

LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE UNIDAD DE MERCADO COMO FUENTE DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN EFICIENTE DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

The Market Unit Law principles as a source of competition and efficient regulation of economic activities

Marisa ÁLVAREZ SUÁREZ

*Subdirectora General de Unidad de Mercado, Mejora de la regulación y Competencia
Ministerio de Economía y Empresa*

Marta MARTÍNEZ GUERRA

*Vocal Asesora de la Subdirección General de Entidades de Crédito,
Servicios Bancarios y de Pago
Ministerio de Economía y Empresa*

Resumen

La regulación por principios permite fundamentar, informar y adaptar el ordenamiento jurídico a un contexto dinámico. Actualmente, en el ámbito de la regulación económica eficiente y la defensa de la competencia, la Ley de garantía de la unidad de mercado es la norma de referencia de regulación por principios (necesidad y proporcionalidad, no discriminación, etc.). Uno de sus valores añadidos es la configuración de unos mecanismos de tutela en los cuales las autoridades de competencia asumen un rol fundamental. Estos mecanismos permiten además la generación de abundante doctrina sobre la implementación práctica de dichos principios lo que reduce las posibles ambigüedades de su aplicación.

Abstract

Regulation by principles allows to sustain, inform and adapt the legal system to a dynamic context. Currently, the Law on Market Unity is, in the field of smart economic regulation and competition advocacy, the reference standard when regulating by principles (necessity and proportionality, non-discrimination, etc.). One of its added values is the configuration of enforcement mechanisms in which the competition authorities play a fundamental role. These mechanisms also generate an extensive doctrine on the practical implementation of these principles. This helps to reduce the possible ambiguities of its application.

Palabras clave: Regulación | Evaluación del impacto competitivo de las normas | Política de competencia | Principio de unidad de mercado |

Keywords: Regulation | Competition assessment in regulatory impact analysis | Competition Policy | Single Market principle |

I. INTRODUCCIÓN

El actual Estado regulador busca proteger diversos derechos e intereses públicos como pueden ser la tutela de los consumidores, el medio ambiente, la seguridad, la salud pública o la confianza en el funcionamiento de los mercados. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) centra el foco en la colisión que se puede llegar a producir cuando la normativa va más allá de lo estrictamente necesario, pudiendo erosionar otros derechos e intereses a proteger en el ámbito económico como son la libre competencia o la libertad de empresa.

Si hay un fenómeno que caracteriza al Estado regulador es la amplitud y profusión de la normativa, debido fundamentalmente a la tecnificación de la regulación y a la pluralidad de actores implicados. Una primera consecuencia es que la complejidad y profusión normativa dificultan a los pequeños operadores económicos su comprensión y por ende dificultan el acceso y el ejercicio de la actividad en el sector en el que desean operar. En segundo lugar, una regulación tan detallada puede carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios, a menudo de la mano de la disrupción tecnológica. Finalmente, en el difícil equilibrio entre intereses, un desarrollo normativo destinado a la tutela de intereses ciudadanos ha podido no tener en cuenta los beneficios para los consumidores (en términos de precios y calidad) del fomento de la competencia en los mercados consecuencia de unas menores restricciones al acceso y al ejercicio de las actividades económicas.

La LGUM se suma a una lista de medidas que en las últimas décadas han perseguido la máxima eficiencia regulatoria (mantener la tutela de los intereses, minimizando los impactos negativos). Centrarse en la mejora del entorno regulatorio es precisamente lo que enmarca a esta ley dentro de las llamadas reformas de segunda generación.

Para tratar de establecer un modelo de regulación eficiente de todas las actividades económicas, esta Ley establece unos principios de mejora de la regulación que deberán ser vinculantes para las Administraciones públicas. Precisamente, la particularidad de esta norma en el contexto jurídico español reside en el protagonismo concedido a la técnica de regulación por principios, que enumera y ayuda a perfilar: necesidad y proporcionalidad, no discriminación, etc. Con ellos se pretende garantizar la libertad de circulación y establecimiento de los operadores económicos, y el acceso y ejercicio de las actividades económicas de forma que se fomente la competencia en los mercados y, con ella, la competitividad de una economía y el bienestar del consumidor.

Sin embargo, la verdadera novedad de esta ley es acompañar estos principios con un sistema especial de recursos y reclamaciones. Así, se refuerza la tutela administrativa y jurisdiccional, por un lado, y se ayuda a definir el contenido de estos principios, delimitando su aplicación caso a caso.

Este artículo reflexiona sobre la aportación de esta ley frente a otras normas de derecho administrativo anteriores que hayan podido contener una enunciación de principios, indagando sobre la regulación por principios, la doctrina generada en torno a aquellos concretos recogidos en la LGUM, y su particular mecanismo de protección de operadores ante la violación de dichos principios.

II. LA REGULACIÓN POR PRINCIPIOS COMO MODELO DE REGULACIÓN EFICIENTE Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA LGUM

II.1 Los principios generales del derecho: concepto y funciones

La regulación por principios no es un fenómeno consustancial al sistema jurídico continental como el nuestro, ni resulta pacífica su aplicación aún en nuestros días.

La aparición del concepto de principios generales del derecho es la historia de una lucha entre el derecho escrito¹ y el espíritu de justicia en que se apoyan. Los principios generales del derecho se empezaron a reconocer en los códigos civiles del siglo XIX, para completar la regulación en aquellos supuestos no previstos por la ley (o la costumbre) (Rubio, 2011). No obstante, hoy han adquirido una entidad muy superior: ya no sólo completan lagunas, sino que “informan” el ordenamiento jurídico. Es decir, los principios actúan como guías en torno a los cuales ha de tejerse el ordenamiento jurídico, y desviarse de los mismos lleva a cuestionar la misma validez de las normas.

Así, hoy en día, las funciones de los principios son fundamentar o informar el ordenamiento jurídico, ayudar a interpretar la ley en caso de duda e integrar las lagunas de la ley y de la costumbre². Son “*soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que, por ello, prestan todo su sentido*” y además son generales “*porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos*” (García de Enterría, 1986) buscando trascender de lo que resulta justo en un caso concreto y velando por la materialización de aquellos valores de justicia que han de mantenerse como un referente³.

Históricamente los principios cobraron especial relevancia a partir del siglo XIX, “*cuando la llamada “motorización legislativa” (C. Scmitt) pulverizó el mito revolucionario e ilustrado de las leyes claras y bien ordenadas [propio de la codificación] (...) y sustituyó también el ideal de las leyes generales por otras hechas a la medida de los problemas, mucho más concretas y cambiantes*” (Muñoz, 2004)⁴.

Este fenómeno se ha dado de manera más acusada en el Derecho público, especialmente del Derecho Administrativo, por la abundancia de normas, la fugacidad de estas y la ausencia del fenómeno codificador. Por ello, la jurisprudencia ha recurrido a normas no escritas para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente antes de que estos ganaran el reconocimiento constitucional⁵.

Además, como posible explicación adicional, cabe apuntar que el derecho público ha requerido un nivel mayor de desarrollo que el derecho privado, ya que este último

¹ Lo que en Derecho se conoce como tradición positivista.

² Artículo 1 del Código Civil.

³ Curiosamente, muchos principios se han ido desvinculando de las instituciones o figuras jurídicas a las que sirvieron originariamente —a menudo de derecho privado— para pasar servir como un criterio general, horizontal a todo el ordenamiento, buscando darle un sentido unitario a todas las instituciones y situaciones en él reguladas. Por lo tanto, el papel de los principios no sólo es deductivo (del principio se extrae la norma aplicable al caso concreto) sino que también surgen de forma deductiva (de los casos surge el principio), al modo casuístico del derecho romano o anglosajón.

⁴ O, en palabras de García de Enterría, cuando “el legalismo exacerbado mató el positivismo”.

⁵ El fenómeno del constitucionalismo a partir del s. XIX ayudó precisamente a “positivar” aquellos principios fundamentales. La propia Constitución española de 1978 recoge en todo su articulado principios generales y valores superiores, y en particular, se refiere al sometimiento de la Administración “*a la Ley y al Derecho*” (artículo 103.1). Sin embargo, ya la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 admitía que los actos de la Administración habían de ser conformes “*genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirl[o] simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones.*”

puede adaptarse en los contratos entre las partes, si bien rara vez por completo (Hart, 1988), mientras que los poderes públicos están plenamente sometidos al derecho — indisponible y previsto necesariamente con anterioridad a la situación a regular. De ahí, quizás, esa vocación de prever y clasificar de antemano todas y cada una de las situaciones que se puedan dar entre el ciudadano y la administración.

En definitiva, los problemas que implican la aprobación de la gran cantidad de normas por parte de la Administración *“no puede resolverse más que disponiendo de un sistema flexible de principios generales del Derecho capaces de calificar y encauzar toda clase de situaciones, aún las más nuevas e imprevistas”* (García de Enterría, 1986).

Precisamente el Derecho administrativo económico, por su complejidad, profusión y presencia en un entorno —tecnológico, social— cambiante, requiere adaptación para evitar hacer obsoleta (o peor aún, injusta) una norma. Ejemplos recientes evidentes de conflicto normativo los encontramos en el fenómeno de la economía colaborativa, que demanda de transformaciones regulatorias en sectores como la financiación, el turismo o el transporte.

II.2 Los principios como base de regulación eficiente y defensa de la competencia

Tal y como se ha comentado es en el ámbito económico, por su carácter complejo y cambiante, donde la regulación por principios tiene la potencialidad de desplegar todos sus efectos. Y es en este ámbito donde la política de defensa de la competencia y, en términos más amplios, la regulación eficiente basada en dichos principios se configura como herramienta esencial de impulso de la competitividad de una economía y el bienestar del consumidor.

Así, la defensa de la competencia —en especial en su función de *advocacy* o promoción— está íntimamente relacionada con la regulación por principios. El objetivo principal de la promoción de la competencia es formar y difundir la “cultura de competencia” entre la ciudadanía en general y, particularmente, entre las Administraciones públicas. Debe tenerse en cuenta que en virtud del artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) las prohibiciones establecidas en dicha Ley son aplicables no solamente a los operadores privados sino igualmente a las restricciones de la competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos sin amparo legal. De esta forma, las Administraciones públicas pueden, con su actuación o regulación introducir restricciones a la competencia que se consideren injustificadas y, en consecuencia, contrarias a dicha Ley. Y es, precisamente, esa valoración de la “justificación” la que viene indisolublemente unida a determinados principios generales del derecho considerados de buena regulación o de regulación eficiente de las actividades económicas (necesidad, proporcionalidad o mínima distorsión, simplificación, no discriminación, etc.).

En definitiva, para determinar su “justificación” las autoridades de competencia evalúan las restricciones a la competencia en los mercados —al acceso o al ejercicio de las actividades económicas— generadas por las Administraciones públicas conforme a determinados principios. La “interpretación” que dichas autoridades hacen de dichos principios y de su forma de implementación en las normas determina que dichas actuaciones puedan considerarse contrarias o no a la normativa de defensa de la competencia. En este sentido, son múltiples los pronunciamientos mediante informes de proyectos normativos o estudios de la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia (CNMC) que, en ejercicio de sus funciones de promoción, realizan dicha evaluación de la normativa conforme a determinados principios de regulación eficiente⁶.

Esta vinculación entre política de defensa de competencia y principios de regulación eficiente, y la intención de la autoridad de convertirse en uno de los “garantes” de dichos principios, quedó de manifiesto especialmente a partir del año 2008 con la publicación de las «Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia» y la «Guía para la elaboración de las memorias de competencia», documentos ambos donde se proporcionan pautas a los poderes públicos para una correcta implementación de dichos principios. En este mismo sentido, cabría señalar igualmente la profusa labor de elaboración de informes de proyectos normativos por la CNMC durante el periodo de transposición de 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 (Directiva de Servicios), derecho derivado comunitario de referencia en relación con la regulación por principios.

La función de la CNMC de “guardiana de la correcta regulación por principios en el ámbito económico” se ha visto intensificada por las nuevas funciones que le ha otorgado la LGUM. Esta Ley, como se ha comentado, supone la culminación del modelo de regulación eficiente basado en la regulación por principios generales del derecho en el ámbito económico y tiene como uno de sus principales valores añadidos la configuración de unos mecanismos especiales de garantía del cumplimiento de dichos principios en los cuales la CNMC asume un rol esencial. Se consolida con dicha Ley la vinculación entre las funciones tradicionales de defensa de la competencia de la autoridad con las de “mejora de la regulación” en su función de promoción. Así, la propia exposición de motivos de la norma realiza dicha vinculación entre competencia y unidad de mercado al considerar que la *“fragmentación del mercado nacional dificulta la competencia efectiva”* y que la *“Ley busca establecer los principios y normas básicas que (...) garanticen la unidad de mercado para crear un entorno mucho más favorable a la competencia (...)”*. Cabe señalar, no obstante, que otros instrumentos que ya tenía la CNMC se mantienen inalterados (en especial la legitimación activa en materia de competencia del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y la capacidad de elaboración de estudios, informes, trabajos de investigación, etc.). Estos instrumentos de caracterización jurídica diferenciada “conviven” con las nuevas herramientas establecidas en la LGUM. Todas ellas, sin embargo, usan los comentados principios de regulación como base de su razonabilidad jurídica y se orientan a un objetivo común: el fomento de la regulación eficiente y de la defensa de la competencia por parte de los poderes públicos.

II.3.La eficacia de los principios de la LGUM como base del modelo de regulación eficiente y de promoción de la competencia

II.3.1 Cuestiones generales

La LGUM es actualmente la norma básica de referencia de regulación eficiente por principios en el ámbito económico. Sin embargo, los principios que enuncia (necesidad y

⁶ Por citar algunos véase el IPN/CNMC/002/19: Proyecto de Decreto por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la región de Murcia o el PRO/CNMC/002/16: Informe sobre el mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicios desatendidas.

proporcionalidad, cooperación, no discriminación, etc.) no son nuevos por sí mismos, ya que en realidad entroncan con los principios recogidos en la misma Constitución española⁷, en el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en normas generales de derecho administrativo y en normas sectoriales⁸, así como por la jurisprudencia. De esta forma, tal y como se ha comentado, por ejemplo, con anterioridad a la aprobación de la LGUM, la CNMC en sus funciones de promoción de la competencia y especialmente desde 2008 venía ya usando el cumplimiento de dichos principios como forma de evaluar las restricciones a la competencia establecidas por las Administraciones públicas para determinar su compatibilidad con la LDC.

¿Qué aporta la LGUM en ese caso respecto a normas anteriores tanto sectoriales como generales? Por una parte, desarrolla los principios de regulación económica eficiente y los “instrumentaliza” intentando evitar su ambigüedad y, en consecuencia, sus problemas de concreción e implementación. Asimismo, los dota de un sistema específico de tutela que facilita la revisión en vía administrativa y judicial de los actos y reglamentos que puedan ser contrarios a los principios (que se examinan en la sección 4 de este artículo). Por último, facilita la generación de una “doctrina específica”, ayudando a enmarcar el alcance real de dichos principios⁹.

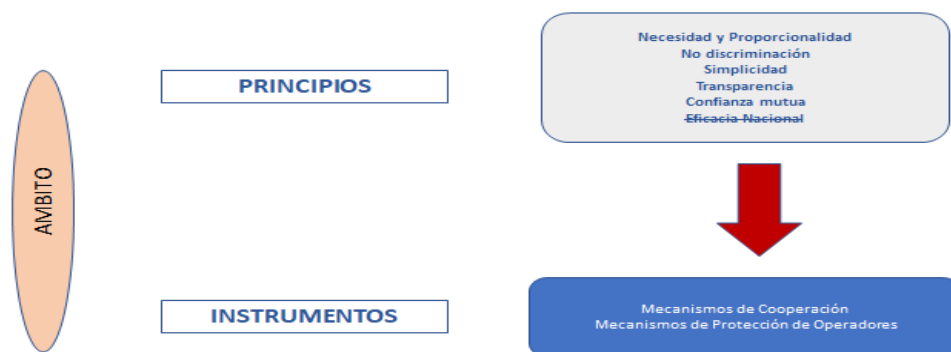
En estas dos últimas funciones (tutela reforzada y doctrina interpretativa), las autoridades de competencia —precisamente debido a dicho papel de garantes de la regulación eficiente antes comentado— asumen un rol especial. En particular, la propia Ley otorga a la CNMC competencias concretas respecto a su aplicación. Asimismo, varios de los organismos de competencia autonómicos también han asumido funciones específicas en este sistema al haber sido nombrados por sus Administraciones específicas, al igual que la CNMC, “puntos de contacto de unidad de mercado¹⁰”. Se trata, por tanto, como veremos de configurar un modelo de regulación eficiente conforme al cumplimiento de determinados principios cuyo cumplimiento se garantiza mediante el establecimiento de unos instrumentos específicos (mecanismos de cooperación y de protección de operadores tal y como los denomina la norma) que involucra al conjunto de las Administraciones públicas.

⁷ Así, por ejemplo, en la Sentencia 79/2017, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la conciliación de los principios de unidad y autonomía, así como el reconocimiento de los principios de cooperación y necesidad y proporcionalidad.

⁸ En particular, con carácter previo a la aprobación de la LGUM en La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (transposición de la Directiva de Servicios) o en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible pero también en la propia Constitución Española, (por ejemplo, en el artículo 103.1 relativo a los principios de actuación de la Administración pública o el artículo 38 sobre la libertad de empresa).

⁹ Como ejemplo de esta cuestión en este trabajo se ha recogido en diversas ocasiones en nota a pie referencias a Informes de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) órgano dependiente del Ministerio de Economía y Empresa que gestiona varios de los mecanismos de la LGUM. Estos informes son públicos y contienen criterios de aplicación de la LGUM. En los enlaces publicados se recoge además la referencia de los informes publicados, en su caso, en el mismo ámbito por la CNMC y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) como puntos de contacto de unidad de mercado de la LGUM.

¹⁰ El artículo 26.4 de la LGUM crea una red de puntos de contacto para la unidad de mercado y la solución de diferencias formada por la SECUM, la CNMC, cada departamento Ministerial y la autoridad designada por cada Comunidad o Ciudad Autónoma.

Figura 1 - MODELO DE REGULACIÓN POR PRINCIPIOS - LGUM

La razón para volver a incidir en la positivación, desarrollo y tutela de estos principios deriva de que precisamente su aparente falta de concreción¹¹ frente a la norma escrita dificulta la aplicación unívoca y omnipresente en toda la actividad administrativa, ante la ausencia de una jurisprudencia amplia y asentada¹².

En todo caso, paulatinamente, en los casi 6 años de vigor de la LGUM, va apareciendo una jurisprudencia que revisa la legalidad de disposiciones normativas conforme a los principios de la LGUM así como una cierta "doctrina" administrativa de aplicación de dichos principios fruto de los numerosos informes publicados por las autoridades implicadas sobre casos concretos. Ello confirma el valor de la LGUM como normativa de referencia para profundizar en la aplicación de dichos principios y reducir los problemas derivados de su ambigüedad o posible falta de concreción.

Por último, cabría señalar que la LGUM ha podido ser entendida como una medida de promoción de la eficiencia regulatoria y de la defensa de la competencia, pero también como de "desregulación"¹³, lo cual presenta el riesgo de ser percibido como reducción de la tutela de esos otros derechos e intereses que decíamos que originaban la regulación (protección del consumidor, medio ambiente, etc.). Tampoco se puede obviar que una regulación positiva y detallada, puede generar más seguridad jurídica para el operador económico en el corto plazo.

En todo caso, la doctrina jurisprudencial, junto con la "doctrina administrativa" que va surgiendo de los informes de las autoridades implicadas, permite que, de forma

¹¹ En el ámbito comunitario a través de diferentes iniciativas se ha intentado superar esa falta de concreción. Véase por ejemplo Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones

¹² Incluso la propia jurisprudencia ha mostrado dudas acerca de la aplicación de estos principios. Por ejemplo, en las Sentencias 118 y 119/2016 de 31 de marzo, la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, si bien fueron revocadas posteriormente, entendieron que cabía aplicar la LGUM en tanto en cuanto se pudiera determinar el alcance de los principios de necesidad y proporcionalidad, eficacia nacional y no discriminación conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional.

¹³ El propio Tribunal Constitucional considera en su Sentencia 79/2017, de 22 de junio de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 1397-2014. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado lo siguiente: "la Ley 20/2013 establece una serie de principios y directrices que tienen como resultado fundamental promover un funcionamiento más libre del mercado, pues someten a las autoridades regulatorias competentes, para el supuesto en que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad económica, a mayores condicionamientos y restricciones de los existentes hasta la aprobación de la norma. Tales condicionamientos y restricciones a la capacidad interventora de los poderes públicos en la economía, entrañan una «desregulación» del mercado. Desregulación que, junto a la garantía de la unidad de mercado, sería, por tanto, el segundo gran objetivo perseguido por la norma impugnada".

deductiva o haciendo un guiño al método anglosajón basado en el caso y los antecedentes, se vaya dando cuerpo a estos “vagos” principios. En este sentido, los siguientes apartados de este trabajo recogen y resumen dicha doctrina administrativa en relación tanto con el ámbito de aplicación como con la implementación de los principios en sí mismo.

II.3.2 Ámbito de aplicación

La eficacia de los diferentes principios definidos en la LGUM en su objetivo de configuración de un modelo de regulación eficiente de las actividades económicas y de defensa de la competencia depende, en gran medida, de la amplitud de su ámbito de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que la LGUM se “incardina” y toma como base (aunque sin configurarse como instrumento de transposición de normativa concreta) y como referente el derecho europeo (Fuentetaja Pastor, 2017). En este sentido, el principal precedente de mejora de la regulación económica a través de la regulación por principios en España —la transposición de la comentada Directiva de Servicios a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— tenía un ámbito de aplicación limitado. Éste se restringía exclusivamente al ámbito de los servicios —sin incluir actividades primarias o secundarias ni circulación de bienes— e incluyendo además importantes excepciones en su ámbito de aplicación (transportes, comunicaciones electrónicas, servicios financieros, determinados servicios sociales etc.).

La LGUM, sin embargo, y por tanto sus principios, se aplica al acceso y al ejercicio de absolutamente todas las actividades económicas. El ámbito de aplicación de la norma —establecido en su artículo 2¹⁴— tiene una amplitud máxima intentando garantizar así la mayor robustez y eficacia posible del modelo que los principios establecen. Es máxima en el ámbito económico, pero a la vez restringida pues no se aplica con carácter general¹⁵.

El propio anexo de la LGUM define lo que debe entenderse como actividad económica¹⁶ a efectos de aplicación de la Ley. Esta definición se caracteriza por diferentes elementos:

1. Es una actividad que se realiza por cuenta propia. Las actividades realizadas por cuenta ajena es decir las relaciones enmarcadas dentro de un contrato de trabajo no entran dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.¹⁷
2. La actividad debe realizarse en condiciones de mercado lo que implica que se presta a cambio de una remuneración económica. Quién abona esa

¹⁴ **Artículo 2.** Ámbito de aplicación.

Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional. (...).

¹⁵ Los principios de mejora de la regulación con carácter general aplicables a cualquier intervención administrativa o en la iniciativa normativa de las Administraciones públicas (sea del ámbito económico o no) estarían recogidos actualmente en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, la instrumentalización de estos principios y mecanismos de tutela específicos sólo se prevén en el marco de la LGUM.

¹⁶ (...) b) *Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.*

¹⁷ Véase al respecto el Informe de la SECUM: 28.0014 EDUCACIÓN. Acreditación profesorado universitario (con idéntico criterio que en los informes emitidos en el caso por la CNMC y la ADCA). En el ámbito comunitario en el marco de los servicios véase la Sentencia de 12 de diciembre de 1974, Walrave, asunto 36/74.

contraprestación es decir si es el propio cliente o usuario o si es abonada total o parcialmente por una administración pública, un ente privado o un tercero no es determinante para la calificación de la actividad como económica.¹⁸ El carácter de actividad económica tampoco se ve influida porque la remuneración esté intervenida o prefijada por las Administraciones públicas.

3. La actividad puede ser realizada por cualquier tipo de organismo o ente independientemente de su caracterización como público, privado o mixto. Tampoco es determinante la forma jurídica del operador que presta la actividad ni es necesario que su objetivo principal sea la obtención de un beneficio económico (es decir puede ser realizada incluso por una entidad sin ánimo de lucro).¹⁹
4. Las posibles características “especiales” de la actividad tampoco afectan a su cualificación como económica. Así, el que, por ejemplo, un determinado servicio sea considerado como servicio público o de interés general no supone una excepción al ámbito de aplicación de la LGUM. La externalización o delegación de funciones públicas en la medida en que son prestadas por operadores a cambio de una determinada contraprestación debe entenderse dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.²⁰ Se entenderían por tanto comprendidas actividades como los servicios sociales, la educación y la sanidad privada, las actividades de control e inspección realizadas por organismos acreditados, etc.
5. La intervención de las Administraciones públicas en la actividad (sea como se ha comentado mediante la fijación de tarifas, la regulación, la prestación de ayudas o subvenciones, el establecimiento de obligaciones de servicio público o cualquier otro tipo de regulación) tampoco es determinante para su calificación como actividad económica. De hecho, la forma concreta de intervención sí estaría sujeta a la LGUM (por ejemplo, la fijación de la remuneración o de tarifas de la actividad económica).²¹
6. No se consideran actividades económicas por no prestarse en un mercado aquellas que implican el ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas y que no se encuentran por tanto regidas por el Derecho privado (SECUM, 2014).

El artículo 9 de la LGUM²² establece que todas las Administraciones deben velar porque sus actuaciones e intervenciones se ajusten a los principios básicos de la LGUM. Dentro del concepto de Administraciones se entienden en sentido amplio todas aquellas autoridades competentes que —siguiendo la definición establecida en el anexo de la propia LGUM²³— tienen la capacidad para regular, intervenir o actuar sobre una

¹⁸ En el ámbito de los servicios véase la Sentencia de 13 de mayo de 2003, Müller Fauré, asunto C-385/99 y la Sentencia de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, asunto C-157/99.

¹⁹ En el ámbito de los Servicios véase la Sentencia de 11 de abril de 2000, Deliège, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97.

²⁰ Debe señalarse, no obstante, que esta cuestión no está exenta de debate. Véase por ejemplo al respecto Dictamen Consejo de Estado 1093/2014 (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²¹ Véase al respecto el Informe de la SECUM: 28.0055 COMERCIO. Productos cárnicos.

²² **Artículo 9.** Garantía de las libertades de los operadores económicos.

1. *Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia. (...)*

actividad económica. Se consideran por tanto autoridades competentes a las corporaciones de derecho público como los colegios profesionales. No se han entendido, sin embargo, comprendidas dentro de la LGUM las actuaciones que por ejemplo realicen los beneficiarios de una concesión pública en un determinado mercado y que sí estarían comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.²⁴ Asimismo debe resaltarse que la aplicación de los principios de regulación eficiente desde el punto de vista de la LGUM es única y exclusivamente a las intervenciones y actuaciones de las Administraciones públicas en el ámbito económico. En consecuencia, no se incluyen dentro de su ámbito de aplicación otras intervenciones o actuaciones de las Administraciones públicas que puedan afectar a los ciudadanos en general pero no a operadores económicos.²⁵

La conjunción del ámbito de aplicación de la LGUM junto a la garantía general de las libertades de los operadores económicos recogida en el comentado artículo 9 puede llevar a una interpretación incluso aún más extensiva de su ámbito. En este sentido la SECUM ha considerado que cualquier mecanismo de acceso a un mercado (sea de asignación, de prestación de un servicio público, de contratación, concesión, licitación, adjudicación o compra²⁶) está sujeto a los principios de regulación eficiente establecidos en la norma.²⁷ Incluso la decisión de optar por un determinado mecanismo de provisión también podría estar sujeta a su ámbito de aplicación y, por tanto, no puede ser discrecional. Esto es, la decisión de establecer una concesión pública o un régimen de autorización²⁸ estaría sujeta a los principios de regulación eficiente establecidos en la LGUM.

Debe señalarse, no obstante, que esta amplitud del ámbito de aplicación de la LGUM así considerada por la SECUM y por otros organismos como la CNMC parecía que iba a verse matizada o limitada por los órganos jurisdiccionales al entender que la unidad de mercado sólo se ve afectada por disposiciones o actos de carácter infraestatal. Así la Sentencia de la Audiencia Nacional 119/2016 de 31 de marzo, en virtud del recurso interpuesto por la CNMC contra diversas normas y actos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que denegaban a una empresa la renovación de autorización como servicio de prevención ajeno por no tener una Unidad Básica de Salud en dicha Comunidad Autónoma fue desestimada al considerarse que la *norma*

²³ **Anexo.**

(...) *Autoridad Competente: cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.*

²⁴ Véase Informe SECUM: 28.0024 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Servicios funerarios o Informe ADCA nº 15/2014. mercado (expediente (...) "autoescuelas: cursos de reeducación vial").

²⁵ Este tipo de intervenciones o actuaciones podrían ser analizadas igualmente en virtud de los principios de mejora regulatoria establecidos actualmente con carácter general en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Ambas normas, por tanto, sirven también de base del modelo de regulación por principios fuera del ámbito económico. Si bien, no se prevé en dicha normativa mecanismos de tutela similares a los establecidos en la LGUM.

²⁶ Véase Agencia de Defensa de Competencia de Andalucía: Nota sobre la Contratación Pública y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En los casos presentados ante la SECUM hay varios relativos a pliegos de contratación. Véase, por ejemplo: Informe SECUM. 28.31 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Renting. Considera la SECUM que: (...) el uso de un sistema de licitación pública como mecanismo de asignación o provisión no puede considerarse en sí mismo como una restricción de acceso a un mercado en la medida en que su diseño garantice el acceso de los operadores y genere competencia por el mercado ex ante y ex post. Ahora bien, los pliegos de contratación no podrán contener requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM (artículo 18) ni requisitos innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la contratación (artículo 5)". En el mismo sentido considera la ADCA que: "Para que los contratos no sean contrarios a la LGUM deben ser proporcionados, necesarios, no discriminatorios y adecuados al objeto de los mismos, de modo que no obstaculicen la concurrencia de las entidades eventualmente interesadas, ni la competencia por la parcela del mercado que constituye la contratación pública".

²⁷ Informe SECUM: 28.0002 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Medicamentos.

²⁸ Informe SECUM: 26.0014 Contratación pública. Cursos de reeducación vial.

decidendi en la que se basaban los actos de la Comunidad Autónoma era una norma estatal, “por lo que no resulta de aplicación la LGUM”. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo 1913/2018 de 4 de junio en materia de alquiler de vehículos con conductor entra a realizar un profundo análisis de necesidad y proporcionalidad en aplicación de la LGUM de un Real Decreto estatal (llegando incluso a anular un par de disposiciones de la norma impugnada) por lo que esta inicial visión de la Audiencia Nacional puede considerarse superada. En coherencia con esta visión la Sentencia 119/2016 ha sido anulada recientemente en casación por el Tribunal Supremo (STS 362/2019 de 18 de marzo).

III. LOS PRINCIPIOS DE LA LGUM

Una vez analizada la LGUM como normativa base de referencia de *configuración* de un modelo regulación eficiente de las actividades económicas a través de la regulación por principios procede a continuación analizar en profundidad el alcance de los principios más relevantes de la Ley tal y como se configuran en la norma.²⁹

Como comentamos, uno de los principales valores añadidos de la norma es la instrumentalización y detalle de los principios de regulación eficiente y el establecimiento de mecanismos de tutela que permiten, entre otras cuestiones, ir generando una doctrina tanto administrativa como jurisdiccional que reduce o elimina las posibles ambigüedades respecto a su aplicación. En este sentido, se recoge y sistematiza a continuación dicha doctrina —ampliada, en su caso, con otras referencias jurisdiccionales de aplicación—.

III.1. El principio de necesidad y proporcionalidad

El principio de necesidad y proporcionalidad se enuncia en el artículo 5 de la LGUM y busca limitar la intervención de la administración al mínimo necesario para la consecución del fin perseguido, de modo que “no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

El principio de proporcionalidad se encuentra presente en otros ámbitos de derecho público como es el derecho penal y del derecho administrativo (por ejemplo, en la proporcionalidad de las penas o sanciones). La limitación de la intervención de la administración se fundamenta en la protección de otros derechos y libertades que están siendo restringidas con su actuación: derecho a la propiedad, a la libertad de movimiento, etc. No es tanto una ponderación de derechos, como que una vez que se ha determinado que hay una razón superior para intervenir, esta intervención debe ser lo menos gravosa posible para la sociedad, de modo que se emplee el medio menos lesivo que a su vez tienda a producir el resultado esperado.

La jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad, de referencia en este ámbito, ha tasado tres requisitos, añadiendo la idoneidad (que la medida tienda al objetivo propuesto), a la necesidad (que no hay otra medida que más moderada para la consecución del propósito fijado) y la proporcionalidad (al fin social o político perseguido). El control jurisdiccional de la actividad administrativa, no obstante, reconoce sus límites y deja al legislador cierto margen de error en la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Barnes, 1994).

²⁹ No se analizarán en este artículo otros principios también establecidos en la LGUM con carácter general (como el principio de cooperación) o aquellos que no son objeto de mayor concreción o instrumentación en la norma como por ejemplo el principio de transparencia y el principio de simplificación de cargas.

Es precisamente la naturaleza sustancial —y no forma— de la regulación por principios la que al tiempo que dificulta el control, permite adaptarse a diversas situaciones que van surgiendo con la evolución de la regulación de la actividad económica.

Precisamente, por tratarse de una norma de ámbito económico, los derechos y libertades a proteger frente a la intervención desproporcionada de los poderes públicos serían los derechos constitucionales de propiedad (art 33 de la CE), libertad de empresa (art. 38) y libertad de circulación y establecimiento (art. 139 CE), pero también podría alcanzar al principio de libre competencia y a los beneficios asociados para los consumidores.

A su vez, la norma señala que los fines que justifican la intervención pública en el ámbito económico son las llamadas razones imperiosas de interés general, definidas por remisión al amplio listado reconocido por la jurisprudencia comunitaria (si bien limitado en número a las trece recogidas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)³⁰.

Y es que, si bien antes se mencionaba la jurisprudencia germana, la inclusión del principio de necesidad y proporcionalidad en esta ley tiene una clara inspiración del ámbito comunitario. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aparecía desde el principio como un criterio para racionalizar la producción de actos jurídicos de la Unión, basado en el derecho comparado de los Estados miembros, e incorporado al Tratado de la Unión Europea (artículo 5) como criterio de actuación general. Entre muchos otros supuestos, el principio de proporcionalidad fue invocado por la justicia comunitaria para restringir la posibilidad de limitar las libertades de circulación, y en todo caso por una razón de interés general (como recoge el Tratado de Funcionamiento de la UE hoy en día). Otro ejemplo de la aplicación del principio en el ámbito económico es la obligación de que las cargas y gravámenes que imponen las normas comunitarias no podrán exceder lo necesario para la consecución de la finalidad perseguida³¹. En Derecho derivado destacaría la instrumentalización de dicho principio en el ámbito de servicios realizado por la comentada Directiva de Servicios. A nivel europeo se sigue de hecho trabajando en la instrumentalización de dicho principio en ámbitos sectoriales (véase por ejemplo la Directiva para llevar a cabo evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones que restrinjan el acceso o el ejercicio de profesiones reguladas).

En el ordenamiento jurídico español el principio de necesidad y proporcionalidad estaba ya recogido en la redacción original de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque referidos en el articulado a la ejecución forzosa y el procedimiento sancionador, y desarrollado como un principio de buena regulación en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible³². Asimismo, 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 modificó la referida Ley 30/1992, de 26 de

³⁰ **Artículo 3.** Definiciones

(...) "11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural."

³¹ STJCE de 24 de octubre de 1973, Asunto 5/73

³² Artículo 4, derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

noviembre para ampliar los principios de mejora regulatoria a toda intervención pública (nuevo artículo 39bis). Actualmente, los principios de necesidad y proporcionalidad se encuentran recogidos entre los principios de buena regulación definidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. En virtud de esta Ley, además, las Administraciones públicas (con la excepción de las Comunidades Autónomas en su iniciativa legislativa³³) están además obligadas a recoger en el preámbulo o exposición de motivos de las normas una justificación de la adecuación de las mismas a los principios de buena regulación.

En el ámbito económico, el principio de necesidad y proporcionalidad aparece referido a la restricción de libertades económicas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 5. b) y c) y artículo 9), precisamente como transposición de normativa comunitaria (la comentada Directiva de Servicios). La autorización y los requisitos que se impongan para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios serán necesarios y proporcionados, y justificado por razones tasadas de interés general.

La LGUM, como se ha comentado, va más allá en su ámbito de aplicación y abarca, por un lado, a cualquier requisito para el desarrollo de toda actividad económica (artículo 5), y por otro, a los límites al acceso a las actividades económicas (artículo 17).

En este segundo artículo, la ley tasa las formas de acceso a una actividad económica (autorización, declaración responsable y comunicación, de más a menos gravosas para el operador económico) y limita los supuestos en los que puede exigirse cada una de las tres, en función por ejemplo de si se refiere a un operador económico o a una instalación, a dominio público, o de si viene exigido por una norma comunitaria o un tratado. Qué duda cabe de que esta concreción facilita la aplicación de la norma y proporciona seguridad jurídica a los operadores y a las propias administraciones ante una revisión posterior en vía administrativa o jurisdiccional.

Sin embargo, el artículo 5 exige un análisis de proporcionalidad general de cualquier forma de restricción de la actividad económica, en la línea de acreditar ser el medio menos restrictivo para los fines de interés general. Así, es preciso estudiar caso a caso si las regulaciones o decisiones administrativas destinadas a salvaguardar ciertos intereses legítimos están imponiendo cargas desproporcionadas al operador que lesionan su libertad de empresa o suponen barreras (económicas) al acceso a una actividad³⁴. Un ejemplo sería la Sentencia de la Audiencia Nacional 2026/2018 de 14 de mayo, que anula la resolución que denegaba la apertura de un Centro Comercial en horario excepcional en Valencia señalando que la normativa autonómica sectorial de aplicación al caso debería haber sido interpretada según el principio de necesidad y de

³³ Dado que el precepto concreto de la Ley para este supuesto fue considerado inconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2018 de 24 de mayo de 2018).

³⁴ Informe SECUM: 28.0020 TRANSPORTE TERRESTRE. Mercancías por carretera. En este caso, la normativa sectorial de la comunidad autónoma exigía (i) la necesidad de acreditar una capacitación profesional mediante un certificado de capacitación que se expide tras superar unas pruebas; (ii) La necesidad de acreditar una capacidad económica consistente en el desembolso de un capital de 9.000 euros para el primer vehículo y 5.000 euros adicionales para los siguientes; y (iii) la necesidad de disponer de al menos tres vehículos. El informe SECUM señala que no se han identificado distorsiones en la prestación de la actividad económica, ni merma de la calidad del servicio, ni desprotección de los consumidores y usuarios en estas Comunidades Autónomas sin regulación autonómica específica. Según este, la imposición de todos estos requisitos adicionales en su conjunto podría considerarse una barrera innecesaria y desproporcionada al acceso y al ejercicio de la actividad en la medida en que no está claramente identificado el interés general a proteger que debería justificar estos requisitos y en tanto en cuanto tampoco se ha motivado la proporcionalidad de los mismos.

proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM.³⁵

Muy frecuentemente las restricciones que terminan siendo consideradas desproporcionadas por la SECUM están relacionadas con la protección del consumidor, finalidad completamente legítima (razón imperiosa de interés general —RIIG— prevista en la propia LGUM que justificaría la necesidad de la medida) pero para la que la herramienta elegida puede no ser la menos lesiva³⁶. En otros casos se refieren a la protección de los intereses de operadores económicos ya establecidos y en esos casos cabe plantearse si esta finalidad es un fin legítimo en sí mismo vinculado a una de las RIIGs recogidas en la LGUM, que autorice a restringir los derechos de otros operadores para su tutela.

Asimismo, la desproporcionalidad puede nacer de regulaciones que pueden haberse quedado obsoletas por la evolución de los modelos de negocio, tales como aquellos servicios que empiezan a prestarse on-line, ya sea enseñanza o el alquiler de apartamentos turísticos, lo que lleva a revisar la pertinencia de requisitos asociados a la prestación o la contratación presencial³⁷.

También encontramos en el artículo 18.2.g)³⁸ un criterio limitativo de la actuación pública: se prohíben los requisitos de naturaleza económica, por un lado, y que conlleven al intervención directa o indirecta de competidores, por otro. En el primer caso, hablamos de un análisis económico previo y que más bien parecen destinados a asegurar la viabilidad de una actividad económica, como estudios de demanda³⁹. En el segundo, la participación de competidores en el acceso a la actividad económica nos alerta de límites al acceso de un nuevo operador, en contra de la libre competencia.

En definitiva, se trata de valorar si es necesaria la intervención pública (para tutelar un fin legítimo conforme a una RIIG) y si es la forma más proporcionada para contribuir a la protección de ese objetivo. En ese sentido, el artículo 18 ayuda a concretar la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad recogido en los artículos 5 y 17 de la LGUM ya que realiza una aplicación del mencionado principio directamente al establecer como “prohibidos” determinados requisitos que se consideran innecesarios y desproporcionados.

³⁵ Más recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1913/2018 de 4 de junio en materia de arrendamiento de vehículos con conductor no parece confirmar el criterio establecido por la Audiencia Nacional sobre la necesidad de que los demandados justifiquen la necesidad y proporcionalidad de la regulación. El Tribunal Supremo “invierte” la carga de la prueba considerando que deben ser los recurrentes los que planteen alternativas que se consideren coherentes con la LGUM y, en definitiva, los que deben probar que la regulación adoptada no es necesaria y proporcionada.

³⁶ Véase Informe SECUM: 26.0151 COMUNICACIÓN- Intermediación servicios de taxi

³⁷ Véase por ejemplo Informe SECUM: 28.0017 TRÁFICO. Enseñanza On Line o Informe SECUM: 26.0059 HOSTELERÍA - Apartamentos turísticos. En este último caso, un operador presenta una reclamación frente a la resolución adoptada por la Comunidad de Castilla y León en relación a la solicitud de dispensa —prevista en la ley autonómica— presentada por el interesado para que se le exima del cumplimiento de algunos de los requisitos de dotación y equipamientos exigidos para el alquiler de apartamentos turísticos. La SECUM concluye que la denegación de la dispensa debe sustentarse en los principios de necesidad y proporcionalidad. Además, a fin de realizar dicho análisis, y teniendo en cuenta que la razón imperiosa de interés general a salvaguardar es la protección de los derechos, la salud y la seguridad de los consumidores, deberían tenerse en cuenta, entre otras cuestiones: la toma en consideración del canal de comercialización utilizado; la valoración del nexo causal de los requisitos mínimos solicitados con la razón imperiosa de interés general que se pretende salvaguardar; y la valoración de posibles medidas menos restrictivas para alcanzar el fin perseguido.

³⁸ El artículo 18. *Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación* se refiere fundamentalmente al principio de no discriminación y eficacia nacional, pero el apartado 2.g) parece más propio del principio de proporcionalidad. De hecho, numerosos informes de la SECUM se refieren al artículo 18.2.g) y al artículo 5 a la vez. La prohibición de la participación de competidores en el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios ser reguló con mayor detalle en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, art. 10.f)

³⁹ Informe SECUM: 26.0115 COMERCIO- Centro comercial Adeje.

III.2. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación de la LGUM se regula en su artículo 3 y se instrumenta a través de diversas conductas de las Administraciones públicas consideradas *per se* como discriminatorias y, en consecuencia, como directamente prohibidas en su artículo 18.2.a).⁴⁰ Es decir, al igual que ocurría con el principio de necesidad y proporcionalidad, la norma realiza la aplicación del principio de forma directa ayudando a concretar su aplicación al señalar específicamente varias conductas que incumplirían dicho principio. Entre estas se incluyen, por ejemplo, las que obligan a 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, así como solicitudes de residencia de su personal o de los que ostenten la propiedad. La constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2018 de 31 de octubre, sobre la prohibición de la solicitar “*un establecimiento físico dentro de su territorio*” (artículo 18.2.a). 1º) en las convocatorias de ayudas en Aragón para la formación de trabajadores⁴¹.

El principio de no discriminación de forma genérica puede considerarse un reflejo del principio de igualdad de trato, entendido éste en un sentido positivo (tratar igual a los iguales) y negativo (tratar diferentes a los diferentes). Este principio ha sido históricamente recogido tanto en el ordenamiento jurídico nacional como internacional (Constitución española⁴², Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, etc.) y ha sido especialmente señalado como principio básico de funcionamiento en determinados ámbitos como, por ejemplo, el tributario. Algunos autores han considerado que el principio de no discriminación de la LGUM no se configura de forma absoluta, sino que se plantea como posible “desigualdad de trato no justificada” (Alonso Mas, 2014). Es decir, se podría por tanto entender que sería posible una discriminación si esta es “necesaria y proporcionada”. No es esta la interpretación realizada por la SECUM en sus informes hasta la fecha que ha considerado que las posibles contravenciones del principio de no discriminación (bien directamente por el artículo 3 o por su instrumentalización del artículo 18.2.a) son prohibidas con carácter absoluto y por objeto.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el principio de no discriminación de la LGUM es simplemente una particularización del principio genérico. Así, la no discriminación de la LGUM se recoge únicamente desde el punto de vista de la residencia o establecimiento y solamente para los operadores económicos —siguiendo el ámbito restringido de la norma limitado a las actividades económicas—. Tampoco serían objeto del modelo de regulación eficiente establecido en la LGUM materias relacionadas con las diferentes prestaciones obtenidas (educación, sanidad, etc.) por los ciudadanos según su lugar de residencia⁴³.

Por lo que se refiere al destinatario de la tutela de la no discriminación, este principio en la LGUM es más limitado que el recogido en la propia Directiva de Servicios y en la transposición realizada por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Así, el artículo 16 de dicha ley recoge una manifestación del principio de no discriminación con relación a los consumidores, al fijar que los prestadores no pueden establecer condiciones generales de acceso a servicios sin razones objetivas, que estén basadas en la

⁴⁰ Informe SECUM: 28.0018 SERVICIOS FUNERARIOS. Instalaciones

⁴¹ Informe SECUM: 26.0025 EDUCACIÓN. Centros formación empleo

⁴² **Artículo 14**

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social

⁴³ Informe SECUM. 28.0002 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Medicamentos

residencia o nacionalidad. Esto implica, por ejemplo, que las empresas no pueden establecer tarifas diferentes según la residencia del destinatario⁴⁴. Esta materia ha sido recientemente cuestión de especial relevancia y desarrollo en el ámbito comunitario⁴⁵. La LGUM sin embargo no recoge esta cuestión y limita la no discriminación a las condiciones de acceso y ejercicio de los operadores económicos que realizan actividades económicas.

Asimismo, en relación con su ámbito de aplicación, no se incluye dentro de la no discriminación de la LGUM cuestiones relacionadas con el diferente trato administrativo otorgado a los operadores económicos si éste encuentra su base en otras cuestiones distintas de la diferente residencia o el domicilio social de los mismos. Si bien la posible discrecionalidad de dicho trato discriminatorio podría analizarse desde el punto de vista de la necesidad y proporcionalidad de la actuación.⁴⁶ De igual manera no se incluye en la LGUM como discriminatorio el hecho de que los operadores estén sujetos a normativas y requisitos distintos de acceso en virtud de su autoridad de origen (algo consustancial a nuestro reparto competencial entre diferentes administraciones). Esta limitación del principio de no discriminación ha sido señalada por la SECUM en diversos informes⁴⁷.

Por último cabe señalar que la aplicación del principio de no discriminación en relación a las ayudas públicas, subvenciones o similar ha sido matizado a través del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación al artículo 18.2.a de la LGUM (Rodríguez Míguez, 2017).⁴⁸ La interpretación de este Acuerdo supone considerar que un elemento consustancial a las políticas de fomento es su territorialidad (no tendría, por ejemplo, sentido dar ayudas a la creación de actividad económica a operadores que no generen actividad en el territorio que concede la ayuda) por lo que esta conexión no puede considerarse discriminatoria en aplicación de la LGUM. En este sentido, la interpretación dada por la SECUM⁴⁹ a esta disposición desvincula la creación o permanencia de actividad con la existencia de domicilio social de la empresa. Se trataría por tanto de

⁴⁴ Este principio general de no discriminación en relación a los consumidores según la residencia y/o la nacionalidad quedó establecido como infracción en materia de defensa de derechos de consumidores y usuarios en el artículo 60.k del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, tras la modificación realizada por 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. Mediante esta modificación en España el principio de no discriminación desde el punto de vista del consumidor se amplía no sólo a los residentes o nacionales en el Espacio Económico Europeo sino a todos los consumidores independientemente de su lugar de residencia o nacionalidad.

⁴⁵ Véase por ejemplo la Guía de la Comisión Europea de aplicación del artículo 20.2 de la Directiva de Servicios del año 2012 o el recientemente aprobado Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior

⁴⁶ Informe SECUM. 26.34 ACTIVIDADES INMOBILIARIAS. Centro comercial

⁴⁷ Véase por el ejemplo el Informe SECUM. 28.0046 COMERCIO. Horarios

⁴⁸ Entre otras cuestiones el Acuerdo señala lo siguiente: *"1.º De conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia de fecha 5 de marzo de 2014, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales (...) ambas partes las consideran solventadas de conformidad con los siguientes compromisos: (...) d) En relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 18.2.a) ambas partes coinciden en interpretar que su contenido no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin que ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa."*

⁴⁹ Informe SECUM. 26.88 EDUCACIÓN – Centros Formación Empleo – Madrid (2): *"(...) En definitiva, hay que considerar que, dado que la propia naturaleza de la política de subvenciones llevada a cabo por las Administraciones públicas en el marco de su actividad de fomento exige una cierta territorialidad de sus efectos, la actividad que vaya a recibir las eventuales medidas de fomento (en este caso, formación para el empleo) puede tener conexión directa con el ámbito territorial de la entidad concedente de las mismas. Si bien, en virtud de la LGUM debe entenderse que esta conexión con el ámbito territorial no puede establecerse exclusivamente en relación con la existencia de un domicilio social o un establecimiento físico concreto en un determinado territorio sino, por ejemplo, por la generación o permanencia de actividad económica en el mismo con base en posibles diferentes indicadores (...)"*.

“evitar” el incentivo a modificar el domicilio social de las empresas vinculado a la búsqueda de ayudas o subvenciones y tender a un modelo más eficiente por el cual las políticas de fomento se vinculan al objetivo último de las mismas.

III.3 El principio de eficacia nacional

El principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional se definía con carácter general en el artículo 6 de la LGUM y se instrumentaba como concepto en los artículos 19 y 20⁵⁰ de la norma.

Los artículos 19 y 20 hacían referencia a la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional y a la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas. Estos artículos detallaban el comúnmente conocido como principio de licencia única para todas las actividades económicas, es decir, el hecho de que un operador económico una vez habilitado en un lugar del territorio español pudiera ejercer en el resto de territorio sin solicitud de más trámites o de que un producto pudiera ofertarse y circular libremente por todo el territorio. Asimismo, establecían la validez nacional de habilitaciones, acreditaciones, cualificaciones, inscripciones en registros, certificaciones y demás actuaciones administrativas recogiendo además las posibles excepciones al comentado principio (ocupaciones de dominio público, infraestructuras físicas, servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, etc.). Es decir, este principio suponía una proyección de las competencias —supraterritorialidad— de la autoridad encargada de habilitar al acceso tal que los medios de intervención otorgadas por esta debían ser reconocidos implícitamente por el resto de las autoridades del territorio español.

El principio de eficacia nacional previsto inicialmente en la LGUM podía ser entendido como un principio más de regulación eficiente y de defensa de la competencia de la norma, destinado, en este caso, a orientar todo el ordenamiento jurídico económico. Así, la LGUM ampliaba para todas las actividades económicas y eliminaba límites de aplicación a un principio ya contenido en múltiple normativa básica sectorial (residuos, metrología, control industrial, etc.) y ya recogido para determinados ámbitos en la normativa europea (especialmente en la Directiva de Servicios)⁵¹ y en la jurisprudencia comunitaria.⁵²

En todo caso, la instrumentación de dicho principio en una norma de carácter general ha sido considerado inconstitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales y por tanto nulos (Sentencias 79/2017 de 22 de junio, 110/2017 de 5 de octubre y 111/2017 de 5 de octubre) entre otros, varios de los señalados preceptos relativos al principio de eficacia nacional⁵³ que con carácter general se establecía en la

⁵⁰ En conexión con estos artículos y también relativos a la aplicación del principio de eficacia nacional cabría señalar otros preceptos de la LGUM como por ejemplo la señalización de determinadas actuaciones que limitaban la libertad de establecimiento y circulación (apartados b, c, d y e del artículo 18 relativas a la solicitud de trámites, cualificaciones, seguros y especificaciones técnicas de productos adicionales a los del lugar de origen) y que, por tanto, se consideraban requisitos prohibidos por la LGUM. También en conexión a estos artículos cabría tener en cuenta las consideraciones relativas a la determinación de la autoridad —de origen o destino— encargada de la supervisión de los operadores cuestiones recogidas en la disposición adicional décima y en el artículo 21 de la norma.

⁵¹ Transpuesto a la normativa interna —con matices— a través del artículo 4.2 y 7.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁵² Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión contra Italia, asunto C-134/05.

⁵³ El concreto se declaran inconstitucionales los comentados artículos 6, 19 y 20 de la norma. Asimismo, en conexión con estos artículos se declaran inconstitucionales los preceptos sobre determinadas actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y circulación (apartados b), c) y e) del artículo 18, relativas a trámites, cualificaciones y especificaciones técnicas de productos, adicionales a los requeridos en el lugar de origen), que se consideraban requisitos prohibidos por la LGUM y determinadas consideraciones relativas a la determinación de la “autoridad de origen”, recogidas en la DA 10ª y relativas a la autoridad competente de la supervisión de los productos recogidas en el artículo 21.2.c).

LGUM estimando parcialmente los recursos presentados por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de Canarias y el de Andalucía contra varios artículos de la norma. Considera el Tribunal que el reconocimiento por parte del Estado de efectos supraterritoriales a las actuaciones autonómicas sólo puede producirse cuando exista una legislación estándar común o equivalente. No se analizará en profundidad por tanto en este artículo el alcance de este principio en el marco de la LGUM (para más información sobre el alcance de estas Sentencias véase Sola Teysierre, 2017).

IV. LOS INSTRUMENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS

Como se ha analizado, el modelo de regulación eficiente definido en la LGUM se sustenta en el cumplimiento de determinados principios por parte de todo acto, actuación o disposición realizado por cualquier autoridad competente. Sin embargo, el efectivo cumplimiento de dichos principios teniendo en cuenta la complicada estructura competencial y administrativa existente en nuestro país, requiere de la puesta en marcha y el buen funcionamiento de determinadas herramientas o instrumentos de tutela: los denominados en la propia Ley como mecanismos de cooperación y mecanismos de protección de operadores.

Así, por una parte, para garantizar la adecuada inspección y supervisión de los operadores económicos y del ejercicio de las actividades económicas —imprescindible para el mantenimiento de la protección de los consumidores— en relación con el cumplimiento del principio de eficacia nacional establecido en los artículos 19 y 20 de la LGUM —declarados como se ha comentado inconstitucionales— se consideraba esencial generar nuevos mecanismos de cooperación o reforzar los ya existentes. La LGUM establecía un modelo (artículo 21) por el cual las autoridades de origen son las encargadas de supervisar las condiciones de acceso de los prestadores y de fabricación de los productos, mientras que las autoridades de destino serían las encargadas de supervisar los requisitos de ejercicio (el artículo 21.2.c) relativo a la supervisión de los productos ha sido declarado inconstitucional). Ello se preveía en la medida en que el medio de intervención para el acceso obtenido en origen tenía validez en el resto del territorio. No obstante, en destino podía ser necesario comprobar cuestiones relacionadas con el medio de intervención dado o presentado en origen o podían detectarse incumplimientos de las condiciones de acceso. Es por ello que se consideraba esencial que hubiera una comunicación o cooperación entre las diferentes autoridades competentes al modo del ya existente a nivel comunitario Sistema IMI (Internal Market Information System). Para ello, la LGUM establece también determinados mecanismos como, por ejemplo, la integración de la información obrante en los registros o el sistema de información para la supervisión. Otros mecanismos de cooperación ya existentes como por ejemplo las Conferencias sectoriales o la Plataforma de contratación del Sector público fueron reforzados en la norma asumiendo nuevas competencias y funciones.⁵⁴ La regulación de estos sistemas de cooperación no han sido declarada inconstitucional y en consecuencia están en vigor.

Por otra parte, como se ha comentado, con el objetivo de que la normativización de dichos principios no tenga un mero carácter programático, es decir, para dar fuerza a dichos principios y garantizar su cumplimiento por las distintas autoridades competentes, la LGUM prevé diversos mecanismos de tutela y protección de operadores y recoge específicamente la acción popular en la materia. Estos mecanismos

⁵⁴ En relación con la implementación práctica de estos mecanismos de cooperación véase el *“Acuerdo por el que se establece y desarrolla el sistema de cooperación interadministrativa en materia de unidad de mercado”* del Consejo para la Unidad de Mercado (2015).

—gestionados por la SECUM y la CNMC— tienen carácter privilegiado y se suman a los procedimientos ordinarios ya existentes. En concreto, la LGUM recoge en su Capítulo VI dos mecanismos de protección de operadores gestionados por la SECUM. Uno de ellos se configura como una nueva alternativa formal al sistema administrativo de recursos (artículo 26) y el otro como un procedimiento de información adicional de eliminación de obstáculos y barreras a la unidad de mercado detectadas por los operadores económicos (artículo 28). Estos procedimientos se gestionan a través de la comentada red de puntos de contacto de unidad de mercado de autoridades estatales y autonómicas que pueden elaborar informes de valoración en los casos presentados. La SECUM debe elaborar informes de valoración (sobre el ajuste de la actuación reclamada a los principios de la LGUM) de forma preceptiva, que se hacen llegar a la autoridad competente con carácter previo a la resolución del caso para su valoración y que se hacen públicos en su página web. Otros puntos de contacto (la CNMC o la ADCA) también suelen publicar sus informes. En la práctica, estos procedimientos “instan” a las autoridades competentes a “reexaminar” sus conductas teniendo especialmente en consideración los principios establecidos en la LGUM.

Asimismo, la LGUM regula en su artículo 27⁵⁵ un nuevo recurso contencioso-administrativo especial en materia de unidad de mercado por el cual la CNMC se encuentra legitimada por la LGUM para impugnar ante la Audiencia Nacional los actos y disposiciones generales de las Administraciones públicas que entienda contrarias a los comentados principios recogidos en la LGUM (varias sentencias de relevancia han sido señaladas a lo largo de este artículo). La CNMC recoge en su página web los recursos interpuestos y las sentencias publicadas en el marco de estos procedimientos. Como se ha comentado, esta legitimación se une a la que ya tenía la CNMC en virtud del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio —y también los organismos autonómicos de competencia según la LDC— relativa a los actos y disposiciones que afecten a la competencia en los mercados⁵⁶. Ambas legitimaciones tienen características jurídicas diferenciadas⁵⁷ aunque su objetivo final y su fundamentación jurídica es similar (de hecho, es habitual que en recursos interpuestos por la vía de la legitimación de la competencia se utilicen argumentos de valoración conforme a los principios de regulación de la LGUM)⁵⁸. Ambas, se configuran, pues, como herramienta para garantizar la regulación eficiente y la defensa de la competencia.

En definitiva, estos mecanismos son sistemas o ventanillas especiales a través de los cuales los operadores económicos pueden denunciar lo que consideren incumplimientos de determinados principios de regulación. En consecuencia, se conforman como herramientas de tutela del administrado y de disciplina de las Administraciones evitando su inactividad y fomentando así —en último término— el efectivo cumplimiento de los principios establecidos en la LGUM con el objetivo de generar un modelo eficiente de regulación de las actividades económicas (Álvarez, 2014).

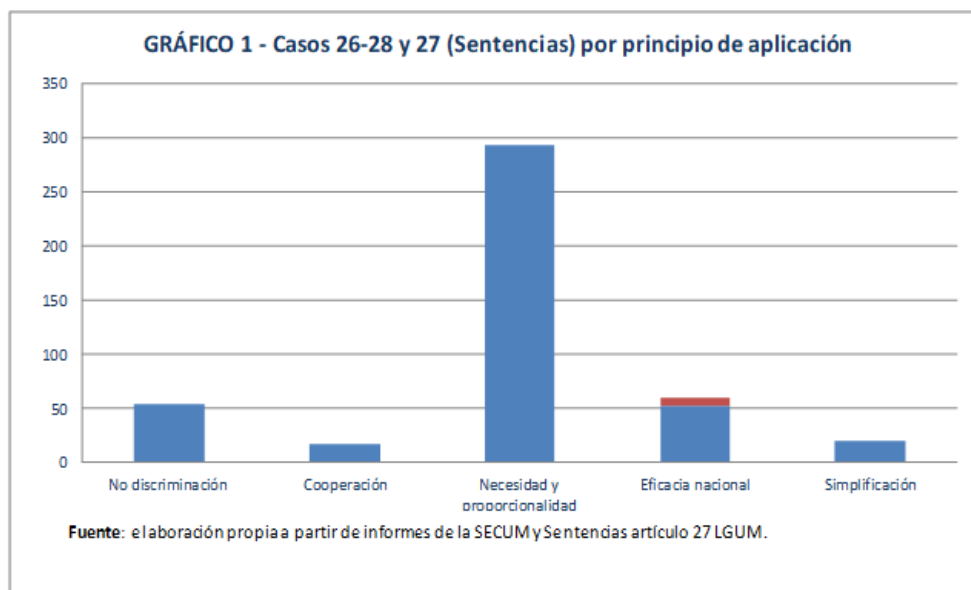
⁵⁵ Para una explicación en detalle de las abundantes particularidades jurídicas de este procedimiento véase (Estoa, 2017).

⁵⁶ Cabe señalar que en el proyecto de ley de creación de la CNMC dichas legitimaciones aparecían recogidas en el artículo 5.4 de forma indiferenciada (se señalaba que el organismo estaba legitimado para interponer recurso ante la autoridad competente por actos y disposiciones contrarios a la competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado). Esta referencia a unidad de mercado fue sin embargo eliminada por enmienda parlamentaria y el procedimiento se reguló posteriormente como legitimación diferenciada en la LGUM.

⁵⁷ En particular cabe señalar que la legitimación en materia de competencia en aplicación del artículo 13.2 de la LDC puede igualmente ser utilizada por los organismos de competencia de las CCAA ante los órganos competentes. La legitimación en materia de unidad de mercado sólo es aplicable a la CNMC y ante la Audiencia Nacional.

⁵⁸ Véase por ejemplo la Sentencia 504/2017 TSJ Castilla y León de 2 de febrero de 2018 Apartamentos turísticos.

En este sentido, el gráfico a continuación recoge la remisión a cada uno de los principios de la ley en los informes publicados por la SECUM (más de 300) y en las Sentencias ya publicadas (14) por los recursos del artículo 27 interpuestos por la CNMC, a los 5 años de la puesta en marcha de dichos mecanismos. Como puede observarse la gran mayoría de los procedimientos (más de un 67%) se refiere a posibles incumplimientos del principio de necesidad y proporcionalidad. El principio de eficacia nacional fue referenciado hasta su anulación por el Tribunal Constitucional en exclusiva —sin venir acompañado de un posible incumplimiento de otro principio como el de discriminación— únicamente en 8 ocasiones (línea roja del gráfico).



En definitiva, la configuración de estos mecanismos administrativos de tutela de cumplimiento de los principios que establece la Ley es el verdadero valor añadido y novedad de la LGUM. La publicación de los informes generados en los casos concretos que se han instado el marco de estos procedimientos, así como la publicación de las primeras sentencias por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo están permitiendo una generación paulatina de criterios administrativos y jurisdiccionales de aplicación de los principios al respecto. Esto reduce la inseguridad jurídica vinculada a la ambigüedad de la regulación por principios sin perder —no obstante— la aproximación basada en la casuística, al modo anglosajón. Cabe señalar que aunque la publicación de estos informes no estaba prevista en la LGUM, son ya más de 700 los informes publicados en el marco de estos procedimientos que contienen abundantes criterios de valoración sobre la aplicación y el alcance de los principios. Existiría margen, no obstante, para una mayor difusión, sistematización y tratamiento de toda esta información con el objetivo de promover un mejor conocimiento de dichos criterios tanto por parte de las diferentes Administraciones públicas como de los operadores económicos.

V. CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES DE FUTURO

Los principios generales son un elemento imprescindible del derecho, y en particular del derecho administrativo moderno, para integrar, complementar y dotar de coherencia a la proliferación de normas actuales.

Ello también es así especialmente en el derecho administrativo económico, donde la complejidad técnica pero también la evolución de los modelos de negocio aboca a este sector a una abundante regulación no siempre coherente entre sí, ni con principios generales más evidentes (necesidad y proporcionalidad de la intervención administrativa, no discriminación, etc.).

La regulación por principios busca asegurar esta coherencia, tutelando valores esenciales que se habían podido perder de vista en la regulación particularizada, al tiempo que facilita la adaptación a las nuevas situaciones y contextos que van surgiendo, fundamentalmente con la aparición disruptiva de las nuevas tecnologías. Esta regulación por principios es, pues, especialmente relevante en el ámbito económico donde la defensa de la competencia y la promoción de la regulación eficiente juegan un papel determinante.

Sin embargo, también es cierto que regular por remisión a principios puede ser problemático desde el punto de vista de la seguridad jurídica, para los operadores económicos, pero también para las administraciones públicas, destinatarias igualmente de esta regulación, en la medida en que la delimitación caso a caso de la aplicabilidad de un principio puede dar lugar a divergencias. Ello es cierto igualmente en el plano de la revisión jurisdiccional de la aplicación de los principios, donde jueces y tribunales pueden encontrarse desprovistos de referentes que doten de la especificidad necesaria a estos principios, en un sistema legalista como es el continental.

No obstante, ni la necesidad y proporcionalidad de las intervenciones administrativas, ni el principio de no discriminación son ajenos al ordenamiento jurídico ni a las funciones tradicionales de promoción y regulación eficiente realizadas por las autoridades de competencia. Y su enunciación y desarrollo en la LGUM implican en la práctica avanzar en su consolidación de estos principios, cuya tutela es la tutela de derechos y libertades ya reconocidos por la Constitución y el resto de normas nacionales y comunitarias.

La verdadera novedad de la ley es, precisamente, el que parece ser el complemento necesario a la regulación por principios: la revisión de su significado caso a caso, donde se les va dando cuerpo y contorno, uniformando y asegurando una coherencia en la aplicación de estos principios.

En este caso, la LGUM trasciende la enumeración de principios y pone en marcha un mecanismo de revisión administrativa a cargo de un órgano especializado: la SECUM que instruye los procedimientos de revisión de actos y disposiciones que puedan ser contrarios a los principios recogidos en la ley y, más importante aún, aporta un informe en relación con la aplicabilidad de la LGUM a cada caso —si bien no tiene competencia para resolver los recursos administrativos—. Asimismo, la norma dota a la CNMC —y a otras autoridades de competencia autonómicas que han asumido funciones de puntos de contacto de unidad de mercado— de relevantes competencias en relación con la aplicación de la norma convirtiéndose en “garantes” de la aplicación correcta de la LGUM y, en consecuencia, de dichos principios de regulación eficiente.

El sistema de revisión de la actuación administrativa de la LGUM no pretende restringir la potestad jurisdiccional o administrativa ordinaria, pero sí busca de manera implícita conciliar intereses de administración y administrados, buscado que la primera “reexamine” sus propios actos a la luz de los principios que recoge.

De esta forma, con este refuerzo de los recursos administrativos y jurisdiccionales, se genera una “masa crítica” de revisión de la aplicación de los principios de la ley (o de su omisión) que contribuye a ir perfilando los mismos. Especialmente relevante para esta labor de perfilación es la publicación de los informes elaborados por la SECUM, por

la CNMC y por otros puntos de contacto de unidad de mercado como la ADCA que contienen criterios de valoración y aplicación de interés tanto para las Administraciones públicas como para los operadores económicos.

Por lo tanto, si se hace un viraje hacia la regulación por principios, en esa ruta es conveniente ir correctamente equipado, dotándose de los mecanismos de tutela correspondientes, para asegurarse, esta vez sí, de trascender de la mera enumeración programática de los principios. De esta forma, se genera un espacio legal de tutela de libertades, donde afloran referencias de buena regulación y defensa de la competencia en medio de la proliferación normativa administrativa económica, lo que fomenta la adaptación de las administraciones a un contexto económico cambiante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, C. (2014), El principio de no discriminación en la Ley de Garantía de la Unidad de mercado, El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado, págs. 85-98
- ÁLVAREZ, M. (2014). Mecanismos de protección de operadores de los artículos 26 y 28 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Boletín económico de ICE, Información Comercial Española, (3057), 3-12. Disponible en:
http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3057_3-12_79856373EF9D37FB117E3B83DCFB6432.pdf
- BARNES, J. (1994) "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado comunitario" Revista de Administración Pública, Nº 135, págs. 495-522.
- CNMC (2009), Guía para la elaboración de las memorias de competencia
- CNMC (2008), Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2016) "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?" Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, Nº 181, 2016, págs. 191-225
- ESTOA, A. (2017). Protección de los Operadores en la Ley de garantía de la unidad de mercado: especial referencia al recurso jurisdiccional en defensa de la unidad de mercado. Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado, 517-554
- FUENTES LÓPEZ, F.J. (2013). "Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado". Derecho Local. Disponible en:
<https://elderecho.com/unidad-de-mercado-y-actividad-administrativa-una-aproximacion-a-la-ley-202013-de-9-de-diciembre-de-garantia-de-unidad-de-mercado>
- FUENTETAJA, J. (2017). Unidad de Mercado y Derecho Europeo. Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, págs. 33-63.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (1986). Curso de Derecho Administrativo. Civitas. Págs 21-23.
- HART, O. y MOORE, J.H. (1988) "Incomplete Contracts and Renegotiation". Econometrica 56(4).

- MUÑOZ MACHADO, S. (2004) Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid: Thompson-Civitas.
- RODRÍGUEZ-MIGUEZ, J.A. (2016), El Principio de No Discriminación y el otorgamiento de ventajas económicas en el marco de la LGUM. Disponible en:
<https://ssrn.com/abstract=2846782> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2846782>
- RUBIO LLORENTE, F. (2011) "Fuentes del Derecho" Temas básicos de Derecho Constitucional I. Civitas
- SECUM (2017), Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de Mercado (2017).
- TEYSSIERE, J.S. (2018). La existencia de un estándar normativo equivalente como condición de constitucionalidad del anulado principio de eficacia nacional de la Ley de Unidad de Mercado (STC 79/2017). Revista española de derecho administrativo, (189), 173-200.
- Informes de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la Agencia de Defensa de la Competencia en relación con la aplicación de los artículos 26 y 28 de la LGUM. Disponibles en:
<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/gum>
<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/unidad-de-mercado>
<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/punto-de-contacto-para-la-unidad-de-mercado>

