.

El segundo informe también tiene su origen en una comunicación presentada por una asociación, relativa al cumplimiento los requisitos establecidos en el Decreto 72/2014, de 23 de julio, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, que establece, entre otros requisitos, limitaciones de los lugares en los que las unidades de Prevención de Riesgos Laborales pueden prestar su actividad.

En este caso la SCUM concluyó que los requisitos impuestos por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias podrían resultar contrarios al artículo 3 de la LGUM, puesto que los operadores que estuvieran instalados en esa Comunidad Autónoma se verían claramente privilegiados frente a los operadores instalados en el resto del territorio. En este caso cabe destacar que la SCUM no aplica el artículo 18.2 a) 1º de la LGUM como en el caso expuesto al principio de este apartado, aunque la justificación que aporta la SCUM para aplicar el principio de no discriminación encaje en el mismo.

49

Después de que la SCUM emitiera estos dos informes, la CNMC, a través del mecanismo contemplado en el artículo 27 de la LGUM, interpuso dos recursos contencioso-administrativos ante la AN contra el Principado de Asturias y la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En los que indicaba que la competencia en materia de prevención de riesgos laborales era estatal y que no debía aplicarse la normativa de las Comunidades Autónomas. Por su parte la AN consideró en sus sentencias que, si las Comunidades Autónomas habían dictado una normativa para la que carecen de habilitación suficiente y por ello invadían las competencias del Estado, ante dicha disputa, los mecanismos y principios de la LGUM no eran aplicables al presente caso, por esta razón, la AN desestimó ambos recursos y no entró a valorar el fondo del asunto, puesto que consideró que no era competente para realizar ningún pronunciamiento sobre a quién le correspondía la titularidad de la competencia para legislar⁹.

3.1.3 La exigencia de que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en el territorio

Este requisito está regulado en el artículo 18.2 a) 2º de la LGUM. Este precepto se ha aplicado cuando las autoridades competentes exigían a los operadores económicos que

tuvieran su domicilio social en el lugar donde pretendían realizar su actividad o donde iban a hacer uso de sus instalaciones. Es el supuesto que origina dos informes finales elaborados por la SCUM, el núm. 28.18 de 19 de septiembre de 2014 y el núm. 28.58 de 28 de enero de 2016.

Ambos informes traen causa de dos comunicaciones presentadas por empresas funerarias de ámbito nacional, en las que informaban a la SCUM de que los prestadores funerarios que no dispusieran de instalaciones funerarias en una localidad no podían prestar el servicio en la misma, ya que no se les daba acceso a las instalaciones públicas allí situadas. Estos casos concretos eran de la Comunidad Autónoma de Madrid, de Aragón y de Andalucía, aunque los informes señalan que esta situación se daba en todo el país. En ambos informes la SCUM considera que: *“La negativa de la empresa municipal a atender determinadas solicitudes de servicios presentadas por funerarias radicadas fuera del municipio, parece infringir los principios de no discriminación (artículos 3 y 18 de la LGUM)”*.

3.1.4 La exigencia de que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio

50

Sobre este supuesto la SCUM se ha pronunciado en múltiples ocasiones, pero cabe destacar dos casos relativos a los Centros de Formación y Empleo en la Comunidad Valenciana. En concreto se reclamaba frente a la exigencia de que los centros y entidades de formación se encontraran inscritos en el Registro de centros y entidades de formación para impartir formación profesional para el empleo de la Comunidad Valenciana¹⁰.

La SCUM considera que el requisito que establece la Comunidad Valenciana es contrario al artículo 18.2 a) 2º de la LGUM, pero no motiva su decisión, se limita a copiar directamente el artículo y a indicar que se ha vulnerado el mismo.

3.1.5 La exigencia de que el personal o los propietarios de la empresa residan en el territorio

Con relación a este supuesto prohibido por la LGUM, se puede destacar el informe final de la SCUM núm. 28.33 de 18 de diciembre de 2014, ya que un particular comunicó a la SCUM la existencia de un obstáculo al libre acceso en el sector del autotaxi de Madrid en el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo y en la Ordenanza del Taxi de la ciudad de Madrid y su área de prestación conjunta, consistente en que para conseguir el otorgamiento de autorizaciones o licencias de autotaxi uno de los requisitos que existían era que el solicitante estuviera domiciliado en Madrid.

La SCUM considera que el requisito de domiciliación puede constituir un requisito contrario a los artículos 3.2. y 18.2 a) de la LGUM, pero no motiva esta afirmación.



3.1.6 *La exigencia de que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente*¹¹

A pesar de que la mayoría de los informes finales emitidos por la SCUM sobre este supuesto se centran en los centros de formación para el empleo, resulta interesante destacar un caso relativo a actividades profesionales, en el cual un particular presentó una reclamación ante la SCUM contra una resolución denegatoria de la expedición de la Libreta de Actividades Subacuáticas de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat Valenciana. La resolución reclamada deniega la convalidación de un módulo formativo homologado realizado por el interesado en la Región de Murcia con el título de buceador Profesional Básico de la Comunidad Valenciana¹².

Aunque este caso encaja en los supuestos del artículo 18.2 a) de la LGUM, que enumera las prácticas consideradas discriminatorias, y de la lectura del informe final de la SCUM se entiende que puede existir una posible discriminación del operador económico por el lugar de residencia, la SCUM no aplica este precepto, sino que entiende que se han visto vulnerados el principio de cooperación y confianza mutua y el principio de necesidad y proporcionalidad, pero no argumenta su postura ni establece un criterio interpretativo.

51

3.2 Principio de cooperación y confianza mutua

El principio de cooperación y confianza mutua, a que se acaba de hacer referencia, está regulado en el artículo 4 de la LGUM en relación con el artículo 12 de la misma ley, donde establece que se tiene que respetar el ejercicio legítimo de sus competencias por otras autoridades, ponderando en el ejercicio de las mismas la totalidad de intereses públicos implicados, respetando la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio nacional.

Para ello los artículos 10 a 15 y artículos 21 a 25 de la LGUM prevén una serie de instrumentos específicos de cooperación que buscan garantizar la aplicación de los principios y la supervisión adecuada de los operadores económicos. Someramente se pueden resumir en: cooperación orgánica, que se articula mediante el Consejo para la Unidad de Mercado, la SCUM y las Conferencias Sectoriales, cuya finalidad es la elaboración de un informe con los análisis que realicen sobre la adecuación de la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, con la unidad de mercado; intercambio de información de proyectos normativos, para la detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado y la cooperación en el ejercicio de funciones de supervisión, consistente en un sistema de intercambio de información¹³.

Un ejemplo ilustrativo de la aplicación de este principio es el informe final de la SCUM núm. 28.05 de 4 de junio de 2014, que tiene su origen en la comunicación presentada ante la SCUM por una cadena hotelera, con sede en otro país europeo, por la falta de homogeneidad de los criterios de clasificación hotelera entre Comunidades Autónomas,

dificultando el establecimiento de su modelo de negocio en España. El informe final aporta información sobre las acciones que están emprendiendo el Estado y las Comunidades Autónomas, en concreto el Plan Nacional Integral de Turismo 2012-2015 (PNIT). Además, añade la SCUM que esta cooperación entre Administraciones públicas se ha visto impulsada tras la aprobación de la LGUM.

En el mismo sentido cabe destacar el informe final de la SCUM núm. 28.26 de 29 de octubre de 2014, que tiene su origen en la comunicación que realizó un empresario ante la SCUM, por la diferente regulación autonómica en cuanto a las características formales de los carteles para la señalización de la prohibición de fumar, que obliga a las empresas que operan y tienen establecimientos de uso público en más de una Comunidad Autónoma, a proveerse de diferentes tipos de carteles en función del territorio en el que estén ubicados dichos establecimientos.

La SCUM ofrece un pronunciamiento paradójico, por una parte, considera que en este caso podría resultar de aplicación el artículo 4 en relación con el artículo 12 de la LGUM sobre cooperación en el marco de las conferencias sectoriales, pero indica en el informe que las diferencias entre comunidades autónomas sobre los formatos de la señalización de la prohibición de fumar no pueden ser considerados directamente contrarios a ninguna disposición concreta de la LGUM, debido a que estrictamente no es un impedimento para la libertad de establecimiento y/o de circulación. No obstante, por otro lado, entiende que los formatos de señalización están siempre vinculados a un determinado establecimiento físico y que, por ello, puede entenderse como un requisito de ejercicio de la actividad vinculada a la protección del consumidor y que, por esta razón, era aplicable el principio de cooperación¹⁴.

3.3 Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes

Este principio se encuentra formulado en el artículo 5 de la LGUM. Según la SCUM en su *Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado*, este principio debe ser entendido en el sentido de que la libertad en el ejercicio de actividades económicas supone que la intervención de las autoridades competentes en el ejercicio de esas actividades debe ser la excepción. La intervención deberá estar fundamentada en razones que la justifiquen y que, además, guarden la debida proporción. En definitiva, cualquier límite o restricción que imponga cualquier autoridad competente a una actividad económica o a su ejercicio debe respetar el principio de necesidad y proporcionalidad¹⁵.

En el mismo sentido se pronuncia la SCUM en su informe final núm. 26.24 de 17 de junio de 2015 en la página 5, cuando señala que el principio de necesidad y proporcionalidad exige *“una relación causal clara entre el medio de intervención propuesto y el interés general que se defiende (necesidad), que la intensidad de la*



intervención se ajusta a lo necesario para la consecución del objetivo perseguido (proporcionalidad), y que se ha optado en todo caso por la alternativa menos restrictiva a disposición del regulador”¹⁶.

Pues bien, las únicas razones que pueden justificar un límite a una actividad económica solo pueden ser las razones imperiosas de interés general que están definidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, ya que así lo establece el propio artículo 5.1 de la LGUM. Así lo ha confirmado el TS en su sentencia núm. 921/2018, de 4 de junio: “Así pues, conviene precisar que las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la imposición de limitaciones a una actividad económica según la LGUM no son exclusivamente las enumeradas en el artículo 17.1.a) LGUM (orden público, seguridad pública, salud pública o protección de medio ambiente), que son las contempladas para la exigencia de la medida más restrictiva, la exigencia de autorización previa -que por lo demás también puede fundarse en las circunstancias enumeradas en la letra 17.1.c), que comprende la utilización del dominio público, la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas y la limitación del número de operadores económicos del mercado-, sino las del más amplio listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 que se ha reproducido”.

53

Además, conviene recordar, que según el TC no basta con invocar una razón imperiosa de interés general para establecer limitaciones al ejercicio de una actividad, es necesario demostrar, además, que dichas razones concurren efectivamente en el caso concreto¹⁷.

Sin embargo, estos requisitos que contempla la Ley 17/2009 y que recoge la LGUM son novedosos y, como señala L. TORRES MARTÍNEZ, ambiciosos, porque establecen unas restricciones a las autoridades competentes que no están contempladas ni en la CE ni en el ámbito europeo, por cuanto no están previstas en la Directiva de Servicios¹⁸. En el mismo sentido, M. REBOLLO PUIG entiende que la restricción de los posibles motivos justificativos del establecimiento de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones a unas concretas razones imperiosas de interés general no tiene fundamento en el Derecho comunitario ni tampoco en el principio de unidad de mercado que garantiza la Constitución¹⁹.

Una vez cumplido el principio de necesidad debe garantizarse el principio de proporcionalidad, es decir, la existencia de razones imperiosas de interés general para salvaguardar el orden público puede justificar la necesidad de una intervención, pero no asegura la proporcionalidad de esta. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad requiere un análisis adicional de alternativas u opciones de regulación o de actuaciones y una ponderación del grado necesario de protección del interés general. En este sentido se pronuncia la SCUM en el informe final núm. 28.109 de 18 de abril de 2018, añadiendo un criterio interpretativo adicional que no se recoge expresamente en la LGUM: “si la

autoridad competente en sus actuaciones limita la actividad económica, debe justificar para cada limitación su necesidad y proporcionalidad en los términos de la LGUM”.

Para asegurar el principio de necesidad y de proporcionalidad la LGUM establece un modelo para alcanzar sus objetivos, así el artículo 17 regula la forma de intervención estableciendo en qué supuestos puede exigirse una autorización, una declaración responsable o una comunicación²⁰.

En primer lugar, en cuanto a la autorización, en el artículo 17.1 de la LGUM prevé menos razones que justifican el establecimiento del requisito de autorización que las razones imperiosas de interés general contempladas en el artículo 3.11 de la LGUM antes citadas. De acuerdo con esto, el informe final de la SCUM núm. 26.12 de 19 de diciembre de 2014 fue emitido ante la reclamación presentada por una asociación de empresas de telecomunicaciones contra la Ordenanza de Paisaje Urbano de Santa Cruz de Tenerife. Los reclamantes entendían que la Ordenanza introducía limitaciones al despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas y que la exigencia de licencia de obra mayor para estas intervenciones podría resultar contraria a la LGUM, así como una infracción de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), puesto que el artículo 34.6 de la LGTel contempla de forma expresa la sustitución de licencias o autorizaciones por declaraciones responsables.

Por esta razón, entre otras, la SCUM concluyó que la exigencia de una licencia no era proporcional ni necesaria, ya que no había ninguna razón imperiosa de interés general que justificase esta forma de intervención de la autoridad competente, que en este caso la justificación que señala la Ordenanza es la protección del entorno urbano²¹.

En segundo lugar, el artículo 17.2 de la LGUM determina los supuestos en los que cabe la exigencia de declaraciones responsables, que en todo caso deberán ser proporcionados y estar justificados por algunas de las razones imperiosas de interés general antes mencionadas.

Por último, el artículo 17.3 de la LGUM establece que las autoridades competentes solo pueden exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna de las razones imperiosas de interés general, las autoridades tengan que conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

Para concluir este análisis del principio de necesidad y proporcionalidad, cabe exponer el informe final de la SCUM núm. 26.34 de 12 de junio de 2015, sobre el que también se ha pronunciado la AN, en la sentencia núm. 89/2017, como ya se ha indicado en el principio de no discriminación. Cabe recordar brevemente los hechos, una empresa reclamó ante la SCUM la denegación por parte de la autoridad balear de una autorización autonómica comercial para la instalación de un gran establecimiento comercial colectivo.



La autoridad competente motivó su decisión diciendo que el terreno donde se pretendía ubicar el centro no tenía la condición de solar.

Pues bien, la SCUM consideró que los procedimientos de autorización de grandes establecimientos comerciales establecidos en las normativas sectoriales urbanísticas y de comercio deben adecuarse, entre otros, al artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del Comercio Minorista, y a los artículos 5 y 17 de la LGUM relativos al principio de necesidad y proporcionalidad, ya que la normativa aplicable a este caso debe garantizar que las intervenciones de las administraciones públicas estén basadas en las razones de interés general que se pretende proteger. En este caso la Administración Pública alegó que la razón imperiosa de interés general por la cual se establecía una autorización era el medio ambiente, sin embargo, la SCUM consideró que esta razón no estaba del todo justificada ni quedaba claro en la normativa aplicable. La SCUM no motiva esta afirmación, simplemente se limita a señalarlo.

No obstante, la sentencia de la AN núm. 89/2017 de 28 de febrero desestimó el recurso interpuesto por la CNMC, además de por la razón explicada en el principio de no discriminación, por considerar que la mera invocación de los perjuicios originados por la intervención de la administración pública sin justificarlos ni ponderarlos frente a los perjuicios que también podría haber en caso de que se redujeran los medios que la ley articula para garantizar la adecuada protección del medio ambiente, entre ellos, sin duda, la autorización autonómica, no puede justificar la vulneración del principio de necesidad y proporcionalidad de la LGUM.

55

3.4 Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional

El principio de eficacia nacional que se regulaba en la LGUM establecía que, cualquier operador que hubiera accedido legalmente a su actividad cumpliendo los requisitos dispuestos en su lugar de origen podría ejercer su actividad en todo el territorio nacional, debiendo las autoridades de destino asumir la plena validez de dichos requisitos, aunque difirieran de los propios²².

Sin embargo, el TC declaró su inconstitucional en la sentencia núm. 79/2017 de 22 de junio, indicando que este principio suponía una excepción al principio de territorialidad de las competencias contrario a la doctrina del TC fundado en el modelo constitucional de distribución de competencias²³.

Hasta el momento de dictarse esta sentencia, la SCUM emitía informes con base en este principio, sin embargo, actualmente no se puede interponer una reclamación o informar a la SCUM sobre la existencia de un posible obstáculo a la unidad de mercado producido por la vulneración de este principio.

No obstante, en el informe final núm. 26.162 de 15 de enero de 2018, posterior a la STC núm. 79/2017, la SCUM considera que las autorizaciones otorgadas por una autoridad competente relativas al acceso y ejercicio de las actividades de servicio tienen validez en todo el territorio nacional en virtud de lo dispuesto en los artículos 4.2 y 7.3 de la Ley 17/2009, sin atender a requisitos específicos que estén regulados en el territorio donde se pretende realizar la actividad. En este informe la SCUM no menciona la sentencia del TC, pero se desprende del mismo que para suplir el principio de eficacia nacional aplica los artículos 4.2 y 7.3 de la Ley 17/2009, es decir, los preceptos que regulan la validez en todo el territorio nacional de las autorizaciones otorgadas por una autoridad competente relativas al acceso y ejercicio de las actividades de servicio. Paradójicamente no invoca el principio de no discriminación, a pesar de que sería aplicable como ya se señaló en el apartado principio de no discriminación.

56

En el mismo sentido lo ha entendido SOLA TEYSSIERE, J., quien considera que el principio de eficacia dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley 17/2009 tiene un efecto similar al de la LGUM, disponiendo que: *“La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales”*. Por tanto, esta regla se sigue aplicando a los servicios, que constituye un sector muy amplio por su importancia económica²⁴.

Pues bien, señalado este punto, a continuación, se expondrá un caso particular que refleja la declaración de inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional. Se trata del informe final de la SCUM núm. 26.33 de 12 de enero de 2016, el cual trae causa de una reclamación presentada por una entidad de formación profesional contra la Orden de 25/11/2015, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se modifica la Orden de 15/11/2012, por la cual se conceden subvenciones para la realización de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores/as ocupados/as a las entidades de formación profesional. En concreto, la entidad reclamó contra la disposición relativa a la valoración de la calidad de las entidades, que asignaba una puntuación superior a aquellas que tienen implantado el Sistema de Calidad de Castilla - La Mancha, frente a las que tienen implantado un Sistema de Calidad diferente. La SCUM concluyó que esta disposición de la Orden de 15/11/2012 resultaba contraria a los principios de eficacia nacional y no discriminación recogidos en los artículos 18 y 20 de la LGUM. Es importante destacar que esta resolución fue dictada antes de la STC núm. 79/2017 de 22 de junio.

En este caso la CNMC interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la AN a través del mecanismo contemplado en el artículo 27 de la LGUM, frente a la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha. La AN estimó parcialmente el recurso, al considerar que la forma de asignar la puntuación a las entidades constituía una discriminación por



el lugar de residencia del operador económico, no obstante, no entró a valorar el principio de eficacia nacional porque el TC lo declaró inconstitucional²⁵.

3.5 Principio de simplificación de cargas y principio de transparencia

Estos dos principios se abordan en el mismo apartado debido a que la SCUM los trata conjuntamente, es decir, en el caso de querer reclamar o comunicar a la SCUM la vulneración del principio de simplificación de cargas o el principio de transparencia, la SCUM clasifica los casos que pueden encajar en estos dos principios en su epígrafe simplificación y transparencia, aunque la LGUM los contempla de forma separada.

El principio de simplificación de cargas se regula en el artículo 7 de la LGUM. En la *Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado* elaborada por la propia SCUM, recomienda a las autoridades competentes que realicen las siguientes actuaciones para evitar la vulneración de este principio: a) Cuando vayan a elaborar una nueva regulación que contemple procedimientos administrativos para los operadores económicos, hagan un análisis previo de la existencia de otros procedimientos asociados al mismo momento o actuación, en los que sean competentes otras Administraciones Públicas u otras autoridades del mismo ámbito territorial; b) En el marco de las competencias ejecutivas, de comprobación, control e inspección de las autoridades competentes, no se deberían exigir informaciones, documentación y registros al operador cuando los mismos datos y documentos actualizados ya estén en poder de otra autoridad.

57

Con relación a esta última recomendación que realiza la SCUM, que desarrolla el propio artículo 7 de la LGUM, cabe destacar que el principio de simplificación de cargas administrativas tiene su reflejo en el artículo 28.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), ya que, según este precepto las Administraciones Públicas no pueden requerir a los interesados que aporten documentos que ya hayan sido entregados por este a cualquier Administración. Esta interpretación se ve reflejada en el informe final de la SCUM núm. 28.29 de 20 de noviembre de 2014, en el que la SCUM establece que a una empresa constituida como organismo de control en la Comunidad Autónoma de Valencia no le puede ser exigido por la Comunidad Autónoma de Madrid la entrega de toda la documentación cuando la empresa ya la había entregado en la Comunidad Autónoma de Valencia en el momento de obtener su habilitación. En este caso la Comunidad de Madrid rectificó su petición de documentación²⁶.

Por otro lado, en el principio de transparencia regulado en el artículo 8 de la LGUM, se incorpora una referencia a la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, lo que supone trasladar de forma concreta al ámbito de la unidad de mercado la obligación de facilitar el acceso a la información pública y de publicidad activa.

Aunque la interpretación que realiza la Secretaría sobre este principio no atiende tanto a que las Administraciones faciliten el acceso a la información a los interesados, sino que trata de evitar que la propia norma no sea transparente, en otras palabras, no sea clara²⁷: *“Conforme a la normativa comentada los procedimientos administrativos deben tener carácter reglado, ser claros e inequívocos y transparentes. Así, debe en todo caso considerarse que la normativa sectorial que regula determinados procedimientos administrativos debe ser lo suficientemente clara y precisa, para que no permita interpretaciones divergentes por diferentes administraciones públicas o en casos de similar naturaleza”* (página 9 del Informe de la SCUM núm. 26.34 de 12 de junio de 2015).

3.6 Garantía de las libertades de los operadores económicos en aplicación de estos principios

La garantía de las libertades de los operadores económicos en aplicación de estos principios viene recogida en el artículo 9 de la LGUM, es el último artículo del Capítulo II de la LGUM, que es el dedicado a los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación explicados en los epígrafes anteriores.

58

Esta garantía actúa como cláusula de cierre, e impone el respeto de los principios enunciados a todas las Administraciones públicas implicadas en todas sus actuaciones. En otras palabras, es recordatorio para que las autoridades competentes cumplan con su deber de respetar los principios establecidos por la LGUM en todas sus actuaciones que afecten a la unidad de mercado²⁸. En concreto, en su apartado segundo, impone la obligación de las autoridades competentes de garantizar que se cumplen los principios en las disposiciones y actos que la propia ley ha señalado²⁹.

Por otra parte, el artículo 9 de la LGUM se cita en los informes finales emitidos por la SCUM con un carácter complementario en los pies de página de los informes (Informe final de la SCUM núm. 28.33 de 18 de diciembre de 2014; Informe final de la SCUM núm. 26.16 de 13 de febrero de 2015). Sin embargo, hasta el momento, la SCUM solo ha emitido dos informes que se centran en el artículo 9 (Informe final de la SCUM núm. 28.149 de 1 de agosto de 2019), uno de ellos es el Informe final núm. 28.101 de 30 de abril de 2018, que tiene su origen en una comunicación a la SCUM que hizo una empresa por la desestimación de una solicitud de revocación de una de las condiciones de una concesión administrativa.

La SCUM admitió la solicitud de la empresa, aunque en el informe final señaló que no era competente para determinar si procedía modificar las condiciones de una concesión administrativa, ni por el procedimiento que habría que hacer dicha modificación. Sin embargo, aun no siendo competente, indicó que sería de aplicación el artículo 9 de la LGUM en cuanto a que hace referencia a que los requisitos que se impongan en el marco de las concesiones tienen que adecuarse a los principios que contempla esta ley, en concreto el principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM, no



identificando requisitos concretos que pudieran haber vulnerado otros principios de la LGUM.

4. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN QUE EXISTEN EN LA LGUM

Dentro de las funciones que lleva a cabo la SCUM (artículo 11 de la LGUM), la LGUM articula un conjunto de procedimientos adicionales de carácter novedoso que se sustancian ante la SCUM (artículos 26 y 28 de la LGUM) y la AN (artículo 27 de la LGUM). Los principios generales expuestos son los que dan contenido a estos procedimientos adicionales, denominados mecanismos de protección de los operadores económicos, que se van a analizar a continuación a través de la sistematización de los informes emitidos por la SCUM y de los pronunciamientos judiciales.

4.1 Mecanismo de reclamación del artículo 26

El artículo 26 de la LGUM contempla un mecanismo de reclamación potestativo y alternativo a los recursos administrativos, es decir, que si se presenta un recurso administrativo no se puede hacer uso de este mecanismo de reclamación³⁰.

59

Este procedimiento de reclamación lo pueden iniciar ante la SCUM los operadores económicos o las organizaciones que los representen, contra cualquier actuación de las Administraciones públicas, si bien únicamente podrá fundamentarse en la incompatibilidad con la libertad de establecimiento y/o de circulación, en los términos previstos en la LGUM (artículo 26.1 de la LGUM). Si existieran otros motivos de impugnación, deberán hacer valer sus derechos a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales ordinarios que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate (artículo 26.9 de la LGUM).

En concreto, la reclamación puede dirigirse frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. También puede dirigirse frente a las disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo I del Título III de la LRJCA, puedan ser objeto de recurso contencioso-administrativo. Por tanto, no puede dirigirse directamente una reclamación contra una Ley, aunque sí contra los reglamentos o actos de aplicación y desarrollo de esa Ley³¹.

Una vez iniciado el procedimiento por el operador económico, la SCUM revisa la reclamación para comprobar que se trata de una actuación que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento y/o circulación, pudiendo inadmitirla cuando no concurriesen tales requisitos. Cuando la SCUM admite la reclamación, la remite al punto de contacto de la autoridad competente que ha dictado el objeto de la reclamación.

Así mismo, la SCUM distribuye la reclamación a los restantes puntos de contacto que forman la red (constituida por la propia SECUM, los designados por los Ministerios, por las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), pudiendo estos elaborar un informe que remitirían a la SCUM. La elaboración de este informe es opcional. Sin embargo, la SCUM sí tiene que elaborar un informe sobre la reclamación recibida de carácter preliminar, denominado informe de valoración inicial [artículo 26.5 b) de la LGUM]. Todos estos informes de la red de puntos de contacto, incluido un informe de valoración inicial que elabora la SCUM, se incorporarán a un expediente administrativo que se remite al punto de contacto de la autoridad competente para que resuelva sobre la reclamación, ya que la SCUM no es quien la resuelve, sino que actúa como un mediador³².

En este punto cabe destacar la SAN de 10 de septiembre de 2018, puesto que refleja la problemática que puede surgir cuando intervienen numerosos interlocutores, ya que se pueden ocasionar contradicciones entre ellos³³.

60

Por otra parte, según establece el artículo 26.5 b) de la LGUM, la autoridad competente debe tener en cuenta el informe de valoración inicial elaborado por la SCUM a la hora de pronunciarse sobre la reclamación del operador económico. No obstante, señala la STC núm.79/2017 de 22 de junio que no se puede asumir que los informes emitidos por la SCUM tengan carácter vinculante, ya que no pueden asimilarse a los que tienen ese carácter, por lo que no condiciona a la autoridad competente a la hora de emitir su decisión³⁴.

Por lo tanto, la autoridad competente tiene libertad para resolver lo que, basado en Derecho, estime conveniente. Si la autoridad competente decide no adoptar ninguna medida ni informar a la SCUM, se entenderá que la reclamación presentada por el operador económico ha sido desestimada por silencio administrativo negativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación. Por último, en virtud del artículo 26.7 de la LGUM, la SCUM deberá notificar al operador económico la resolución adoptada la autoridad competente, así como los informes emitidos por los demás puntos de contacto.

El informe de valoración inicial de la SCUM, todos los informes de la red de puntos de contacto, la resolución que finalmente haya adoptado la autoridad competente y el informe final que elabore la SCUM, constituyen el denominado expediente administrativo de la SCUM. El operador económico que ha iniciado todo el procedimiento recibe el expediente administrativo de la SCUM completo, incluida la resolución de la autoridad competente si la hubiera.



El informe final que elabora la SCUM es la respuesta a la reclamación que el usuario ha interpuesto ante la SCUM y significa el final del procedimiento, pero no tiene la consideración de acto administrativo recurrible en vía administrativa. Es decir, cuando se impugnen actuaciones administrativas que no agoten la vía administrativa, la resolución de la autoridad competente pone fin a dicha vía, pero no el informe final de la SCUM.

Es importante destacar que la SCUM solo publica los informes finales, no publica sus informes de valoración inicial ni los informes de valoración de la red de puntos de contacto. Así mismo, de la red de puntos de contacto solo publican sus informes de valoración la CNMC y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. El operador económico que ha iniciado el procedimiento sí recibe todos los informes que, en su caso, hayan emitido los puntos de contacto de la red, aunque no se publiquen.

En el caso de que el operador económico, a la vista de la decisión de la autoridad competente, no vea satisfechos sus derechos e intereses legítimos relativos a la libertad de establecimiento y/o de circulación, puede interponer un recurso contencioso-administrativo o dirigir una solicitud ante la CNMC según lo establecido en el artículo 27 de la LGUM, mecanismo que se explicará en el epígrafe siguiente.

61

Un ejemplo de la aplicación práctica de este procedimiento se encuentra en el informe final emitido por la SCUM núm. 26.10 de 4 de noviembre de 2014, que trae causa de una reclamación presentada por un ingeniero técnico industrial, contra el requerimiento de subsanación de información planteado por la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Empleo de la Comunidad Autónoma de Valencia. La SCUM remitió esta reclamación a la Comunidad Autónoma de Valencia, como punto de contacto de la autoridad competente para resolver, junto con su informe de valoración inicial y el informe que elaboró la CNMC como punto de contacto de la red. En el informe final de la SCUM se recoge que la Comunidad Autónoma de Valencia estimó la reclamación, devolviendo las tasas correspondientes, ya que el interesado debía obtener de manera directa la condición de instalador de líneas de alta tensión.

4.2 Recurso contencioso-administrativo contemplado en el artículo 27

El mecanismo del artículo 27 de la LGUM legitima a la CNMC, no a la SCUM, para interponer un recurso contencioso-administrativo frente a una disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho únicamente cuando se considere contraria a la libertad de establecimiento y/o de circulación procedente de cualquier autoridad competente. Este mecanismo prevé diferentes fórmulas de impugnación, pero todas tienen en común que consisten en la interposición de un recurso contencioso-administrativo, estando atribuido el conocimiento de estos recursos a la AN [artículo 11.1 h) de la LJCA].

En primer lugar, la CNMC puede actuar de oficio interponiendo un recurso contencioso-administrativo ante la AN. Es de notar que a la CNMC le llega el conocimiento de los casos porque la SCUM se los distribuye para que emita informe como punto de contacto de la red. En segundo lugar, la CNMC puede actuar a petición de los operadores económicos, tras valorar si procede la interposición de un recurso contencioso-administrativo. La CNMC, antes de decidir si admite o no la petición, debe tener en cuenta el informe final que haya emitido la SCUM sobre el caso. La petición a la CNMC es potestativa, sin embargo, los operadores que hayan presentado su solicitud a la CNMC y quieran interponer un recurso contencioso-administrativo, no podrán hacerlo hasta que la CNMC les comunique su decisión (artículo 27.5 de la LGUM)³⁵.

La decisión de la CNMC de no interponer el recurso contencioso-administrativo puede ser recurrible ante el contencioso, así lo ha establecido la SAN de 18 de enero de 2018, cuando determina que la decisión de la CNMC *“trasciende del carácter de una mera comunicación y constituye un acto administrativo en sentido estricto que afecta al interés del solicitante. A lo que no obstan las consideraciones expuestas sobre la exclusividad de la competencia para la interposición del recurso y la naturaleza discrecional de la potestad ejercida por la CMMC cuando resuelve sobre dicha interposición pues, como es sabido, el ejercicio de esta clase de potestades no es ajeno al control jurisdiccional”*.

62

Por último, el artículo 27.6 de la LGUM prevé, lo que ella denomina, la “acción popular” y el “ejercicio del derecho de petición”. Hay que aclarar que la Ley no les otorga el significado técnico habitual, es decir, no deben entenderse en el sentido constitucional. La “acción popular”, consiste en reconocer la condición de interesado en vía administrativa ante las Administraciones y, a su vez, ante la CNMC para que esta interponga un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional³⁶. Mientras que el “derecho de petición” consiste en reconocer la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados para solicitar que la CNMC interponga recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y, en su caso, para personarse en el procedimiento judicial.

También puede solicitar su intervención en el procedimiento como parte recurrente cualquier operador económico u organización que lo represente, si tuvieran interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y la hubieran recurrido de forma independiente (artículo 127 ter. 7 de la LJCA). Por otra parte, hay que destacar que la LGUM introduce una novedad respecto a los sujetos intervinientes en el proceso, por cuanto es la primera vez que en el contencioso-administrativo se permite la participación sobrevenida en el proceso, como parte recurrente, de un sujeto distinto del que interpuso el recurso contencioso-administrativo, esto puede suscitar muchas dificultades a lo largo del proceso judicial, no obstante, no es el objeto de este trabajo³⁷.



En este punto, conviene señalar que los resultados insatisfactorios cosechados por la CNMC con este mecanismo la han llevado a emplear una acción procesal concebida para supuestos diferentes al mantenimiento de la unidad de mercado. En concreto, la acción procesal está prevista de manera genérica respecto de actuaciones administrativas contrarias a una competencia efectiva en los mercados y no de manera específica para la protección de los principios que contempla la LGUM aquí estudiados. Así, la legitimación activa de la CNMC ante los tribunales contencioso-administrativos, además de en el artículo 27 de la LGUM, viene reconocida en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC). A pesar de que estos dos artículos reconocen la legitimación activa de la CNMC, existen similitudes y diferencias.

En el marco del artículo 5.4 de la LCNMC, la CNMC solo puede actuar de oficio frente a actos de las Administraciones públicas y disposiciones de rango inferior a la ley y lo utiliza como último recurso ante situaciones de especial gravedad para la competencia efectiva, y normalmente en sectores donde ya se ha recurrido a instrumentos de tipo no coactivo (como Estudios de Mercado o Informes de Propuestas Normativas) y existe una larga historia de promoción de la competencia. A diferencia del artículo 27 de la LGUM, que puede actuar de oficio o a solicitud de un operador económico, y su ámbito de actuación abarca tanto normas como actuaciones de las Administraciones contrarias a la Unidad de Mercado y que afecten a la libertad de establecimiento y/o de circulación.

63

Mediante el artículo 5.4 de la LCNMC, la CNMC puede solicitar la suspensión de la norma impugnada, si bien la suspensión no resulta automática, a diferencia de lo que sucede con el mecanismo del artículo 27 de la LGUM³⁸. El Tribunal competente donde se interpone el recurso puede ser de distinta naturaleza y se determina según los casos, por el contrario, el tribunal competente donde se interponen los recursos por el artículo 27 de la LGUM es la AN.

Cabe destacar que las últimas impugnaciones ante los tribunales que ha realizado la CNMC de actos y disposiciones generales de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, podrían haber sido impugnados a través del mecanismo del artículo 27 de la LGUM, sin embargo, ha optado por el mecanismo del artículo 5.4 de la LCNMC³⁹. Esto puede deberse a los pocos casos resueltos por la AN⁴⁰ a través del procedimiento del artículo 27 de la LGUM desde 2013. En este sentido, la CNMC en su Plan de Actuación para 2019, ha establecido como objetivo mejorar el impulso de los recursos que se interponen a través de este mecanismo.

4.3 Mecanismo de información del artículo 28

El artículo 28 de la LGUM prevé un mecanismo de información o comunicación ante la SCUM, con la finalidad de la detección de obstáculos o barreras a la unidad de mercado. Los operadores económicos, los consumidores y los usuarios, así como las

organizaciones que los representan, pueden informar o comunicar a la SCUM en cualquier momento sobre cualesquiera obstáculos o barreras relacionadas con la unidad de mercado.

Es un mecanismo alternativo de solución de controversias, que está previsto para los casos en que, por la firmeza de la actuación, acto o disposición no sea posible recurso alguno, o cuando se hayan superado los plazos para interponer la reclamación del artículo 26, o para cuando los operadores pretendan recurrir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa sin haber interpuesto previamente la reclamación del artículo 26 y deseen obtener un informe de la SCUM con el que respaldar su posición. La comunicación no se tiene que basar en una actuación susceptible de recurso administrativo, por esta razón se puede informar de la existencia de una barrera que pueda afectar a la unidad de mercado que esté contenida en un reglamento o en una actuación administrativa independientemente de cuando se haya dictado.

64

Con la comunicación a la SCUM de los posibles obstáculos o barreras relacionadas con la unidad de mercado, se inicia un procedimiento de cooperación, en el que se remite la comunicación a los puntos de contacto de la red para que elaboren un informe, si así lo estiman conveniente, no es obligatorio, actuando como partes activas en la búsqueda de una solución. La SCUM sí tiene que emitir un informe de valoración inicial con una propuesta de solución al posible obstáculo o barrera objeto de la comunicación (artículo 28.2 de la LGUM). La comunicación que realice el operador económico a la SCUM, el informe de valoración inicial de la SCUM y los informes con búsqueda de solución que emitan los puntos de contacto de la red, son remitidos al punto de contacto de la autoridad competente en el asunto informado⁴¹.

El punto de contacto de la autoridad competente puede ofrecer una solución que es recogida en el informe final de la SCUM, aunque la LGUM no obliga a que se pronuncie. Hay que tener en cuenta que no hay resolución de la autoridad competente como ocurría en el mecanismo del artículo 26 de la LGUM, puesto que no existe formalmente una impugnación de una actuación.

Por último, según establece el artículo 28.3 de la LGUM, la SCUM deberá notificar el informe final con la solución alcanzada al interesado que ha iniciado el procedimiento. Este informe final no tiene la consideración de acto administrativo recurrible en vía administrativa, aunque el interesado podrá servirse de este informe para emprender las actuaciones jurisdiccionales que estime convenientes.

En el informe final emitido por la SCUM núm. 28.36 de 4 de febrero de 2015, se puede observar el proceso expuesto que sigue la SCUM. Este informe tiene su origen en la comunicación que presentó una asociación de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, debido a que el Decreto 72/2014, de 23 de julio, por el que se regula la



Utilización de Unidades Móviles por los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, incluía requisitos que podrían suponer un obstáculo para la libertad de establecimiento.

La SCUM remitió la comunicación al punto de contacto de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, junto con su informe de valoración inicial con búsqueda de solución, el informe que elaboró la CNMC, los informes elaborados por otras Comunidades Autónomas, los informes elaborados por los Ministerios de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad como puntos de contacto de la red. Sin embargo, estos informes no son públicos, en este caso el único público es el de la CNMC, la SCUM solo publica el informe final con la solución alcanzada.

En su conclusión, la SCUM consideró que se había vulnerado aquel principio, basando su decisión en los informes emitidos por los puntos de contacto de las Comunidades Autónomas que configuran la red, donde señalaban que su normativa no incluía restricciones similares a las observadas en el Principado de Asturias. La SCUM llega a la conclusión de que los requisitos son innecesarios para proteger el interés general. No obstante, cabe destacar que la SCUM no motiva por qué se habría vulnerado la normativa citada.

65

El punto de contacto de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias ofreció varios compromisos para la modificación de la normativa en cuestión. Sin embargo, no fueron considerados suficientes por la SCUM, en la medida en que seguirían existiendo requisitos que se podrían considerar innecesarios, desproporcionados y limitativos del ejercicio de la actividad de prevención de riesgos laborales a través de unidad móvil. En el informe final la SCUM no recoge en qué consistían esos compromisos, no obstante, el artículo 4.2 fue modificado por el Decreto 34/2016, de 16 de junio.

Además, los Ministerios de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se comprometieron a realizar una modificación del artículo 11.2 del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, para aclarar y concretar el régimen de control de la actividad de las unidades móviles. En concreto, qué actividades sanitarias deben comunicar el calendario y el lugar donde vayan a efectuarse las actividades sanitarias a la autoridad competente. Esta modificación se llevó a cabo el 10 de octubre de 2015.

5. IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS ANTE LA SCUM

Este apartado se dedica a examinar el procedimiento de impugnación de reglamentos ante la SCUM, debido a la novedad que introduce la LGUM, ya que, de acuerdo con el régimen general administrativo, no se puede interponer un recurso en vía administrativa contra un reglamento por impedirlo el artículo 112. 3 de la Ley 39/2015, debiendo ser

impugnado directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque en el mismo precepto se establece que cabe recurso en vía administrativa contra un acto administrativo que se funde en la ilegalidad de un reglamento⁴². Esto también se contempla en la LGUM, se puede recurrir o comunicar a la SCUM un acto administrativo que se ha dictado al amparo de un reglamento ilegal y que puede suponer un obstáculo para la unidad de mercado⁴³.

A pesar de que esta es la regla general que debe aplicarse a la hora de impugnar un reglamento en vía administrativa, el artículo 26.1 de la LGUM contempla que el operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos pueda recurrir un reglamento ante la SCUM, es decir, configura una reclamación en vía administrativa contra un reglamento que ha dictado una autoridad competente⁴⁴.

Cabe destacar⁴⁵ el informe final de la SCUM núm. 26.24 de 17 de junio de 2015, se refiere a la reclamación presentada contra el Decreto 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el reglamento de salones recreativos y salones de juego de la Comunidad Valenciana. En concreto, el reclamante se centra en los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3, por los que se prohíbe la instalación de nuevos salones cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros. La SCUM consideró que estos artículos vulneraban el principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM. La Comunidad Valenciana no se pronunció en el procedimiento ante la SCUM. Ante esta situación, la CNMC decidió demandar ante la AN a la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas de la Generalitat Valenciana, a la Asociación Valenciana del Juego y a la Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de la Comunidad Valenciana, utilizando el mecanismo contemplado en el artículo 27 de la LGUM y del artículo 127 bis de la LJCA.

La AN, una vez tramitado el recurso con el núm. 549/2015, dictó sentencia el 8 de marzo de 2018, en la que consideró que el Decreto 55/2015 carecía de una motivación suficiente, en el sentido de que establecer el requisito de 800 metros encuentra como límite necesario el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en los términos que resultan del artículo 5 de la LGUM sin justificar razones de interés general resultando contrario a derecho (FJ4). Por ello, la AN estimó el recurso y anuló los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015.

Por otro lado, el artículo 27 de la LGUM también introduce una novedad, pues permite que la CNMC, de oficio o a petición del interesado, pueda interponer un recurso contencioso-administrativo frente a un reglamento ante la AN, un ejemplo es el caso analizado en los párrafos precedentes. Así mismo, cualquier operador económico que tuviere interés en la anulación de cualquier reglamento (artículo 127 ter. 7 de la LJCA) podrá solicitar su intervención en el proceso como parte recurrente⁴⁶, como en el caso anterior con las Asociaciones.



De igual manera, el artículo 28 de la LGUM permite que tanto los operadores económicos, como los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan, puedan informar a la SCUM sobre la existencia de barreras a la unidad de mercado en cualquier reglamento, aunque hay que tener en cuenta que no es una impugnación como la del artículo 26 de la LGUM. Así se refleja en los cinco informes finales que ha emitido la SCUM en estos supuestos (a día 22 de abril de 2019)⁴⁷. Los informes son muy similares entre sí, sin embargo cabe destacar el informe final de la SCUM núm. 28.33 de 18 de diciembre de 2014, el cual trae causa de una comunicación sobre la posible existencia de obstáculos al libre acceso en el sector del Autotaxi de Madrid, del Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo y en la Ordenanza del Taxi de la ciudad de Madrid y su área de prestación conjunta, puesto que la norma para el otorgamiento de licencias establece como requisitos: que el solicitante esté domiciliado en Madrid, que tenga carácter de persona física, que no pueda poseer más de 3 licencias y que se limite el número de nuevas autorizaciones sobre la base de consideraciones de tipo económico. Como solución planteada, la SCUM consideró que el requisito de domiciliación podía ser contrario a la LGUM. Asimismo, recomendó la revisión del resto de requisitos tratados a fin de garantizar que estos se ajustan al principio de necesidad y proporcionalidad.

67

Al final del informe, en el apartado relativo a solución planteada, la SCUM realizó la siguiente apreciación: *“una vez recibida la información en el marco de este procedimiento, esta Secretaría la remitió como punto de contacto especialmente interesado al punto de la Comunidad de Madrid, no habiendo recibido propuesta de actuación concreta al respecto”*. Actualmente, no se ha modificado el citado reglamento.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Los mecanismos de protección que introduce la LGUM constituyen una novedad en el Derecho administrativo de la que cabe señalar ciertos aspectos positivos y negativos. En primer lugar, el mecanismo del artículo 26 de la LGUM es un procedimiento de reclamación que puede resultar útil, por cuanto permite al operador económico que ha visto vulnerado sus intereses por una actuación administrativa que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento y/o de circulación, reclamar ante un órgano independiente de esta autoridad competente, en vez de interponer un recurso de reposición o de alzada. Aunque, en realidad, resuelve la autoridad competente, se puede ver sometida a un deber mayor de diligencia al participar en el procedimiento otros puntos de contacto y una autoridad nacional.

Otro de los aspectos positivos de este mecanismo es que la SCUM siempre emite un informe final, incluso cuando la autoridad competente no resuelve la reclamación del

operador económico que la SCUM le ha remitido. Así mismo, resulta llamativo que, en todos los informes estudiados para este trabajo, la SCUM siempre considere que puede existir, por pequeña que sea, la posibilidad de que una actuación pueda vulnerar o ser contraria a alguno de los principios generales que establece la LGUM. Por lo que se puede apreciar que la SCUM adopta una posición pro-operador económico al considerar que siempre existe una posible vulneración de algún principio de la LGUM.

Como punto débil, se puede destacar la falta de capacidad que muestra la SCUM para conseguir una respuesta de la autoridad competente en el procedimiento, ya que en numerosas ocasiones el reclamante solo obtiene el informe final de la SCUM, pero no una solución a su problema, lo que cuestiona la eficacia real de este procedimiento.

Igualmente, estos informes finales de la SCUM trasladan una síntesis de la actuación que ha llevado a cabo, sin que desarrollen argumentos jurídicos que interpreten los principios generales de la LGUM, por lo que resulta muy complicado establecer un cuerpo doctrinal y dificulta conocer las razones por las cuales se estiman o desestiman las reclamaciones o comunicaciones. En definitiva, en la mayoría de los informes falta la necesaria motivación.

68

En segundo lugar, el artículo 27 de la LGUM permite a los operadores económicos solicitar a la CNMC que interponga por ellos un recurso contencioso-administrativo ante la AN, y a este recurso se puede adherir cualquier operador que tuviere interés directo, situación que no se da en el resto del Derecho Administrativo. Si bien creo que es un mecanismo que está resultando poco eficaz, ya que la AN ha resuelto pocos casos que hayan seguido este procedimiento, a pesar de que la CNMC ha interpuesto numerosos recursos. Esta puede ser una de las razones por la que la CNMC está optando por impugnar los actos o disposiciones generales a través del mecanismo del artículo 5.4 de la LCNMC, que en realidad se configuró con otra finalidad como se ha indicado en las páginas anteriores.

En tercer lugar, uno de los aspectos positivos del mecanismo de protección del artículo 28 de la LGUM, es que cualquier interesado puede comunicar a la SCUM las actuaciones de las autoridades competentes o las posibles barreras que existan en la normativa estatal y autonómica, sin necesidad de que una administración haya dictado un acto sobre una actividad en concreto, y que la SCUM pueda poner esta situación en conocimiento de todas las autoridades competentes y/o de la autoridad que ha dictado el acto, actuando como núcleo de una red administrativa.

Para solucionar estos obstáculos a la unidad de mercado, la SCUM actúa en este mecanismo como un órgano mediador con el objetivo de alcanzar una solución para que esos obstáculos o barreras se eliminen. Por esta razón parece el mecanismo más eficaz que los analizados, puesto que los informes siempre finalizan con una solución, unas veces son más eficaces que otras, o la explicación de la falta de acuerdo. Pero, en



definitiva, se puede observar que las autoridades competentes son más activas en la búsqueda de una solución que cuando se trata de auténticas impugnaciones.

Por último, que se pueda recurrir o comunicar a la SCUM un reglamento porque sea contrario a la unidad de mercado se separa por completo del régimen general de impugnación de reglamentos. No obstante, desde el punto de vista práctico, en ninguno de los casos estudiados se ha producido una modificación, anulación o derogación en los reglamentos objeto de la reclamación o comunicación en vía administrativa.

En suma, los mecanismos de protección de los operadores económicos son muy novedosos, habían suscitado unas expectativas muy altas, y podían haber sido muy útiles para agilizar la solución de conflicto relativos a la unidad de mercado, sin embargo, están resultando poco eficaces, debido a la falta de respuesta de la autoridad competente, a la falta de rigor jurídico de la SCUM en la elaboración de sus informes, que atiende más a un criterio económico que jurídico, y por el poco éxito del mecanismo de impugnación ante la Audiencia Nacional. A pesar de esto, paradójicamente, el mecanismo que mejor funciona es el mecanismo de comunicación, en el que la autoridad competente es más activa en la búsqueda de soluciones y suele ser más activa en el procedimiento.

69

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., Guía útil sobre la Ley de Unidad de Mercad: mecanismos de protección de los operadores económicos, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013”, en Revista española de derecho administrativo, núm.165, 2014, págs. 147-182.

CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (art. 26)”, en VV.AA (ALONSO MAS, M. J. Dir): El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado. Edit. La Ley, Madrid, 2014, págs. 831 y ss.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y de necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, en la Revista española de Derecho Administrativo, 2016, núm.181, págs., 191-225.

FUERTES LÓPEZ, F. J., Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado (en línea), en El Derecho.com, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/unidad_de_mercado-actividad_administrativa-garantia_de_unidad_de_mercado_11_627430002.html (consultado el 17 de julio de 2020).

GONZÁLEZ RÍOS, I., Las vías alternativas de recurso en el ámbito de la Unidad de Mercado, en Vías administrativas de recurso a debate, AEPDA, INAP, 2016, págs. 433 y ss.

LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, (ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), núm. 9, 2014, págs. 157-166.

LOZANO CUTANDA, B.; FERNÁNDEZ PUYOL, I., “Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la anulación de la «licencia única»”, en Diario La Ley, núm. 9058, 2017.

REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 163, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública, núm. 194, Madrid, 2014, págs. 275-316.

SÁNCHEZ MORÓN, M, Derecho administrativo parte general, Edit. Tecnos, Madrid, 2017.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El contencioso de la unidad de mercado”, en la Revista Andaluza de Administración Pública, septiembre-diciembre de 2013, núm.87, págs.51-93.

Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, en la Revista de Administración Pública, mayo-agosto de 2015, núm. 197, págs. 133-174.

SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado”, en Revista de



Estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva Época – núm. 11, 2019, págs. 29-55.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1981 de 16 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 88/1986 de 1 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1990 de 5 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 210/2012 de 4 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/2013 de 14 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 96/2013 de 23 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2016 de 22 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79/2017 de 22 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110/2017 de 5 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 111/2017 de 5 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 921/2018 de 4 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 118/2016 de 31 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 119/2016 de 31 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 89/2017 de 28 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. de recurso 163/2016 de 22 de diciembre de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. de recurso 409/2015 de 18 de enero de 2018
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. de recurso de 8 de marzo de 2018
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 334/2018 de 8 de junio
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. de recurso de 10 de septiembre de 2018
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. de recurso 5/2017 de 31 de octubre de 2018
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. de recurso 18/2017 de 28 de diciembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 291/2016 de 31 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 86/2018 de 2 de febrero.

71

INFORMES DE LA SCUM CITADOS

RESOLUCIONES DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN REGULADO EN EL ARTÍCULO 26

- Informe final de la SCUM núm. 26.06 de 27 de junio de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 26.01 de 19 de septiembre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 26.10 de 4 de noviembre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 26.12 de 9 de diciembre de 2014.

- Informe final de la SCUM núm. 26.16 de 13 de febrero de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 26.17 de 2 de marzo de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 26.20 de 21 de abril de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 26.34 de 12 de junio de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 26.24 de 17 de junio de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 26.33 de 12 de enero de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 26.38 de 1 de marzo de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 26.85 de 11 de noviembre de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 26.88 de 1 de diciembre de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 26.109 de 24 de enero de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.104 de 27 de enero de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.138 de 13 de febrero de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.114 de 3 de abril de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.120 de 10 de abril de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.119 de 17 de abril de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.122 de 10 de abril de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.115 de 11 de abril de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.131. de 13 de junio de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.141 de 15 de junio de 2017.
- Informe final de la SCUM núm. 26.162 de 15 de enero de 2018.

RESOLUCIONES DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN REGULADO EN EL ARTÍCULO 28

- Informe final de la SCUM núm. 28.05 de 4 de junio de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.06 de 5 de junio de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.08 de 25 de junio de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.18 de 19 de septiembre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.25 de 28 de octubre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.26 de 29 de octubre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.29 de 20 de noviembre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.28 de 26 de noviembre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.33 de 18 de diciembre de 2014.
- Informe final de la SCUM núm. 28.36 de 4 de febrero de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 28.42 de 23 de abril de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 28.43 de 23 de abril de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 28.44 de 4 de mayo de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 28.34 de 12 de junio de 2015.
- Informe final de la SCUM núm. 28.58 de 28 de enero de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 28.62 de 29 de febrero de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 28.82 de 20 de diciembre de 2016.
- Informe final de la SCUM núm. 28.117 de 27 de marzo de 2018.
- Informe final de la SCUM núm. 28.105 de 9 de abril de 2018.



- Informe final de la SCUM núm. 28.109 de 18 de abril de 2018.
- Informe final de la SCUM núm. 28.101 de 30 de abril de 2018.
- Informe final de la SCUM núm. 28.110 de 4 de mayo de 2018.
- Informe final de la SCUM núm. 28.119 de 23 de octubre de 2018.
- Informe final de la SCUM núm. 28.149 de 1 de agosto de 2019.

REFERENCIAS

¹ LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), núm. 9, 2014, págs. 157-166.

² GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las vías alternativas de recurso en el ámbito de la Unidad de Mercado”, en *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, 2016, págs. 433 y ss.

³ En igual sentido las SSTC núm. 88/1986, de 1 de julio; núm. 87/1987 de 2 de junio.

⁴ Las SSTC núm. 79/2017, de 22 de junio; 110/2017, de 5 de octubre y 111/2017, de 5 de octubre, declararon inconstitucional el artículo 6, las letras b), c) y e) del apartado segundo del artículo 18, así como los artículos 19, 20 21.2.c, la disposición adicional décima de la LGUM y el artículo 127.2 quater de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA).

⁵ DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y de necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, en la *Revista española de Derecho Administrativo*, 2016, núm.181, págs. 195-197.

⁶ Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, *Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado*, págs. 10-11.

⁷ LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”,... *op. cit.*, págs. 157-166.

⁸ “En primer lugar, ha de decirse que no estamos ante situaciones idénticas, pues en aquel caso se trataba de suelo urbano -si bien faltaba la cualidad de consolidado, exigido por el artículo 17 de la Ley 11/2001, allí aplicable-, lo que no sucede aquí, pues los terrenos en que pretende ahora asentarse el gran establecimiento comercial no tienen esa clasificación urbanística” (SAN núm.89/2017 de 28 de febrero).

⁹ SAN núm.118/2016 de 31 de marzo; SAN núm.119/2016 de 31 de marzo.

¹⁰ Informe final de la SCUM núm. 26.120 de 10 de abril de 2017; Informe final de la SCUM núm. 26.122 de 10 de abril de 2017.

¹¹ Informe final de la SCUM núm. 26.85 de 11 de noviembre de 2016; Informe final de la SCUM núm. 26.88 de 1 de diciembre de 2016; Informe final de la SCUM núm. 26.104 de 27 de enero de 2017; Informe final de la SCUM núm. 26.119 de 17 de abril de 2017; Informe final de la SCUM núm. 26.141 de 15 de junio de 2017; Informe final de la SCUM núm. 28.119 de 23 de octubre de 2018.

¹² Informe final de la SCUM núm. 26.162 de 15 de enero de 2018.

¹³ Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, *Guía para la aplicación... op. cit.*, págs. 38-43.

¹⁴ En esta misma línea, el informe final de la SCUM núm. 26.109 de 24 de enero de 2017, trae causa de una reclamación frente al “Acuerdo de denegación de inscripción en el registro territorial de impuestos especiales” de la Oficina Gestora de Impuestos especiales de Barcelona, en el que se acuerda no autorizar la inscripción en el Registro Territorial de Impuestos Especiales de un depósito fiscal de hidrocarburos. Aunque la SCUM admite la reclamación, entiende que no le corresponde realizar una interpretación semántica de la norma, pues esta interpretación se atribuye al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y otros órganos de la Administración Tributaria según el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¹⁵ FUERTES LÓPEZ, F. J., *Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado* (en línea), en El Derecho.com, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/unidad_de_mercado-actividad_administrativa-garantia_de_unidad_de_mercado_11_627430002.html (consultada el 17 de julio de 2020).

¹⁶ De igual manera, el informe final núm.28.117 de 27 de marzo de 2018 establece que: “Así, para que puedan considerarse los obstáculos y requisitos conformes al principio de necesidad y proporcionalidad, debería constatarse que hay una razón imperiosa de interés general (RIIG) que se ha de proteger, que además existe una relación causal clara entre ésta y la restricción impuesta, y que la intensidad de la intervención se ajusta a lo necesario para la consecución del objetivo perseguido, lo que supone a su vez que se ha optado por la alternativa menos restrictiva a disposición del regulador”.

¹⁷ En este sentido, el TC señala en la sentencia núm. 157/2016, de 22 de septiembre que: “para respetar la normativa básica estatal no basta con invocar que concurren razones imperiosas de interés general que justifican la limitación, sino que ha de justificarse que tales razones existen. Como se afirma en la STC 193/2013, FJ 7, en estos casos el ‘Tribunal considera necesario que, dado que se trata de una excepción a la regla general de la libertad de acceso a una actividad de servicio como es la distribución comercial, el legislador autonómico aporte razones que justifiquen que los requisitos a que sujeta la localización de ciertos formatos de establecimiento comercial atienden conjuntamente a dichos objetivos de ordenación territorial y protección ambiental, y no a otros que están prohibidos por predominar en ellos connotaciones económicas’. Y la STJUE de 24 de marzo de 2011 (C-400/08), *Comisión c. España*, ha establecido que ‘las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Comisión/Austria*, C-161/07, rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada)”.

¹⁸ DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y de necesidad...”, *op.cit.*, pág. 203.

¹⁹ REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, 2014, pág. 29.

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, 2014, pág. 293.

²¹ “en la medida en que la normativa sectorial aplicable (LGTel) ya ha realizado un análisis de necesidad y proporcionalidad en relación con las limitaciones que pueden establecerse para condicionar la realización de determinadas instalaciones, se considera que los artículos referenciados de la Ordenanza introducen trabas innecesarias y desproporcionadas [...]”.

²² SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva Época – núm. 11, 2019, pág. 32.



²³ “Ciertamente, el principio de eficacia en todo el territorio nacional de los requisitos de acceso establecidos en el lugar de origen supone excepcionar el principio de territorialidad de las competencias en el que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal se funda nuestro modelo constitucional de distribución de competencias, pues las normativas de las Comunidades Autónomas relativas al acceso a una actividad económica o relativas a las características de los productos pasan a tener efectos supraterritoriales cuando se consideran normativas del lugar de origen del operador económico, pero al tiempo las normativas autonómicas dejan de tener efecto dentro del propio territorio autonómico cuando éste es el lugar de destino, y no el de origen, del operador económico. El principio de eficacia en todo el territorio nacional supone sustituir, como fundamento del ámbito espacial de aplicación de las competencias autonómicas, el criterio del territorio por el criterio de la procedencia del operador económico”. Vid., al respecto, LOZANO CUTANDA, B.; FERNÁNDEZ PUYOL, I., “Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la anulación de la «licencia única»”, en *Diario La Ley*, núm. 9058, 2017.

²⁴ SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación de las actividades económicas...”, *op. cit.*, pág. 38.

²⁵ SAN de 22 de diciembre de 2017, núm. de recurso 163/2016: “Ha de anticiparse, por otra parte, que las alegaciones relativas a la vulneración del artículo 20 de la Ley 20/2013 carecen de cobertura legal una vez que dicho precepto ha sido declarado nulo por sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio”.

²⁶ En este sentido se pronuncia la SCUM en los informes finales núm. 28.25 de 28 de octubre de 2014 y núm. 28.62 de 29 de febrero de 2016.

²⁷ Informe final de la SCUM núm. 28.08 de 25 de junio de 2014; Informe final de la SCUM núm. 28.25 de 28 de octubre de 2014; Informe final de la SCUM núm. 26.115 de 11 de abril de 2017.

²⁸ ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., *Guía útil sobre la Ley de Unidad de Mercado: mecanismos de protección de los operadores económicos*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 91-92.

²⁹ Que son: “a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella. b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica. c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos. d) Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en las letras anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos. e) Los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como los actos que acrediten el cumplimiento de estos estándares de calidad. f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos”.

³⁰ Vid., al respecto, SAN núm. de recurso 18/2017 de 28 de diciembre de 2018.

³¹ Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, *Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado*, págs. 43-46.

³² Vid., al respecto, CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (art. 26)”, en VV. AA (ALONSO MAS, M. J. Dir): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Edit. La Ley, Madrid, 2014, págs. 831 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías...”, *op. cit.*, pág. 300.

³³ Así lo expresa la AN: “Debe señalarse que el criterio de la Consejería de Infraestructuras y Vivienda contradice el expuesto por el Consejo Gallego de Competencia de la Consejería de Hacienda, pues en sus

informes, al analizar la reserva profesional a favor de los arquitectos para certificar las condiciones de habitabilidad de viviendas, considera que es necesario valorar la necesidad y proporcionalidad al privar a determinados técnicos de su condición de técnicos competentes”.

³⁴ “No es posible asumir que el informe emitido por la secretaría del Consejo tenga carácter vinculante, pues este tipo de informes no pueden asimilarse a los que tienen tal carácter, suponiendo a lo sumo una exigencia reforzada de motivación en caso de discrepancia (STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31), FJ 117) [...]”.

³⁵ DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y de necesidad...”, *op.cit.*, pág. 198.

³⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías...”, *op. cit.*, pág. 308.

³⁷ Vid., al respecto, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “El contencioso de la unidad de mercado”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2013, núm.87, pág. 65; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías...”, *op. cit.*, pág. 312.

³⁸ Vid., en lo referente a la suspensión, SAN núm. de recurso 5/2017 de 31 de octubre de 2018.

³⁹ STSJ de Madrid núm. 291/2016 de 31 de mayo (Expediente de la CNMC núm. LA/05/2014, Decreto alquiler turístico de la Comunidad de Madrid, de 31 de julio de 2014); STSJ de Castilla y León núm. 86/2018 de 2 de febrero (Expediente de la CNMC núm. LA/02/2017, Viviendas turísticas de Castilla y León, 10 de marzo de 2017); Expediente de la CNMC núm. LA/01/2016, Grandes establecimientos comerciales. Moratoria Mallorca, de 31 de enero de 2018; Expediente de la CNMC núm. LA/03/2012, Instaladores de redes eléctricas, de 12 de junio de 2017.

⁴⁰ SAN núm. 118/2016 de 31 de marzo; SAN núm. 119/2016 de 31 de marzo; SAN núm. 89/2017 de 28 de febrero; SAN núm. de recurso 163/2016 de 22 de diciembre de 2017; SAN núm. de recurso 409/2015 de 18 de enero de 2018; SAN núm. de recurso de 8 de marzo de 2018; SAN núm. 334/2018 de 8 de junio; SAN núm. de recurso de 10 de septiembre de 2018; SAN núm. de recurso 5/2017 de 31 de octubre de 2018; SAN núm. de recurso 18/2017 de 28 de diciembre de 2018.

⁴¹ Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, *Guía para la aplicación... op. cit.*, págs. 46-48.

⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M, *Derecho administrativo parte general*, Edit. Tecnos, Madrid, 2017, págs. 222-223.

⁴³ En este sentido: Informe final núm. 28.29 de 20 de noviembre de 2014; Informe final núm. 26.38 de 1 de marzo de 2016; Informe final núm. 26.138 de 13 de febrero de 2017; Informe final núm. 26.114 de 3 de abril de 2017; Informe final núm. 26.131 de 13 de junio de 2017.

⁴⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías...”, *op. cit.*, pág. 297.

⁴⁵ Igualmente destacan los Informes finales de la SCUM núm. 26.01 de 19 de septiembre de 2014; núm. 26.06 de 27 de junio de 2014.

⁴⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “El contencioso...” *op.cit.*, pág.61-62.

⁴⁷ Informe final de la SCUM núm. 28.28 de 26 de noviembre de 2014; Informe final de la SCUM núm. 28.42 de 23 de abril de 2015; Informe final de la SCUM núm. 28.43 de 23 de abril de 2015; Informe final de la SCUM núm. 28.82 de 20 de diciembre de 2016; Informe final de la SCUM núm. 28.105 de 9 de abril de 2018; Informe final de la SCUM núm. 28.110 de 4 de mayo de 2018.

