

Servicios públicos y actividad económica de los municipios

Julia ORTEGA BERNARDO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea; servicios económicos de interés general; Derecho de la competencia; tribunales autonómicos de la competencia; directivo de secciones; ordenanzas locales.

Key words: Law of the European Union; economic services of general interest; competition rules; Judicial regional organs to control competition rules; EU Directive of services; local regulations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL.—1. Referencia al Derecho de la Unión Europea: la regulación de los servicios económicos de interés general en los nuevos Tratados constitutivos.—2. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal.—3. La regulación contenida en el proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local.—III. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL.—1. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal.—2. La actividad municipal y su control por los órganos que garantizan el respeto al Derecho de la competencia (Comisión Nacional de la Competencia y Tribunales de defensa de la competencia autonómicos).—2.1. *Concepto de «empresa» a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia.*—2.2. *La fiscalización del ejercicio de las potestades administrativas utilizando como parámetro de control la legislación de defensa de la competencia.*—2.3. *La aplicación o exclusión del Derecho de la competencia a la actividad económica realizada directa o indirectamente por los ayuntamientos.*—2.4. *Cuestiones derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia a la actividad de las Entidades locales: la identificación de prácticas restrictivas de la competencia.*—3. La Transposición de la Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito local desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia.—3.1. *Modificaciones legislativas y reglamentarias introducidas para la transposición de la Directiva 2006/123/CE y sus efectos en el régimen local español.*—3.2. *La reforma de las Ordenanzas locales: ámbito y criterios de la nueva regulación que se adopte.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente informe se pretenden plasmar las cuestiones más relevantes que han tenido lugar a lo largo del último año en el ámbito de los servicios públicos y de la ac-

tividad económica desarrollada por los municipios. Como se expondrá a continuación, se trata de una materia que sigue siendo objeto de estudio y tratamiento doctrinal desde una perspectiva jurídico-administrativa, y en la que se siguen produciendo pronunciamientos, fundamentalmente procedentes de los órganos competentes en materia de la competencia, en torno a los problemas que en la práctica plantea la iniciativa económica emprendida por los ayuntamientos. Asimismo en relación con el 2009 hay que hacer referencia a tres grandes hitos que han tenido lugar a finales de año; siendo el más relevante de ellos, por el impacto que supone en el régimen local, la entrada en vigor de la reforma de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea. Junto a ello, hay que hacer referencia obligada a la aprobación de las leyes estatales que transponen al ordenamiento jurídico español la Directiva de servicios; sin embargo, esta cuestión se abordará al final de este informe desde una óptica limitada, la que proporciona la perspectiva del Derecho de competencia. En estas páginas de lo que se trata es de relatar en apretada síntesis cómo afecta el contenido de estas dos nuevas leyes estatales, y concretamente la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, así como del Reglamento de Servicios de las Entidades locales, a la iniciativa económica municipal y a la regulación que han de aprobar las entidades locales sobre las diferentes actividades económicas desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia, aplicable indistintamente a la actividad económica privada como a la pública, cuando ésta se somete a las reglas del mercado. Con carácter previo también se aludirá, por su relevancia, a la aprobación del Proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local, en el que se alumbra ya la reforma del régimen de la actividad municipal en lo que atañe a los servicios públicos y a las actividades económicas que pasan a englobarse en la nueva categoría, acorde con el Derecho de la Unión Europea, de «servicios locales de interés general».

II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

1. Referencia al Derecho de la Unión Europea: la regulación de los servicios económicos de interés general en los nuevos Tratados constitutivos

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (el 1 de diciembre de 2009) se modifican los Tratados constitutivos de la Unión, que se transforman en el *Tratado de la Unión Europea* (TUE) y un tratado que lo desarrolla, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE). En ellos se encuentran referencias específicas a los «servicios económicos de interés general», teniendo en cuenta, como se declara expresamente, que los mismos ocupan una posición destacada entre los valores comunes de la Unión y cumplen un papel muy relevante en la promoción de la cohesión social y territorial. Así en el art. 14 del TFUE se incluye un mandato de garantía de la prestación de dichos servicios con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Se hace referencia a que los mismos serán regulados por

reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

2. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal

A la vista de lo anterior, no es de extrañar que a la doctrina jurídico administrativa le incumba ocuparse, dada la relevancia de la materia, del papel de los servicios económicos de interés general en el ámbito local. Esto es así, teniendo en cuenta que se trata de un elemento esencial del Derecho europeo económico, como pone de manifiesto que siga contenido en los vigentes Tratados constitutivos de la Unión Europea, modificados por el Tratado de Lisboa, y en el protocolo anexo relativo a dichos servicios. Por ello resulta muy destacable la aportación de C. LÓPEZ GARCÍA, con el título «El papel de los servicios de interés general en la reforma de la legislación española de régimen local», aparecido en el núm. 308 de la *Revista de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, septiembre-diciembre 2008), que se distribuyó en 2009, en el que se plantean los efectos del Tratado de Lisboa sobre la legislación de régimen local y la definitiva recepción de este concepto de servicio de interés económico general en las competencias locales.

3. La regulación contenida en el proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local

La Futura Ley de Autonomía Local de Andalucía (LALA) constituye una norma de gran trascendencia política y jurídica. Dicha norma se está elaborando en el marco de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, dando cumplimiento a su art. 98, que desarrolla el régimen local desde los postulados de la Carta Europea de la Autonomía local y bajo los principios de autonomía, responsabilidad, cooperación, desconcentración, descentralización, subsidiariedad, coordinación, suficiencia financiera y lealtad institucional. Con independencia de otras novedades relevantes, este Proyecto regula los servicios locales y la iniciativa económica local en el Título II del Proyecto (arts. 26-49). En el mismo se establece el régimen jurídico de los servicios locales de interés general, integrando dentro de los mismos no sólo las actividades que prestan las entidades locales, sino también aquellas que regulan y garantizan. Ello da lugar a una acertada clasificación de los servicios locales en servicios públicos (responsabilidad de las entidades locales que los realizan de modo directo o indirecto) y servicios reglamentados (prestación realizada por particulares conforme a una ordenanza que les impone obligaciones específicas de servicio público), a la que se anudan las correspondientes consecuencias jurídicas. Asimismo se dispone el régimen de la iniciativa económica local, en el que lo destacable es que se vincule su ejercicio preferentemente a la adopción de la forma jurídica de empresa pública local —sociedad mercantil en la que la entidad local participa como regla general mayoritariamente—. En este punto, resulta muy apropiado que la justificación de la creación de la empresa lo-

cal mediante un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida se regule, exigiendo un contenido mínimo obligatorio a dicho expediente, como que ha de incluir los datos adecuados para verificar su conveniencia. Lo que no resulta tan adecuado es que el expediente sólo se exija para la creación de este tipo de sociedades (por mucho que éstas se reputen como la fórmula de ejercicio preferente) y no para cualquier otra forma de gestión de la iniciativa económica local.

III. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

1. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal

Es indudable que en el último año la situación de las Corporaciones locales con relación al Derecho europeo y, señaladamente, al Derecho de la competencia, está siendo objeto de estudio, lo que se plasma en algunas aportaciones doctrinales. Así en la revista *Cuadernos de Derecho Local* pueden encontrarse varios artículos doctrinales que abordan esta cuestión desde perspectivas distintas. El primero de ellos se encuentra recogido en el núm. 21 de la revista (octubre 2009), es un artículo de *Berberoff Ayuda*, letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, titulado *Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en el que se pone de relieve, en el marco de la jurisprudencia emanada por este órgano en relación con el ejercicio de competencias de las Entidades locales y el Derecho comunitario, cómo estas organizaciones jurídico-públicas se someten a las diferentes reglas de la competencia y fundamentalmente aquellas que prohíben el abuso de posición dominante en el mercado. Del citado artículo se desprende que hay numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia europeo en las que se declara que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación —a colación se traen, en particular, las Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, apartado 21, y de 11 de diciembre de 2007, *ETI* y otros, C-280/06—. Asimismo de la misma fuente jurisprudencial se extrae —se citan para ello las Sentencias de 10 de diciembre de 1991, de 13 de diciembre de 1991 y de 19 de mayo de 1993—, que basta con que una empresa disfrute de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado para otorgarle una posición dominante en el mismo. La exposición de estos asuntos le sirve como catalizador de una breve pero interesante alusión al actual grado de liberalización de los servicios funerarios en España. En concreto, se hace referencia al informe del Tribunal de Cuentas de Cataluña de 20 de julio de 2006, y se concluye que la liberalización del servicio funerario no ha alcanzado el objetivo de evitar las discriminaciones entre prestadores ni ha permitido la entrada del juego de la libre competencia, «al no existir suficientes condiciones objetivas que favoreciesen la iniciativa privada, debido en parte, a juicio del informe reseñado, a la ausencia de normas supralocales, del Estado y de las Comunidades Autónomas, que fijen los límites de los requisitos que pueden establecerse por los ayuntamientos». El informe puso de manifiesto que en once

de los trece ayuntamientos analizados de Cataluña sólo operaba una empresa funeraria, y en los otros dos sólo estaban autorizados dos operadores.

Otro de los artículos con interés que tratan sobre esta cuestión se encuentra recogido en la misma publicación de *Cuadernos de Derecho local*, en el núm. 20 (junio de 2009), con el título *Derecho de la competencia y servicio público local*. El autor, P. GONZÁLEZ TORROBA, Letrado consistorial del ayuntamiento de Madrid, contribuye al análisis de esta cuestión. Este estudio se centra fundamentalmente en las exclusiones a las reglas de la competencia permitidas por la legislación española de defensa de la competencia, precisamente por el art. 4.2 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando dispone que las prohibiciones de prácticas anticompetitivas se aplicarán «a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas siempre que carezcan del amparo legal previsto en el apartado 1 (prohibiciones a las conductas que resulten de la aplicación de una ley)». De este modo, este autor señala sistemáticamente tres interpretaciones posibles del precepto que regula la excepción, las cuales han sido adoptadas bien por la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, bien por el Tribunal de Defensa de la Competencia. La primera de ellas se resumiría en «exclusión por habilitación legal genérica». Esto significa que en la medida en que se enjuicie una competencia atribuida por la ley a una entidad local, se debe considerar como una actividad no susceptible de ser calificada como empresarial. La segunda sería una excepción basada en el «levantamiento del velo». Para esta segunda interpretación resulta determinante que una actividad municipal pueda quedar excluida de las reglas de la competencia si la actividad es susceptible de considerarse servicio público y no como una actividad económica. A fin de averiguarlo es necesario hacer un mayor esfuerzo interpretativo que consiste en «levantar el velo» de la actuación de las Administraciones y determinar si bajo la apariencia de actuaciones regulatorias se ocultan actividades económicas. Una forma alternativa de aplicar esta doctrina del levantamiento del velo es analizar, no si la actividad consiste en la prestación de un servicio público o de una mera actividad económica, sino estudiar cuál es el fin último de la actividad enjuiciada que prevalece sobre los demás. Así, si en la actividad prevalece el fin económico, se aplicarán las reglas sobre competencia, y si es otro, como un fin social o de interés general, el que prevalece sobre el económico, la actividad quedará exenta. El problema es que este mecanismo de interpretación presenta inconvenientes, pues hay que definir igualmente qué es actividad económica, la relevancia del ánimo de lucro o qué es servicio de interés general o beneficio social. Por último, la tercera vía que el autor entiende aplicable para interpretar las excepciones que en el ámbito local pueden producirse al Derecho de la competencia, es la que él denomina «teoría del enjuiciamiento mínimo», en virtud de la cual todas las actividades de una Corporación local pueden ser estudiadas desde la perspectiva del Derecho de la competencia, aunque sólo se haga para concluir que no se infringen tales normas o que la actividad que se desarrolla no es constitutiva de práctica anticompetitiva. En este sentido, la doctrina del enjuiciamiento mínimo supone adentrarse en el análisis individualizado de la con-

ducta que no queda justificada por la mera existencia de un objetivo social ni por una cobertura legal genérica.

2. La actividad municipal y su control por los órganos que garantizan el respeto al Derecho de la competencia (Comisión Nacional de la Competencia y Tribunales de defensa de la competencia autonómicos)

En este ámbito es importante reseñar que se han producido diversos y enjundiosos pronunciamientos durante el año 2009, adoptados fundamentalmente por los órganos autonómicos competentes para garantizar el respeto de la legislación sobre defensa de la competencia, que afectan a la actividad económica prestada por las entidades locales, ya sea bajo la forma de servicio público, lo que, en principio, cabría entender excluido de la aplicación de tales normas, o en concepto de iniciativa pública local, lo que significaría una plena aplicación de las mismas.

Conviene, por tanto, reseñar que por lo que se refiere a la materia de defensa de la competencia, las competencias se ejercen tanto por el Estado y por las Comunidades Autónomas, conforme a lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias entre el Estado y las Comunidades en este sector, correspondiendo a los órganos autonómicos la instrucción y resolución —con arreglo al art. 1.3 de la citada Ley— cuando las conductas hubieran podido producir efectos restrictivos de la competencia en un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma.

En primer lugar, para apreciar si el Derecho de la competencia se puede aplicar con normalidad a las Administraciones locales, se aludirá al ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico, que gravita en torno al concepto de empresa (2.1), y que incluye no sólo la actividad económica o empresarial de las Administraciones públicas, sino que también se extiende al control de aquellas actividades a través de las que una organización jurídico-pública, en este caso, local, despliega sus funciones por medio de ejercicio de poder público o autoridad (2.2).

A continuación se dará cuenta de un primer grupo de pronunciamientos (2.3) en los que la cuestión principal es dilucidar si la actividad económica desarrollada directa o indirectamente por la Administración municipal es considerada como servicio público y por tanto excluida de las reglas de la competencia, o es, por el contrario, conceptuada como actividad económica y sometida, por consiguiente, a la aplicación de las referidas reglas. Seguidamente se expondrán aquellos otros pronunciamientos (2.4) que versan sobre el posible incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia sobre la base de que se asiste a un despliegue de actividad empresarial realizada por la Administración municipal o cuando ésta interviene de algún otro modo, dirigiendo o contratando la actividad empresarial desarrollada por operadores privados que actúan en el mercado en concurrencia con otras empresas.

2.1. Concepto de «empresa» a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia

En este punto resulta preciso traer a colación la doctrina que en la actualidad, y concretamente en los últimos meses, sigue reputando aplicable este Derecho de la competencia a las Administraciones públicas. En este sentido, resulta un ejemplo paradigmático la *Resolución de 14 de abril de 2009 —Expte. 639/08— de la Comisión Nacional de la Competencia* sobre supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (derogada en la actualidad pero aplicable al caso), realizadas por el Consejo de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud (SESCAM) de dicha Comunidad Autónoma. En ella se expone el concepto funcional de empresa que se emplea en este ámbito del ordenamiento jurídico, y que se extrae de la jurisprudencia tanto nacional como europea. Conforme al citado concepto se entiende por empresa, a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia, «cualquier agente económico, término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado (SAN de 18 de febrero de 2009, recurso núm. 327/2006, Ambulancias Orense)». Esta concepción de la empresa, en la que se subsumen los órganos y organizaciones tanto jurídico-públicos como privados de las entidades locales, es asimismo jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y comprende «cualquier entidad que desarrolla algún tipo de actividad económica o comercial, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (entre otras, STJ de 24 de abril de 2001, As 41/98, Höfner y Elser, apartado 21). Dicha concepción se ha elevado a la categoría de concepto legal en virtud de la disposición adicional cuarta.1.^a de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (en adelante LDC).

En relación con este concepto de «empresa» empleado en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, también se pronuncia la *Autoridad Catalana de la Competencia en el Informe (Ref. OB 4/2009), Observaciones relativas a la gestión de los gastos para desplazamientos en taxi a cargo del servicio catalán de salud* —elaborado, con base en la reciente Ley 1/2009, para analizar en clave de competencia la actuación del Servicio Catalán de la Salud, mediante las regiones sanitarias, en relación a la gestión de la prestación de gastos por desplazamientos con taxi de sus asegurados—, para afirmar lo siguiente: «El Derecho positivo español también ha adoptado este concepto amplio y funcional de empresa u operador económico en la disposición adicional cuarta.1.^a de la Ley 15/2007. Para el Derecho de defensa de la competencia, lo que es relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la competencia en el mercado. Por eso es necesario que la conducta se haya desarrollado de forma autónoma y tenga naturaleza económica».

Para ilustrar esta cuestión de la aplicación del Derecho de la competencia a las Administraciones públicas puede también traerse a colación la *Resolución de 4 de junio de 2009 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Expte. 2779.07, Consejo*

Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar). En este caso se aplica la legislación que garantiza la competencia mercantil a una Corporación de Derecho público representativa de intereses económico-sectoriales, constituida a partir de asociaciones de base privada. El Consejo regulador pertenece a un tipo de Corporaciones que tiene naturaleza jurídica, cuanto menos mixta, pública y privada. Además en el caso enjuiciado se fiscalizan sus acuerdos consistentes en el establecimiento de cupos sobre ventas para las bodegas de esta denominación de origen en función de sus ventas históricas.

2.2. *La fiscalización del ejercicio de las potestades administrativas utilizando como parámetro de control la legislación de defensa de la competencia*

Asimismo en las citadas *Resoluciones de 4 de junio y de 14 de abril de 2009 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* se pone de manifiesto que la prohibición de restricciones conforme al Derecho de la competencia — se hace referencia concretamente a las prácticas colusorias — se aplica incluso en «el ejercicio de otras potestades administrativas», es decir, no sólo cuando la Administración actúa como operador económico, sino también cuando ejerce poder regulador. En *Resolución de 14 de abril* se declara que ambas organizaciones (Colegio de Farmacéuticos y Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma) incurren en infracción del Derecho de la competencia al realizar conjuntamente una conducta anticompetitiva de reparto del mercado cuando conciertan entre ellas un mecanismo de organización colegiada de la actividad de dispensación o suministro de las oficinas de farmacia mediante la instauración de turnos rotatorios respecto de la prestación fármaco-terapéutica pública a residentes de los centros sanitarios públicos y privados concertados de Castilla-La Mancha. Concretamente se considera que estos acuerdos resultan colusorios de la competencia en la medida en que en virtud de ellos los colegios van a fijar para determinados periodos quién tiene que dispensar los medicamentos y a quién en cada ámbito territorial, y además van a establecer una bonificación del 6 por 100 sobre el precio de facturación, que viene a representar el beneficio que obtiene el SESCOAM por su actuación. En este orden de cosas, esta *Resolución de 14 de abril de 2009 —Expte. 639/08— de la Comisión Nacional de la Competencia*, pone de manifiesto, aunque se trate de un asunto relativo a la Administración autonómica, que la función de fiscalización que ejercen los órganos que controlan la competencia no se aplica sólo al ejercicio de actividades de índole económica emprendidas por la Administración, sino que se extiende al ejercicio de poder público por las organizaciones jurídico-públicas. Abarca así también el control del poder regulador del que disponen algunos órganos u organizaciones de la Administración en la medida que a través del mismo se dispone o fija el marco y el ámbito en el que despliegan sus empresas los particulares, y, en la medida, por tanto, en que las mismas deben crear las condiciones adecuadas para que las actividades económicas se desarrollen en un espacio de mercado abierto regido por el principio de libre competencia.

En esta misma línea se encuentra una decisión del *Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC) cuando decide por Resolución de 30 de abril de 2008 (Expedt. S 3/2008)*, examinar conforme a los parámetros que le proporciona la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, la actividad municipal de control de la instalación de puestos de venta ambulante. Aunque finalmente el Tribunal declarara no acreditada la conducta infractora de la legislación de la competencia, lo cierto es que los servicios de la competencia de esta Comunidad Autónoma investigaron el asunto porque consideraron que los hechos denunciados contenían indicios de prácticas que podían suponer falseamiento de la competencia y del interés público, elementos indispensables para aplicar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 15/2007. Concretamente lo denunciado consistía en que ciertos comerciantes ambulantes de Galicia estaban instalando puestos de venta sin exponer públicamente la tarjeta de autorización municipal de Registro de Comerciantes, que se constituye como un control debido sobre la legalidad del acceso a esta actividad, y que, por tanto, los ayuntamientos estarían haciendo dejación de estas funciones de control respecto de la exigencia de exhibir la citada tarjeta. En este caso, pues, se denuncia a las Administraciones públicas, no porque actuasen como operadores económicos realizando actos de competencia desleal, sino porque estaban consintiendo que los puestos ambulantes se instalasen incumpliendo la normativa que regula esa actividad (en concreto el Decreto 194/2001, de 26 de julio, de Ordenación de la Venta ambulante).

Dentro de este mismo grupo de pronunciamientos se encuentra la *Resolución de 19 de noviembre de 2009 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (expte. 17/07 B, ARC/Representaciones artísticas)*. En este supuesto se denuncia un acuerdo de bloqueo de mercado de la contratación de orquestas y/o grupos musicales más solicitados en la provincia de Lleida, de manera que sólo pueden actuar a través de las empresas de representación artística que a su vez contratan dichos servicios con los ayuntamientos en los que se realizan las actuaciones. En realidad, las denunciadas eran, en principio, las empresas intermediarias entre las orquestas y los ayuntamientos, pues a ellas se imputaba haberse repartido el mercado de una parte del territorio catalán, con lo que restringirían la competencia de otras orquestas que no habrían usado esa intermediación. De haberse declarado la conducta lesiva de la competencia, esto hubiera podido también afectar a las Administraciones locales que contrataban sus servicios, en la medida que habría que haberse tenido que indagar si la contratación de las mismas con carácter exclusivo resultaba ser un acuerdo lícito desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Lo cierto es que el órgano autonómico, en este caso, desecha desde el inicio que quede probado que las empresas de representación artística estén excluyendo la concurrencia de orquestas a las que no representan, en la medida que queda demostrado que en el ámbito geográfico delimitado en el que despliegan su actividad se da el caso de ayuntamientos que han podido contratar directamente los servicios de éstas sin necesidad de acudir a intermediarios.

2.3. *La aplicación o exclusión del Derecho de la competencia a la actividad económica realizada directa o indirectamente por los ayuntamientos*

Entre este grupo de resoluciones relativas a la cuestión de la procedencia de la aplicación (o no) de las normas que garantizan la competencia leal entre empresas, habría que citar varios pronunciamientos. Entre ellos, cabría mencionar el caso del que conoce el *Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (Resolución del expediente 14/09, caso AGBAR)*, en la que se denuncia a la «Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A.», prestadora del servicio de abastecimiento domiciliario de agua en el municipio de Barcelona y en la que se reputa que no hay infracción de las mencionadas normas. [Hay que tener en cuenta que la relevancia del asunto a efectos del presente informe viene dada simplemente porque el objeto de la resolución del órgano competente en materia de defensa de la competencia afecta a una sociedad anónima que presta un servicio público municipal, no en tanto a la infracción que se la imputa, claramente infundada desde el punto de vista del derecho de la competencia (suspensión del suministro a un abonado por impago de las facturas emitidas por esta entidad)].

En esta línea, resulta especialmente de interés cuestionarse sobre el sometimiento o no de las reglas de la competencia de la actividad de «impartición de cursos de inglés a cargo de un ayuntamiento». A este respecto se ha pronunciado el *Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), en Resolución del 20 de febrero de 2009 (Expte. 18/2008, del SGDC)*, en relación con el ayuntamiento de Ferrol. Esta entidad local fue denunciada por otros potenciales competidores en el mercado de academias de idiomas, imputándole presuntas prácticas restrictivas de la competencia, en la medida que los cursos se impartían gratis por una empresa contratada por el ayuntamiento a estos efectos. El Tribunal autonómico archivó la denuncia y resolvió que no había lugar a la incoación de un expediente administrativo sancionador. Las razones expuestas por los denunciantes para sostener que se trataba una práctica restrictiva la competencia se centraban en considerar que la impartición de cursos era una actividad empresarial, como ponía de manifiesto el dato de que fuera prestada por una empresa privada y no directamente por el ayuntamiento, y que su oferta se realizara de modo general sin tener en cuenta los niveles de renta de la población a la que iba destinada y a precios inferiores a los del mercado. Todo ello, a juicio de la parte denunciante, «afectaba a libre competencia y desestabiliza el mercado de la actividad de las academias». El Tribunal consideró que razones de interés público justificaban la realización de esta actividad por parte del ayuntamiento —el fomento del aprendizaje del inglés entre los escolares del término municipal, a los que iba destinado el servicio— en régimen de excepción a las reglas de la competencia. Se trataría del ejercicio de competencias en materia de educación y cultura, amparado en los arts. 28 de la LRBRL y 86.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia. Por este motivo resultaría admisible, desde una perspectiva jurídica, incluso su prestación gratuita. En este punto, la gratuidad se fundamenta en la Ley de Haciendas Locales (art. 44 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 4 de marzo, que

aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) que permite ofertar los servicios públicos a un precio inferior a su coste real (precios políticos).

En este mismo orden de cosas, habría que mencionar la *Resolución de 4 de enero de 2010 del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (Expte. RA 26/2009, Gimnasio de Ferrolterra)*, que se pronuncia sobre la aplicación de la legislación de Defensa de la competencia a la posibilidad de que un ayuntamiento conceda la explotación de un centro deportivo a una empresa privada a precios «inferiores en relación con los precios de mercado». Concretamente la conducta procedía del ayuntamiento de Ferrol y consistía en la previsión por parte del mismo de suscribir un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo y de ocio en el suelo del municipio. La infracción que se le imputa por parte de empresas dedicadas a esta actividad es que la apertura futura de ese centro afectaría a la competencia porque supondría una ventaja para la empresa adjudicataria, dado el precio del suelo resultante de las condiciones de la concesión de obra pública que se le adjudicaría para la construcción y explotación del centro deportivo, y porque los servicios del futuro centro deportivo no se dirigirían a ningún colectivo desfavorecido sino a todos los habitantes del ayuntamiento e incluso de ayuntamientos limítrofes, y a precios no de mercado. El órgano que tiene que resolver el asunto se plantea entonces dos cuestiones: si los ayuntamientos pueden realizar ofertas de servicios que entran en competencia con servicios prestados por empresas privadas, y si esto está sólo justificado cuando la iniciativa privada no satisface la demanda de forma adecuada (principio de subsidiariedad).

La resolución del Tribunal de Defensa gallego acuerda declarar como no acreditada la existencia de prácticas contrarias a la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia. Para ello este órgano se basa, dada la similitud de argumentaciones, en diversas resoluciones realizadas sobre centros deportivos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) de ámbito estatal, en la actualidad Comisión Nacional de la Competencia (R 477/01, Centros Deportivos Almazora; R 493/01, Centros Deportivos Castellón; R 554/03, Centros Deportivos Almazora 2; R 572/03, Servicios Deportivos Logroño; R 529/03, Centros Deportivos Castellón; R 625/04, Centros Deportivos Castellón; R 653/04, Deportes Alva; R 648/05, Centros Deportivos Benicarló, y R 673/05, Deportes Valladolid). Asimismo, teniendo en cuenta que varias de las resoluciones antedichas fueron recurridas ante la Audiencia Nacional, también las consideraciones de este órgano jurisdiccional resultan relevantes para el caso. Por ello se recuerda que la Audiencia Nacional (Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dictada en el recurso núm. 839/2000) consideró que la LDC resulta aplicable no sólo a los empresarios privados, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que medien o incidan en la mediación en el mercado; es decir, cuando actúan como operadores económicos. Consecuentemente todos los operadores, privados y públicos, deben respetarla en sus actuaciones en el mercado.

En relación con la aplicación del principio de subsidiariedad a este ámbito el Tribunal trajo a colación la conocida Sentencia núm. 763/2003 del Tribunal Superior de Jus-

ticia de la Comunidad Valenciana, en el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón contra un acuerdo del ayuntamiento de Villareal en el que en relación con dicho principio se declara: «...por mucho que sea invocado por el TDC en las resoluciones traídas a estos autos por la actora, carece de rango constitucional; de forma que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica. Así la STS de 24 de mayo de 1984 (RJ 1984, 3132) afirma significativamente que no existe una única economía de mercado (un modelo único), sino varias. Y la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352) afirma expresamente que nuestra Constitución se ha apartado del principio de subsidiariedad».

Esto, como pone de manifiesto, aunque de forma poco sistemática, la Resolución del Tribunal gallego aquí reseñada, significa que la oferta pública sería jurídicamente admisible siempre que la normativa así lo reconozca y se justifique en el caso concreto que se contribuye al interés público. Para lo primero se busca el amparo legal de la actuación del ayuntamiento de Ferrol en el art. 80.2.n) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local de Galicia, y en el art. 25.2.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen local, que faculta genéricamente a los ayuntamientos para organizar, directa e indirectamente, actividades deportivas.

Por otra parte, el Tribunal gallego, siguiendo al TDC (R 653/04, Deportes Álava), hace referencia a que las Administraciones públicas municipales pueden elegir formas indirectas de gestión que implican que el desarrollo directo de la actividad económica es realizado por particulares: «Por otra parte, el TDC hace referencia a que las administraciones públicas municipales, desde la libertad de ejercicio de sus propias prerrogativas (*sic*), cuenten con la iniciativa personal para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos de su actuación, optando, si fuera el caso, por dar entrada al sector privado a la gestión de las actividades a desarrollar».

Por último, el órgano de la competencia gallego se plantea la cuestión —alegada por el denunciante— de si todas las actividades físicas que van a desarrollarse en el centro deportivo se subsumirían en los servicios de deporte que el municipio está justificado que preste, o bien quedarían fuera algunos de los incluidos en la genérica competencia municipal para responsabilizarse de la prestación de actividades deportivas. Concretamente se alude a los cursos de aeróbic y musculación. A esta pregunta, en la que se pone de manifiesto si la cobertura general que proporcionan las bases jurídicas de la legislación de régimen local, se puede aplicar a cualquier tipo de actividad o prestación relacionada con la misma, con independencia de la intensidad con la que el interés público esté presente en su desenvolvimiento o interese este servicio a las empresas competidoras existentes en el mercado, se responde, citando expresamente otra *resolución del TDC (Resolución de 10 de marzo de 2006, Expte. R 648/05, Centros Deportivos Benicarló)*, lo siguiente: «...dado el amplio apoyo jurisprudencial a la posibilidad de que la gestión de los servicios públicos no se limite a los servicios esenciales y pueda prestarse en régimen de concurrencia

con la iniciativa privada, siempre que sean de utilidad pública, se presten dentro del término municipal correspondiente y en beneficio de sus habitantes, no puede atribuirse al ayuntamiento de Benicarló una conducta abusiva».

2.4. *Cuestiones derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia a la actividad de las Entidades locales: la identificación de prácticas restrictivas de la competencia*

Son numerosas las prácticas administrativas de las que pueden derivarse obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (así lo pone expresamente de manifiesto la *Resolución de 2 de febrero de 2009 del Tribunal vasco de defensa de la competencia, Expte. 07/2008, TKI*, en relación con diversos proyectos empresariales para los que se solicitaron ayudas públicas que fueron denegadas). Se alude sintéticamente a las siguientes: la concesión de un monopolio a una empresa por parte de un ayuntamiento, las regulaciones de precios u otras condiciones en un mercado determinado, las actuaciones administrativas en el marco de la contratación pública o incluso ayudas de Estado contrarias a la competencia.

Entre los pronunciamientos de los órganos en materia de defensa de la competencia que versan, no ya sobre si resulta de aplicación este Derecho a la actividad que desarrollan las entidades locales, sino sobre su efectivo cumplimiento en el ámbito de dicha actividad —pues se presupone que ésta no se halla excluida—, se encuentran varias decisiones que se centran en la cuestión del abuso de la posición dominante en el mercado.

En primer lugar, encontramos algún pronunciamiento sobre la creación de la posición dominante en el mercado, lo que por sí mismo no es contrario al Derecho de la competencia. En este sentido, resulta de interés la *Resolución del Tribunal catalán de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2009 (Exp. Ar. 30/80, Asociación de Funerarios de Lérida)*, en la medida en que la misma declara conforme a Derecho, contrariamente a lo que entendían los denunciantes, la licitación y adjudicación de un contrato administrativo mediante concurso público para la prestación del servicio de transporte funerario por disposición judicial, en las divisiones del Instituto de Medicina Legal de Cataluña para la investigación forense en los procesos instruidos por causa de muerte. La declaración de que dicha decisión es conforme a Derecho se basa en dos motivos. En primer lugar, se considera admisible jurídicamente que la Generalitat de Cataluña, que dispone de competencias de auto-organización, pueda determinar cuál es la mejor manera de atender el servicio de traslados de difuntos hasta el citado Instituto. Por otro lado, desde el punto de vista de la política de la competencia, se considera que se ha producido un cierre de mercado como consecuencia del concurso público promovido por la Administración, pero se reputa como admisible en la medida en que se respetan ciertas condiciones. Sobre este punto se cita (Resolución, exp. núm. 436/00 Hospital La Princesa/Funerarias, y expte. R. 152/98 Quioscos Moncofar) la doctrina anterior del Tribunal de Defensa de la Competencia. En aplicación de la misma se formulan ciertos requisitos para garantizar el respeto al principio de libre competencia en los casos en los

que se otorgan derechos exclusivos a favor de una empresa adjudicataria. Concretamente se requiere la superación de dos condiciones: por un lado que la duración del contrato sea corta y se renueve periódicamente la competencia entre empresas; y, por otra, la realización del procedimiento de adjudicación de acuerdo con la contratación administrativa, que garantiza los mismos principios de igualdad, publicidad y concurrencia que las reglas del Derecho de la competencia.

En relación con esta cuestión, pero referida a diversos problemas derivados de la efectiva aplicación de la legislación sobre competencia a empresas, y por tanto, personas jurídico-privadas de capital público, y titularidad de las Entidades locales, se encuentra la *Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de marzo de 2009 (Expte. 650/08), en relación con las empresas funerarias que desarrollan su actividad en la Comunidad Autónoma de Baleares y la intervención en este sector del ayuntamiento de Mallorca*. En este supuesto se imputa al ayuntamiento de Mallorca, propietario del capital íntegro de una empresa funeraria, la infracción de la prohibición de abuso de la posición dominante —regulada en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia—. Concretamente se considera probado que la empresa en cuestión, cuyo objeto social es la prestación de servicios funerarios y de cementerios, y financiada íntegramente con capital público, opera en los dos cementerios de Palma de Mallorca y tiene una posición de dominio en el mercado insular de servicios mortuorios. También resulta probado que tanto esta empresa como el ayuntamiento *realizan prácticas para favorecer la posición de dominio y restringir las actividades de competidores reales o potenciales de la misma*. Esto se pone en evidencia por la adopción de directrices por el ayuntamiento, titular de la empresa, dirigidas a las empresas funerarias situadas en otros ayuntamientos —que al amparo de una licencia de transporte mortuario prestan sus servicios funerarios de recogida y transporte en el mismo municipio de Palma—, en virtud de las cuales se les impide realizar prácticas mortuorias, como acondicionamiento de cadáveres, u otras que son indispensables y que quedan integradas en la llamada «policía mortuoria». La prohibición de este tipo de actividad a las empresas funerarias de transporte no es más que, a juicio de la Comisión, una práctica restrictiva de la competencia que infringe el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues queda probado que en el transporte de cadáveres también se incluyen de ordinario estas actividades o prácticas inherentes al servicio que se presta.

Dentro de las resoluciones que fiscalizan el cumplimiento por personas jurídico-públicas del Derecho de la competencia resulta de interés la *Resolución de 26 de febrero de 2009 del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (Expte. 10/08), Cesta Punta*, en la que dicho órgano autonómico ha de pronunciarse sobre la supuesta infracción de la legislación de defensa de la competencia que se imputa a un ente público de Derecho privado, ETV (Euskal Irrati Telebista-Radio Televisión Vasca) y a una persona jurídico-privada, «Eusko Basque, S. L.». Los hechos consisten en que ambas han suscrito un contrato por el que se atribuye a dicha empresa con exclusividad la retransmisión de partidos de pelota vasca (cesta punta), con lo que excluye del mercado a otros competidores, en la medida en que además de obtener los beneficios económicos procedentes del citado contrato, favorece la participación de sus pelotaris en perjuicio de otros de

similar calidad en campeonatos organizados por terceros y en particular en el Campeonato Mundial de Cesta Punta. Además se denuncia que la empresa «Euro Basque, S. L.» se vale de este contrato televisivo para expulsar del mercado a su principal competidora, dado que los propietarios de los frontones (ayuntamientos, en su gran mayoría) prefieren conceder la organización de un festival de cesta punta a la empresa que les garantice la retransmisión televisiva.

Así, tomando como referencia las normas que regulan la defensa de la competencia en el contexto económico y social en el que se insertan, el expediente concluye con una terminación convencional, prevista en el art. 52 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia, en el que las partes afectadas presentan unos compromisos para resolver los efectos sobre la competencia derivados de sus conductas, de modo que quede suficientemente garantizado el interés público y el Tribunal vasco de Defensa de la Competencia declara la conformidad con el derecho de dichos compromisos. De esta forma se adecúa la aplicación del contrato firmado a la nueva situación del mercado, en el que la empresa «Eusko Basque» tiene nuevos competidores.

Los presupuestos sobre los que se basa la declaración de conformidad al Derecho de la competencia de tales compromisos es la constatación, por el órgano competente vasco, tanto de la posición relevante en el mercado de la empresa «Eusko Basque», derivada del contrato firmado con el ente público de televisión vasca, como la afirmación de que dicho contrato no ha de implicar ninguna conducta abusiva reprochable desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Todo ello lo entiende el órgano autonómico de defensa de la competencia sin perjuicio de que el ente público de televisión, que tiene encomendada por el ordenamiento la función de promocionar la cultura vasca en sus diferentes vertientes (y también en la deportiva), utilice los medios destinados a la promoción del deporte de la forma más eficiente posible.

De indiscutible interés también resulta la *Resolución de 2 de febrero de 2009, Expte. R 7/2008, del Tribunal gallego de Defensa de la Competencia*, sobre el Transporte fluvial de Lugo, en la que se fiscaliza la adecuación al Derecho de la competencia del ejercicio directo por parte de la Diputación provincial de Lugo de la actividad de transporte fluvial de viajeros con embarcaciones de su propiedad por la «Ruta de los Embalses». Se denuncia a esta administración local porque en la explotación directa de los servicios aplicó durante dos anualidades precio por debajo del coste, lo que comportaría la realización de actos de competencia desleal en perjuicio de otra empresa privada competidora en ese ámbito. El Tribunal de Defensa de la Competencia enjuicia si la referida actividad incurre en las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la legislación de defensa de la competencia.

En un primer momento, lo que se intenta fiscalizar es si la actuación de la Diputación se realiza en el ámbito de sus propias prerrogativas y conforme a la Ley. Se cita para ello el art. 109.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, relativo a las competencias propias de las Diputaciones provinciales, que recoge entre tales competencias, en su apartado *d)*: «En general, el fomento y la administración de los

intereses peculiares de la provincia». Asimismo se toman en consideración otras previsiones legales [art. 36.1.d) de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen local, y art. 109.1.d) de la Ley 5/1997, de Administración local de Galicia] que atribuyen a las Diputaciones provinciales «la cooperación en el fomento y desarrollo económico y social de la provincia». En este punto, considera el Tribunal que cabe admitir el argumento de la Diputación que sostiene que los servicios de transporte fluvial tienen por objetivo «impulsar y promover el desarrollo de las zonas ribereñas de los embalses». Sin embargo, el Tribunal gallego considera que él no es competente para resolver esta cuestión, sino que resultaría competencia de la jurisdicción contencioso administrativa —cita como fundamento la Resolución de 4 de noviembre de 2005 (Expte. 653/04, Deportes Álava) del Tribunal de Defensa de la Competencia—. Sin perjuicio de lo anterior, este órgano autonómico pasa a enjuiciar la actividad de la Diputación porque considera que se trata de una actividad económica a la que resulta de aplicación general la LDC sin excepciones sectoriales y sin distinción de operadores públicos y privados. Trae en este punto a colación el Tribunal la afirmación del TDC de que «El Derecho administrativo no es el único Derecho que regula toda la actividad de la Administración pública» (Expte. R 572/03, Servicios Deportivos Logroño).

Posteriormente, el Tribunal se plantea sucesivas infracciones de la legislación de defensa de la competencia por parte de la Diputación provincial de Lugo. Para ello comienza valorando si tal conducta infringe alguno de los artículos de la LCD (en su versión anterior a 2007), y si tiene capacidad para distorsionar gravemente las condiciones de competencia y afectar al interés público. En este sentido tiene en cuenta que la conducta denunciada es tanto la supuesta venta por debajo del coste realizada durante varias anualidades (2002-2003), como la fijación del precio del transporte fluvial sin respetar el procedimiento establecido. Con respecto a esto último, el Tribunal desecha su fiscalización, pues considera, acertadamente, que ésta es una cuestión que puede constituir vulneración de la legislación administrativa pero es ajena a su función de control. Con respecto a la conducta desleal durante los años 2002 y 2003, el Tribunal la examina intentando subsumirla en alguna de las posibles infracciones de la legislación de la competencia: por ejemplo, que se trate de una *venta a pérdida*. Así, si se realiza con la intención de eliminar a los posibles competidores al imposibilitarles la entrada en el mercado para ofrecer el servicio de transporte fluvial —lo que se conoce en el lenguaje jurídico-mercantil como *doctrina de los precios predatorios* (art. 7, en conexión con el art. 17 LDC, en su antigua versión)—, o si concurre una *conducta desleal derivada de la violación de normas o competencia desleal* derivada de la *cláusula general o residual del antiguo art. 5 LCD*. Pues bien, en el análisis que se realiza de la regulación de defensa de la competencia para proceder a su aplicación al caso concreto, se pone de manifiesto la dificultad práctica que resulta de aplicar estas normas a las Administraciones públicas. Expresamente afirma el Tribunal gallego de Defensa de la Competencia, siguiendo en esto al antiguo órgano nacional (TDC): «La dificultad proviene de que el test de recuperación de costes —probabilidad de recuperación de los costes derivados de la estrategia predatoria una vez eliminado el competidor o competidores actuales o potenciales— resulta de imposible aplicación a la

actividad económica de la Administración pública, dado que no existe razón para que la misma actúe de modo que el beneficio se incremente en el futuro».

Por último, frente a la posible denuncia de que la oferta de servicios de transporte fluvial realizada a pérdida por la Diputación podría ser considerada una ayuda pública, y, en cuanto tal, distorsionadora de las reglas del mercado, el Tribunal gallego sostiene que se encuentra ante una cuestión para la que resulta incompetente. Este órgano no tiene competencias, conforme al ordenamiento jurídico, para evaluar ayudas públicas en el marco de un expediente sancionador.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que los órganos de Defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas sí que pueden elaborar informes sobre ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial. En este ámbito se incardina la *Resolución de 20 de mayo de 2009, el Tribunal vasco de Defensa de la Competencia (Expte. 02/2009, «Fomento de San Sebastián, S. A.»)* cuando resuelve sobre la supuesta financiación de una empresa, con fondos públicos, para actuar en el mismo mercado de la empresa denunciante. Concretamente se denuncia a la empresa «Fomento San Sebastián, S. A.», la cual es una sociedad municipal encargada de promover el desarrollo económico de Donostia-San Sebastián, en el mercado de la construcción de equipamientos industriales y de servicios para el sector audiovisual en Gipuzkoa, mercado en el que actúan tanto operadores económicos de naturaleza privada como diferentes sociedades públicas de ámbito local que realizan actividades de promoción económica. Los denunciantes alegan que se puede estar infringiendo la legislación de defensa de la competencia por cuanto se estaría financiando con fondos públicos una empresa privada para promover un proyecto idéntico al que ellos desarrollan. Se trata de construir un polo audiovisual en el polígono industrial de Z. de dicho ayuntamiento de San Sebastián, publicitando que se promoverán políticas de alquileres bonificados con el fin de incentivar la implantación de empresas del sector sobre dicha promoción pública. El Tribunal vasco archiva la denuncia al considerar que no existen indicios de infracción de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.

3. La Transposición de la Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito local desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia

El hito que ha supuesto la incorporación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de servicios en el mercado interior al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley paraguas), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva, y sus efectos en el ámbito local ha sido un tema necesariamente tratado por la doctrina jurídico-administrativa en este último año, en la medida que supone un nuevo marco de referencia en la regulación del sector servicios.

Entre otras, destacan las siguientes aportaciones doctrinales: «La transposición de la Directiva Bolkestein, la libertad de establecimiento y las competencias de las entidades

locales», de F. MORA BONGERA, en *El consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, 2009, pp. 530-543, y «La Directiva de servicios y las Entidades Locales», de I. MOLINA FLORIDO, en la misma revista en el núm. 19, 2009, pp. 2794-2811.

Concretamente I. MOLINA FLORIDO, Subdirector General de Organización y Régimen Jurídico del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del ayuntamiento de Madrid, pone de manifiesto que este nuevo régimen sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio tiene como objetivo principal suprimir las barreras que restringen injustificadamente el acceso y ejercicio de actividades de servicios. Con la eliminación de estas trabas injustificadas se quieren alcanzar ciertas finalidades, como crear un entorno más favorable a la actividad, a la creación de empleo, a la puesta en marcha de nuevos proyectos emprendedores y, en general, a la dinamización del sector servicios con repercusiones positivas en el conjunto de la actividad económica, y también se avanza hacia una mayor garantía de la libre competencia.

3.1. Modificaciones legislativas y reglamentarias introducidas para la transposición de la Directiva 2006/123/CE y sus efectos en el régimen local español

Con carácter general se aprecia que, tanto el art. 9 de la Directiva, como el art. 5 de la Ley 17/2009, establecen un principio general conforme al cual, el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse los regímenes de autorización cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general, el cual, como pone de manifiesto el autor antes citado (MOLINA FLORIDO), no es un concepto jurídico indeterminado que cada administración pública pueda interpretar libremente. Por el contrario, y teniendo en cuenta que dicho concepto ha de ser interpretado conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, comprende, al menos, los siguientes ámbitos: «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural». Asimismo la autorización sólo puede imponerse si el objetivo perseguido no pueda lograrse con otra medida menos restrictiva. En este sentido, el art. 5 indica que, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

Por este motivo y teniendo en cuenta la seguridad jurídica y con el objeto de ofrecer a las Administraciones públicas de fórmulas jurídicas con las que sea posible eliminar las

autorizaciones previas, la Ley Ómnibus —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— incluye (en sus arts. 1 y 2 respectivamente) una modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y del art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

La nueva redacción del art. 84 LRBRL es la siguiente: «1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: *a)* Ordenanzas y Bandos. *b)* Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma. *c)* Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el art. 71 *bis* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *d)* Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. *e)* Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. 2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue. 3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondiente leyes sectoriales».

Asimismo se ha introducido un nuevo precepto, art. 71 *bis*, en la LRJPAC, donde se definen tanto las comunicaciones previas como las declaraciones responsables.

Por último, hay que tener en cuenta también que por *Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, se ha modificado el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955* (en adelante RSCL) para adaptarlo a la nueva redacción de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que ha introducido la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, que quedarán sujetas, respecto de las actividades de servicios, a los principios incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Estos principios, como pone de manifiesto la Exposición de motivos del Real Decreto 2009/2009, de modificación del RSCL, implican la introducción de nuevas formas de control de la actividad más eficaces, pero menos gravosas para ciudadanos y empresas. Concretamente se da una nueva redacción al art. 5 («La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local») y al art. 22.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales («La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia

de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio»), sin perjuicio de las competencias normativas que corresponden a las Comunidades Autónomas y de la autonomía local. Asimismo, se suprimen los arts. 8 y 15.2, al considerar que son manifiestamente incompatibles con la nueva redacción de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como con el contenido y principios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Como pone de manifiesto MOLINA FLORIDO, puede decirse que tanto la Directiva como la legislación aprobada para su incorporación al Derecho español establecen cuatro niveles distintos de intervención administrativa en las actividades de servicios, de menor a mayor intensidad:

1. Libre acceso y ejercicio de actividades de servicios. El prestador de servicios puede operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica. Es el régimen general.

2. Libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, si bien se exige el cumplimiento de determinados requisitos que no precisan de comunicación previa o declaración responsable.

3. Régimen de notificación o declaración responsable. El prestador puede operar desde el momento en que notifica el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad. En tales casos podrá realizarse un control *a posteriori*.

4. Régimen de autorización. Implica el cumplimiento de requisitos que exigen una comprobación previa por parte de la autoridad competente. Es el tradicional régimen de autorización *a priori*.

No cabe duda de que esta nueva regulación contribuirá a crear competencia, en la medida que logra liberalizar determinadas actividades y a eliminar requisitos innecesarios y simplificar procedimientos a través de las nuevas figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable.

3.2. *La reforma de las Ordenanzas locales: ámbito y criterios de la nueva regulación que se adopte*

En este epígrafe de lo que se trata es de aproximarse a cómo afecta el contenido de estas dos nuevas leyes estatales, y concretamente la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, así como del Reglamento de Servicios de las Entidades locales (RSEL) de 1955, a la regulación que han de aprobar las entidades locales sobre las diferentes actividades económicas desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia, aplicable indistintamente a la actividad económica privada como a la pública, cuando ésta se somete a las reglas del mercado.

Estos nuevos principios y esta nueva regulación introducida por la Ley paraguas (Ley 17/2009) y la Ley ómnibus (Ley 25/2009) conducen a que las entidades locales deban reformar sus ordenanzas locales a fin de establecer los nuevos requisitos para la prestación de servicios, con independencia de que los mismos precisen o no de comu-

nicación o estén o no sujetos a autorización previa, ya que esta nueva legislación señala que los regímenes deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se exija de forma arbitraria. Existe un plazo temporal muy limitado. Las entidades locales deberían de haber asegurado la compatibilidad de sus normas y actuación con la Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios antes del 28 de diciembre de 2009. La Ley 17/2009, en su disposición final quinta, apartado 2, establece que las entidades locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes del 26 de diciembre de 2009, las disposiciones reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en esta nueva ley.

A estos efectos, la doctrina (*cf.* MOLINA FLORIDO) considera que lo deseable sería que cada entidad local pudiera elaborar una «*Ordenanza Omnibus*», equiparable a la ley estatal, si bien se reconoce que esta opción resulta fuertemente limitada por el hecho de que ha de producirse previamente la adaptación a la Directiva de la legislación de cada Comunidad Autónoma. En todo caso habrá que analizar detenidamente toda la normativa local y determinar si está o no afectada por esta nueva legislación, analizar reglamentos, ordenanzas y procedimientos, para averiguar si las materias sobre las que versan están dentro o fuera del ámbito de aplicación. Debe tenerse también presente que según establece la disposición transitoria única de la Ley, los procedimientos de autorizaciones iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud. Si la tramitación y resolución se produce a partir del 28 de diciembre de 2009 y la normativa de aplicación incluye requisitos prohibidos según el art. 10 de la Ley, no se tendrá en cuenta por el órgano competente, salvo que el interesado desistiera de su solicitud y optara por la aplicación de la nueva normativa. De esta forma las Entidades locales se verán obligadas a aplicar las previsiones de la futura Ley, aún cuando no tengan adaptadas sus respectivas ordenanzas, lo cual puede ser una fuente inagotable de conflictos y dificultades interpretativas.

MOLINA FLORIDO señala que la sustitución de los regímenes de autorización previa por otros regímenes tendrá un alcance muy limitado en el ámbito de la Administración local. Considera que esto es debido a que la mayor parte de la actividad autorizatoria de las entidades locales se centra en dos ámbitos, el dominio público municipal y las licencias urbanísticas, en los que o bien existe una exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, o bien existen razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de un régimen de autorización a posteriori. Además, en ambos casos existen razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de regímenes de silencio administrativo negativo. El citado autor considera que esto no excluye que, en aquellas ordenanzas municipales que regulen licencias urbanísticas u ocupación del dominio, deban eliminarse los requisitos prohibidos por la Directiva que pudieran encontrarse, ni tampoco que, en los supuestos en los que la legislación estatal o autonómica lo permita, las ordenanzas municipales puedan incluir supuestos de comunicación previa o declaración responsable, cuando se considere que ello puede

suponer ventajas de cara a la simplificación y agilización en la tramitación de los procedimientos administrativos.

Sin perjuicio de que se apruebe legislación autonómica de desarrollo de las Leyes paraguas y ómnibus, las entidades locales tendrán que adaptar sus ordenanzas en aquellas materias en las que están afectados los servicios o que incluyen regímenes de autorización que deberán ser revisados atendiendo a los principios que se derivan de la nueva legislación tales como las ordenanzas en materia de venta ambulante, servicios de mudanzas, servicios funerarios, autorizaciones de contenedores en vía pública, mercados, autotaxis, protección del medio ambiente urbano (atmosférico, ruidos y vibraciones, residuos).