

Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal

Julia ORTEGA BERNARDO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Profesora Titular (A.)

Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: servicios públicos; actividad económica; Derecho de la Unión Europea; servicios económicos de interés general; directiva de servicios; ordenanzas locales; Derecho de la competencia; tribunales autonómicos en materia de defensa de la competencia; poder regulador; operador económico.

Keywords: public utilities; economic activity; Law of the European Union; economic services of general interest; EU Directive of services; local regulations; competition rules; regional authorities on competition matters; regulatory power; economic operator.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: 1. Consideraciones generales. 2. Formas de gestión de los servicios públicos locales. 3. La contraprestación de los servicios públicos locales: 3.1. *Potestad tarifaria y control de precios en la prestación de los servicios públicos.* 3.2. *Las tasas como mecanismo de financiación local.* 3.3. *Naturaleza de la contraprestación recibida por los gestores indirectos del servicio.*—III. LA INTERVENCIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: 1. La adaptación de las Ordenanzas a la legislación sobre libre acceso a las actividades de servicios. 2. La nueva reforma legislativa de la intervención local en el control de actividades. 3. La posible vulneración de la Directiva de servicios por Ordenanza.—IV. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA REALIZADA POR LAS ENTIDADES LOCALES.—V. APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: 1. Reformas en la estructura orgánica de las autoridades de la competencia. 2. Servicios funerarios y Derecho de la competencia. 3. Servicios de comunicaciones electrónicas (redes wi-fi) y Derecho de la competencia. 4. Enjuiciamiento de la actividad de los Gobiernos locales cuando no actúan como operadores económicos: la celebración de Convenios con colegios profesionales. 5. Recomendaciones a los Gobiernos locales para promocionar la competencia efectiva en los mercados.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del año 2011 son numerosas las novedades jurídicas relativas a la actuación de los Gobiernos y Administraciones locales en relación con los servicios públicos

locales —que no dejan de ser objeto de análisis y reflexión por lo que se refiere a sus formas de gestión—, y a la propia iniciativa local, sobre todo en esta época de crisis en la que hay que repensar el sistema desde el principio de eficiencia y de racionalización de los recursos públicos. En esta línea hay que hacer necesariamente mención a la nueva regulación estatal de la intervención municipal en la actividad económica de los particulares, que concreta con mayor precisión el sentido de la modificación de las Ordenanzas locales para su adaptación a la *Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. De hecho la nueva regulación introducida por la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible*, puede ser considerada como una vuelta de tuerca en este proceso de adaptación, en la medida en que con ella se establecen con más detalle las pautas que han de seguir las entidades locales para requerir de forma excepcional la sujeción al régimen de licencia u otros actos equivalentes de control previo. También resultan de interés las cuestiones que tienen que ver con la aplicación del Derecho de la competencia a los Gobiernos locales. En este campo se pone de manifiesto la existencia de dos sectores económicos en los que el respeto a las reglas de la competencia por parte de los municipios resulta controvertido en su aplicación práctica. Uno de ellos es el ámbito de los servicios funerarios, de tradicional competencia local —durante 2011 se han emitido varios Informes de los órganos competentes en esta materia que permiten entender la evolución que se está produciendo y se va a operar en el mismo—. El otro es un sector claramente innovador, el de las actividades de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por redes Wi-Fi, sobre el que se pronuncia la reciente *SAN de 1 de septiembre de 2011*. Por último en esta materia resultan decisivas, y por ello, reseñables, las recomendaciones que a los Gobiernos locales pueden empezar a ofrecer los especialistas en esta materia, desde una perspectiva que recoge la práctica del Derecho comparado.

II. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

1. Consideraciones generales

Una reflexión sobre cuestiones generales en el ámbito de los servicios públicos, vinculada al momento actual de situación de crisis en la que vivimos, se encuentra en el trabajo de V. MERINO ESTRADA, publicado con el título «Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales» e «Innovación eficiente en la gestión de los servicios públicos locales» (*Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 144, pp. 10-25, y núm. 142, pp. 66-81). Entre otras consideraciones generales, el autor propugna la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad a los servicios de las entidades locales y concluye con determinadas propuestas que deberían ser objeto de estudio por los representantes locales, relativas a los siguientes puntos: *a)* la conveniencia y oportunidad de intervenir, si el servicio no es de obligada prestación; *b)* el instrumento de intervención que debe utilizarse, conforme al principio de proporcionalidad, y *c)* en caso del Servicio público local, la forma de gestión que reporte más eficiencia y economía en la satisfacción de la necesidad.

La utilización de estos parámetros le lleva a poner énfasis en la Memoria justificativa que motiva la decisión de implantar, modificar o suprimir un servicio y en la que se argumenten y constaten las razones de la decisión. Asimismo entiende que el principio de proporcionalidad tiene que llevar a que sólo deba implantarse o mantenerse un servicio público municipal cuando las demás posibilidades de prestación sean imposibles o insuficientes —se refiere a que sea la iniciativa privada quien con ayuda o tutela pública pueda atender esa necesidad social—. Por último, sostiene que si la solución es la del servicio público local, como regla general deberá elegirse una forma de gestión indirecta, que implique la colaboración pública-privada y si no resulta posible, de entre las formas de gestión directa, se decanta por la más eficiente y de mayor calidad. Además de ciertas consideraciones sobre las formas de gestión realiza varias observaciones sobre los usuarios en la gestión del servicio, lo que considera un problema básico de la gestión.

Dentro de esta perspectiva general se encuentra también el trabajo de C. HERRERO SÁNCHEZ, A. DE LA FUENTE HONRUBIA y G. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ relativo a la «Colaboración entre entidades locales y Comunidades Autónomas en la prestación de servicios públicos» (*Revista Española de Control Externo*, vol. 13, núm. 38, Tribunal de Cuentas, pp. 97-134).

2. Formas de gestión de los servicios públicos locales

Esta materia ha sido objeto en el pasado año de diversas aportaciones doctrinales. Desde un punto de vista general, con especial consideración de algunas de las técnicas que compensan en nuestro ordenamiento jurídico el recurso al Derecho privado por parte de las Administraciones públicas, puede mencionarse el artículo de J. E. CANDELA TALAVERO sobre «La gestión directa de los servicios públicos y la huida del derecho administrativo: especial referencia en la Administración local» (*Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 137, pp. 30 a 51). Varios de los estudios sobre esta materia han visto la luz en 2011 con motivo de la aparición de la tercera edición del *Tratado municipal de Derecho municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO (Iustel). En el t. II de esta vasta obra se encuentra el capítulo XXXV escrito por J. MESTRE DELGADO sobre «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión», en el que se advierte que la evolución y fortalecimiento que ha seguido el régimen local español en las últimas décadas encuentra también su plasmación en el ámbito de los servicios públicos. Este estudio, que no pretende realizar un recorrido exhaustivo de las diversas formas de prestación de los servicios públicos, permite ordenar, atendiendo a sus principales aspectos, la regulación vigente y dedica especial atención al análisis del régimen de la concesión de servicio público.

Otras concretas formas de gestión son estudiadas en el t. III del *Tratado*: en el capítulo XLIX, titulado «La gestión de los servicios públicos locales a través de sociedades de economía mixta», cuya autora es D. SANTIAGO IGLESIAS, y en el capítulo L, «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», a cargo de E. MON-

TOYA MARTÍN. En el primero de ellos la profesora SANTIAGO IGLESIAS da cuenta de la expansión en la utilización de esta forma de gestión de los servicios públicos locales, lo que, entre otras cosas, se explica por el auge que han experimentado en el ámbito de la Unión Europea las formas de colaboración público-privada. Con mucha claridad en este trabajo se diseccionan las distintas cuestiones relevantes relativas a la caracterización de este tipo societario —sus rasgos esenciales, su procedimiento de constitución, sus elementos estructurales y de funcionamiento interior y exterior, su modificación y extinción, así como el control interno y externo al que están sometidas—. Todo ello se analiza atendiendo no sólo a su régimen jurídico-público, sino también jurídico-privado, mercantil, y a los criterios y regulación que se derivan del Derecho y la jurisprudencia europeas. A estas forma de gestión también se refiere el estudio de I. GALLEGO CÓRCOLES, «La gestión de los servicios públicos mediante sociedades de economía mixta» (*Contratación administrativa práctica: revista de la contratación y de los contratistas*, núm. 107, pp. 48-56).

Por su parte, el capítulo del Tratado municipal sobre las empresas municipales y mixtas, realizado por E. MONTOYA MARTÍN, analiza cada uno de estos tipos societarios y sus rasgos comunes: patrimonio, personal y contratación externa. De especial interés resulta el apartado destinado a las relaciones entre la Administración local y la sociedad mercantil local, en el que sintéticamente se exponen las principales conclusiones de su monografía sobre *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del Sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno local, Serie Claves del gobierno local, 9, Madrid, 2009.

3. La contraprestación de los servicios públicos locales

3.1. Potestad tarifaria y control de precios en la prestación de los servicios públicos

En relación con la cuestión relativa a la intervención autonómica al amparo de su competencia sobre control de precios en la fijación de las tarifas de los servicios públicos locales se pronuncia la STS de 3 de febrero de 2011 (*Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso de casación 5325/2006, ponente: Juan Gonzalo Martínez Micó*), en la que se resuelve el recurso presentado por un ayuntamiento contra la denegación, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, de la autorización para aumentar la tarifa del servicio de suministro de agua potable. En este caso el Tribunal Supremo reconoce, igual que la sentencia de instancia, que la potestad tarifaria en lo relativo a los servicios de abastecimiento de aguas y tratamiento de las residuales reside en el municipio, por lo que sólo a éste incumbe conocer del establecimiento o modificación de tarifas del servicio. La razón, a juicio del Tribunal, es que se trata de uno de los servicios de competencia municipal y de prestación obligatoria previstos en el art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Esto se afirma sin dejar de reconocer, por otro lado, la intervención de las Comisiones autonómicas de precios

en ejercicio de sus atribuciones por las que autorizan o deniegan los aumentos de precios. Para ello se recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, SSTC 97/1983, de 11 de noviembre, y 53/84, de 5 de mayo, en la que se diferencia entre la potestad tarifaria y la política de precios (régimen de precios autorizados), y se señala que cuando concurren ambas intervenciones administrativas no desaparece la potestad tarifaria sino que se da la yuxtaposición de ambas.

Conforme a esta doctrina, que diferencia y trata de compatibilizar la potestad tarifaria municipal con las autorizaciones autonómicas sobre los precios, la autorización de la Comisión de Precios comporta las siguientes notas: *a)* sobre la potestad tarifaria se superpone o yuxtapone la potestad de ordenación y control de la economía; *b)* las entidades locales conservan la potestad tarifaria, fundada en la mejor y más eficaz prestación del servicio público y en la consecución del equilibrio económico o de la explotación, y tales entidades deben respetar la política de precios señalada por el Gobierno o por la Comunidad Autónoma ejercida a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquéllas pretendan aumentar las tarifas, y *c)* los acuerdos de las Comisiones de Precios deben estar fundados sólo en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de la política económica y, sobre todo, la justificación del incremento de las tarifas debido al aumento del coste de explotación, sin que dicha Comisión pueda invadir la competencia tarifaria que corresponde a la entidad local basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio.

En este sentido se recuerda, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior, que la Comunidad Autónoma no puede imponer un modelo tarifario distinto al propuesto, ni puede enjuiciar la tarifa como elemento de la gestión del servicio público, ni puede tampoco, obviamente, acordar revisiones de la tarifa superiores a las propuestas.

Sin embargo, la citada jurisprudencia también reconoce que la existencia de la autonomía local no impide, «en principio, el que los aumentos de los “precios autorizados”, por su trascendencia sobre el consumo, deban ser controlados por la Comunidad Autónoma en virtud de las competencias transferidas por el Estado». En este caso se estima que la Comisión de Precios ha actuado conforme a Derecho al haber denegado la subida tarifaria porque la misma suponía un incremento muy por encima del IPC respecto de la inflación acumulada del sector de la distribución de agua. Se reconoce asimismo que es función específica de la Comisión de Precios tener en cuenta si los incrementos solicitados se basan en elevaciones de costes de producción o comercialización.

3.2. *Las tasas como mecanismo de financiación local*

En época de crisis económica y en relación con el principio constitucional de suficiencia financiera local, resulta necesario analizar las posibilidades y límites en el establecimiento y cuantificación de las tasas. A ello se dedica E. ARAGONÉS BELTRÁN, en «Principio de suficiencia financiera: tasas locales» (*Cuadernos de Derecho local*, núm. 25, pp. 26-56), poniendo de manifiesto que muchas veces se trata de decisiones de carácter

político sobre la forma de financiación de los servicios públicos, y en otros casos, que conviene bien distinguir, se trata de gravar la utilización privativa del dominio público local en proporción a la utilidad obtenida. En este ámbito resulta de especial interés la STC 73/2011, de 19 de mayo, sobre la densidad mínima de la ley cuando activa la reserva de ley exigible en materia tributaria, en relación con el hecho imponible de las tasas exigibles por anuncios instalados en dominio privado, pero visibles desde la vía pública.

3.3. *Naturaleza de la contraprestación recibida por los gestores indirectos del servicio*

Sobre esta cuestión referida al servicio domiciliario de agua potable se centra el trabajo de V. ESCUÍN PALOP que lleva el título de «Naturaleza de la contraprestación recibida por los gestores indirectos del servicio domiciliario de agua potable» (*Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 144, pp. 20 a 33). En él se sostiene la tesis de que la consideración del abastecimiento como servicio mínimo obligatorio prestado en régimen de monopolio podría hacer pensar que la contraprestación de los usuarios constituye una tasa, esto es, un tributo local; y, sin embargo, este régimen no se puede generalizar ni aplicar al caso de los gestores indirectos del servicio, puesto que la tasa exige la concurrencia de un elemento subjetivo: que quien la perciba sea la propia Administración o una entidad de Derecho público.

III. LA INTERVENCIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. **La adaptación de las ordenanzas a la legislación sobre libre acceso a las actividades de servicios**

El retraso en el proceso de modificación de las ordenanzas locales para adaptarse a la regulación contenida en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y proceder así a remover todas las trabas e impedimentos que resultaran discriminatorios, desproporcionados o no estuvieran justificados en orden a facilitar el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se debe, sin duda, a la tardía trasposición de la directiva de servicios —Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre—, por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas. Así se pone de manifiesto en el análisis realizado por V. MERINO ESTRADA, «La adaptación de las ordenanzas locales a la nueva legislación sobre actividades de servicios» (*Revista de Estudios Locales*, núm. 136, pp. 47-57). En él se realiza asimismo una crítica muy justificada a la Ley de trasposición, en la medida en que dicha norma se limitó a transcribir la directiva, pero no aportó pautas más precisas de cómo realizar la incorporación del Derecho europeo. En este contexto, no muy favorable, en el que los Gobiernos locales han tenido que afrontar el reto de modificar su normativa, se han producido ya bastantes cambios, aunque,

como se pone de manifiesto en el estudio, se trata de un proceso que no ha culminado todavía y que debe desplegar todo su potencial. En el análisis de las novedades y modificaciones introducidas en el ámbito municipal, MERINO ESTRADA juzga como inútil la aprobación de las ordenanzas paraguas, que transcriben los principios contenidos en la directiva de servicios y disponen la derogación de cuanto en las ordenanzas y reglamentos municipales vigentes se opusieran a lo dispuesto en ellos. Considera que así ha resultado ser, atendiendo a la experiencia de los pocos municipios que finalmente las han adoptado —siguiendo el modelo que recomendaron los Servicios Jurídicos de la FEMP—, pues, aunque en la práctica no han generado la confusión que cabría esperar, resulta evidente que carecían de una eficacia directa y clara. Realmente, a juicio de este autor, el gran cambio al que la directiva de servicios obliga en el ámbito municipal es al de la modificación de los procedimientos locales para proceder a su simplificación administrativa. De hecho la supresión de las licencias de apertura, de puesta en funcionamiento y similares, llevada a cabo por las Comunidades Autónomas, ha tenido un impacto considerable en la regulación municipal contenida en las distintas ordenanzas. Son muchas las ordenanzas que han sido modificadas o que deben aún serlo. En cualquier caso, la reforma no reviste un carácter esencial, puesto que el régimen de autorización previa se sustituye por un régimen de intervención administrativa distinto, basado en las técnicas de comunicación previa y declaración responsable que resultan suficientes en muchos supuestos para proteger los intereses generales, y que son, claramente, menos gravosas para el prestador. A pesar de ello, se critica por parte del citado autor ciertos procedimientos autorizatorios —basados en la presentación de una comunicación previa, cuya presentación permite poner en marcha la actividad, hasta que se efectúe el control por parte de los órganos competentes municipales—, a los que se pone fin con la resolución administrativa, que es la que tiene valor y efectos. A este respecto considera este autor que se trata de una situación provisional, casi en precario, y que si no se regula el plazo máximo para que la Administración pueda realizar el control sobre la actividad que conduce a la resolución administrativa se afecta a la seguridad jurídica por cuanto el prestador estará un tiempo, de duración indeterminada, en el que no tendrá la seguridad de estar actuando dentro de la legalidad, ni de que su actividad no será suspendida.

A esta cuestión relativa a la nueva regulación municipal en materia de licencias de apertura se han dedicado también varios comentarios en la revista *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*: M.^a D. ALONSO RIESGO e I. FERNÁNDEZ GANCEDO escriben sobre las «Licencias municipales de actividad y de apertura en el marco de la libre prestación de servicios» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 11, pp. 2506-2512), y, anteriormente, F. CHOLBI CACHÁ y V. MERINO MOLINS, «Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las Leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 7, 2010, pp. 1035-1065).

2. La nueva reforma legislativa de la intervención local en el control de actividades

Con posterioridad se ha producido una mayor precisión de las pautas a las que los Gobiernos locales deberán de reconducir las modificaciones normativas a las que deben, en todo caso, proceder para lograr la efectiva transposición de la Directiva de servicios. La aprobación de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, supone una vuelta de tuerca en ese proceso de incorporación de los principios y reglas contenidos en la citada Directiva. A través de la Ley de Economía Sostenible se ha realizado una segunda modificación en este sentido de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, concretamente se ha procedido a completar el art. 84 de esta Ley, añadiéndole dos nuevos apartados. Con ellos se complementa la regulación de las formas de intervención [*a*) Ordenanzas y bandos; *b*) Licencia y otros actos de control preventivo; *c*) Comunicación previa o declaración responsable; *d*) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, y *e*) Órdenes individuales constitutivas de mandato], establecidas en este precepto e introducidas 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 (*Ley omnibus*). Concretamente se trata del art. 84 bis y 84 ter. El primero de ellos establece tanto la regla general como las excepciones con respecto a la necesidad o no de emplear una técnica de control preventivo. Concretamente como regla general se dispone que el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. Y como excepción se dispone que podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En el mismo apartado se prevé que, en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes, entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente la necesidad de otorgar autorización o licencia de su competencia, justificándolo en que el interés general concreto que se pretende proteger a través de ella no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. En relación con los procedimientos se añade el art. 84 ter con la siguiente redacción: «Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial». La cuarta novedad que se introduce en este sentido por medio de la Ley de Economía sostenible, es la de modificar la letra *i*) del art. 20.4 del *Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*. De este modo, las actividades sometidas a comunicación previa o declaración responsable pueden constituir

hecho imponible de las tasas municipales. De esta forma se da una solución al problema que se había planteado bajo el nuevo régimen de control de actividades, relativo a que éste resultara compatible con el establecimiento de tasas municipales adecuadas y proporcionadas.

Para facilitar la aplicación de estas medidas, la propia Ley de economía sostenible, en su disposición adicional octava, establece que tanto el Gobierno como las Comunidades Autónomas y las entidades locales tienen el plazo de un año para adaptarse a esta nueva normativa. Concretamente, el Gobierno en ese plazo debe presentar un proyecto de ley de modificación en el que se elimine la licencia de actividad local en aquellos supuestos en los que no concurren razones que justifiquen su mantenimiento, y sin perjuicio de que sean sustituidas por otras formas de verificación y control administrativo. Asimismo se obliga a los municipios a dar publicidad a aquellos procedimientos en los que subsiste la sujeción a la licencia local de actividad.

Sobre el impacto de estas novedades y de otras de diversa índole que también ha traído consigo la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, relativas a la simplificación administrativa, a la sostenibilidad financiera o a la contratación, se refiere el trabajo de J. MELGOSA ARCOS, «Mejora regulatoria en los ayuntamientos. Influencia de las leyes de acceso a las actividades de servicios y de economía sostenible» (*Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 145, pp. 40-70).

3. La posible vulneración de la Directiva de servicios por Ordenanza

En relación con esta cuestión se pronuncia la STSJ de 17 de febrero de 2001 (*Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso contencioso-administrativo núm. 701/2009, ponente: Sara González de Lara Mingo*), relativa al recurso contra la ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas. En este punto concreto del litigio, el Tribunal Superior de Justicia desestima la demanda, pues considera que la referida ordenanza queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123. Así, aunque la Exposición de Motivos de la Ordenanza haga mención a la Directiva, la misma establecía en su considerando 9 que no se aplicaría a las normas relativas a la ordenación del territorio y al urbanismo. Sobre esta sentencia, puede consultarse el comentario de A. CASADO ECHARREN, C. LÓPEZ FERRANDO y M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Reflexiones en torno a la STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2011, por la que se anulan diversos preceptos de la ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 267, pp. 121-158.

También se plantea la vulneración de la Directiva 2006/123, de servicios, la *STSJ de La Rioja, de 6 de julio de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso contencioso-administrativo núm. 310/2010, ponente: Alejandro Valentín Sastre)*, en la que se enjuicia

la conformidad a Derecho de la ordenanza del Ayuntamiento de Logroño sobre instalaciones de los equipos y elementos de telecomunicación. En relación con la posible infracción de la Directiva de servicios, y la normativa estatal que la traspone, el Tribunal estima (FD 4.º) que no se ha producido. Considera que el mantenimiento de la licencia de actividad como control previo para las instalaciones de telecomunicación puede perfectamente fundarse en razones imperiosas de interés general.

IV. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA REALIZADA POR LAS ENTIDADES LOCALES

Con el sugestivo título de «¿Cómo hacer sostenible la iniciativa económica local?» reflexiona el profesor R. RIVERO ORTEGA (*Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 137, pp. 14-29) sobre la necesidad de introducir el principio de eficiencia del gasto público en las decisiones que se adopten en relación con la iniciativa municipal en la vida económica, cuya defensa postula sin reservas a la vista de los datos jurídico-constitucionales (arts. 128.1 y 140 CE). Al hilo de estas observaciones, se detiene en los arts. 32 y 34 de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, y en el art. 39 bis de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (incorporado por la reforma introducida por la *Ley 25/2009*) para propugnar en este ámbito la elaboración de planes de sostenibilidad municipal, la aplicación de los principios de buena regulación, así como la utilización de técnicas de mejora regulatoria. En relación al uso de mecanismos de buena regulación, recuerda que los mismos ya fueron puestos de manifiesto en un documento patrocinado por la OCDE en el año 2000 *Regulatory Reform in Spain, Government Capacity to Assure High Quality Regulation*, que recomendaban que se tradujeran en una mayor coordinación de las intervenciones en los distintos niveles, en una mayor transparencia, predecibilidad y aplicación del principio de necesidad (justificación de las iniciativas normativas en razón del interés general), de proporcionalidad, participación y eficacia. Todo ello les lleva a hablar de la necesidad de establecer un nuevo protocolo para la toma de decisiones de intervención económica. En este sentido valora como positivos los principios de buena regulación económica que se plasmaron en la *Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local de Andalucía*, en la medida que conectan la proporcionalidad con los servicios públicos municipales, aunque insiste en que esto se podría haber traducido en el establecimiento de exigencias más detalladas en el expediente requerido para el ejercicio de la iniciativa económica local, exigiendo concretamente una mayor motivación y comprobaciones procedimentales que se tradujeran efectivamente en la aplicación del principio de eficiencia y en la verificación de la concurrencia real del interés local en el caso concreto. Por último, el profesor RIVERO ORTEGA hace referencia a la opción de sumar esfuerzos y favorecer sinergias, a través de la colaboración con el sector privado o con el tercer sector, y de utilizar nuevos enfoques (*Bench Marcking*, Ejemplaridad pública y *Nudge*).

V. APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como ya ha sido expuesto en Informes anteriores, la actividad de los Gobiernos y Administraciones locales no se escapa del control que ejercen las autoridades de la competencia en su función de garantizar y promover el mantenimiento de la competencia efectiva de los mercados. En este epígrafe se trata, por tanto, de tomar en consideración las novedades legislativas, doctrinales y los datos empírico-jurídicos relacionados con las distintas restricciones a la competencia que pueden originarse como consecuencia de las actuaciones locales, pues se parte de que tanto las decisiones de las entidades locales sobre los servicios públicos que presta o sobre la iniciativa local que emprende, como la ordenación municipal de la actividad económica de los particulares pueden impactar sobre las condiciones de competencia de los distintos mercados.

A esta cuestión se ha referido expresamente una *Resolución de 13 de octubre de 2011 del Tribunal valenciano de defensa de la competencia*, cuyo contenido será relatado *infra*. En ella se hace referencia a varios pronunciamientos jurisprudenciales —entre otras, la SAN de 30 de septiembre de 2010 (rec. 815/2009) y SSTs de 19 de junio de 2007 (RC 9.449/2.004) y 26 de abril de 2010 (RC 3359/2007)—, en los que se pone de manifiesto cómo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) se aplica a cualquier agente económico, con referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, incluso a las propias Administraciones públicas. Se recuerda por ello que sujeción a la LDC depende de la naturaleza de la actividad analizada (actividad económica entendida como aquella que incide en la estructura y el funcionamiento del mercado), no del estatus o naturaleza jurídica de quien la realiza. Asimismo y frente a la pretendida exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al Derecho de la competencia se afirma la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al Derecho administrativo. Como excepción y de acuerdo al art. 4.1 LDC y su interpretación jurisprudencial, tan sólo las conductas restrictivas de la competencia expresamente previstas por una Ley quedarían a salvo de las prohibiciones de los arts. 1, 2 y 3; por tanto, estas prohibiciones sí se aplican (art. 4.2 LDC) a las restricciones 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 sin el referido amparo legal.

1. Reformas en la estructura orgánica de las autoridades de la competencia

A este respecto hay que destacar que durante 2011 y a causa de la crisis económica, en el marco de la política de contención del gasto público y de racionalización de las estructuras del sector público, se han suprimido dos autoridades de defensa de la

Competencia autonómicas. Es el caso de Castilla-La Mancha, por medio del *Decreto 177/2011, de 14 de julio*. Y de la Comunidad de Madrid, por medio del art. 9 de la *Ley madrileña 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas*. En este segundo caso se dispone expresamente que el ejercicio de sus competencias sea asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior. Por su parte, en Cataluña, la *Ley 2/2011, de 11 de mayo, de modificación de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la competencia*, establece un nuevo régimen de nombramiento, cese e incompatibilidades para su director general, de modo que para este cargo se impone un estatus jurídico homologable al del resto de cargos equivalentes de la Administración de la Generalidad. Esta reforma legal va dirigida también a suprimir la garantía de seis años en la duración del cargo que, en aras de la independencia en el ejercicio de sus funciones, la Ley de 2009 consideró que debían aplicarse tanto al cargo de director general, como al de presidente y al de los vocales del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia.

2. Servicios funerarios y Derecho de la competencia

Por lo que respecta a la actuación de las entidades locales relativa a la futura ordenación de los servicios funerarios, se hace necesario dejar constancia de dos Informes emitidos por los órganos que ejercen funciones en el ámbito del Derecho de la competencia. Por un lado, el *Informe de 25 de mayo de 2011, emitido* —al amparo del art. 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia— *por la Comisión Nacional de la Competencia* (en adelante, CNC) *ref. IPN 55/2011*, y, por otro, del *Informe de 27 de noviembre de 2011 de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia* (en adelante, ACCO) —realizado de acuerdo con los arts. 2.4 y 8.1.b) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia, *ref. OB 10/2011*—. Los dos informes versan *sobre la reforma de la legislación en materia de servicios funerarios* que debía aprobarse en cumplimiento de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Esta normativa resulta ser de especial interés para el ámbito local en la medida que la Memoria de análisis del impacto normativo que acompaña al proyecto refiere que el 49 por 100 de los ayuntamientos analizados por el Tribunal de Cuentas, en un informe de fiscalización, cuenta con menos de dos operadores cada 100.000 habitantes; y también recoge que la presencia de capital público municipal en esta actividad sigue siendo muy acusada, ya que los municipios intervienen en sociedades mercantiles de gestión, de titularidad íntegramente pública o a través de sociedades mixtas que frecuentemente tienen el monopolio de hecho de la actividad en el municipio.

La CNC en su *Informe de 25 de mayo de 2011* valora positivamente la reforma legislativa, puesto que considera que pretende eliminar numerosas restricciones a la competencia presentes en gran parte de las normas vigentes en el sector, y que se pusieron

de manifiesto con motivo de los diferentes expedientes que han recaído en este sector (*expediente 650/08 Funerarias Baleares, expediente 495/00 Velatorios Madrid, expediente 502/00 Funerarias Madrid 3, expediente 613/06 Servicios Funerarios La Gomera*). Concretamente se pone de manifiesto que la multiplicidad de aspectos sujetos a regulación específica que implica la prestación de estos servicios —sanidad mortuoria, protección de los consumidores— y la atribución a los municipios de competencias en materia de cementerios habría contribuido a crear un marco legal disperso y complicado, con una diversidad de requisitos de acceso a la actividad que variaban sustancialmente de unas Comunidades Autónomas a otras, e incluso entre distintos municipios de una misma Comunidad.

Hasta la aprobación *del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica*, los servicios funerarios tenían la consideración de servicios esenciales y se reservaba su actividad a las entidades locales. La liberalización parcial del sector realizada por este Real Decreto-ley, que permitía la prestación de estos servicios a empresas privadas a través del otorgamiento de autorizaciones municipales, ha sido complementada con otros desarrollos legislativos posteriores, tales como la aprobación de la *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad*, o más recientemente la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. Sin embargo, a pesar de esta evolución, hasta el momento la normativa de aplicación al sector sigue manteniendo un buen número de restricciones a la competencia. Para el desarrollo de este tipo de actividades la legislación aún vigente exige la tenencia de entre dos y tres autorizaciones (una municipal, una autorización de la autoridad sanitaria autonómica y una de transporte privado también autonómica). Ello es así, a pesar de que la aprobación de la *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para impulsar la productividad*, reconoció la eficacia nacional de la autorización para la actividad de traslado de cadáveres y dispuso que los requisitos para obtener la autorización debían establecerse de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fijaran el Estado y las Comunidades Autónomas. Asimismo, advirtió que las normas autonómicas y locales que regularan los requisitos de las autorizaciones para la prestación de servicios funerarios no podían establecer exigencias que desvirtuaran la pretendida liberalización del sector.

Conforme a la reforma sometida al Informe de la Comisión las autorizaciones constituyen una barrera injustificada en la medida en que no existen razones de interés general que sustenten dicha intervención *ex ante* (ya que actualmente han desaparecido muchos de los riesgos para la salud pública que antes acompañaban el inicio de la prestación del servicio). Por tanto, se determina en el nuevo proyecto que la prestación de los servicios funerarios es libre en todo el territorio nacional, y se sustituyen las autorizaciones exigidas para el traslado de cadáveres por una declaración responsable que será válida en todo el territorio nacional con una duración ilimitada. Asimismo, las autorizaciones necesarias para la instalación de tanatorios se limitan a los permisos requeridos por los ayuntamientos y Comunidades Autónomas en el ámbito de los planes urbanísticos y del medio ambiente.

Por otro lado, se considera que el proyecto elimina o reduce los requisitos exigidos para la obtención de dichas autorizaciones (disponibilidad de recursos económicos, de vehículos, de féretros, de instalaciones y locales, de personal...), que resultaban generalmente desproporcionados e injustificados. Estos requisitos, que estaban previstos por la normativa autonómica, pero también por las Ordenanzas locales, resultaban, por tanto, diferentes entre sí, comparando unas Comunidades con otras, y podían suponer una barrera de entrada que implicaba una merma en la competencia del sector.

Por su parte, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) pone de manifiesto en su Informe de 17 de noviembre de 2011 que la situación en esta Comunidad Autónoma se caracteriza por la existencia en el sector de una competencia muy débil, lo que ya se había constatado en el *Estudio sobre los servicios funerarios* realizado por la Dirección General de Defensa de la Competencia en el año 2007. El Estudio concluyó que en Cataluña el 84 por 100 de los municipios analizados sólo operaba una empresa de servicios funerarios, de ámbito local, y que, por tanto, estos servicios se prestaban mayoritariamente en régimen de monopolio. Con el fin de incrementar la competencia, aquella Dirección General recomendó en su día que se reconociera la eficacia de las autorizaciones en todo el territorio catalán, de modo que la autorización obtenida en un municipio habilitara al prestador para desarrollar servicios en toda Cataluña, así como que se permitiera el libre acceso a los tanatorios por parte de las empresas funerarias.

En este Informe autonómico se relatan las últimas reformas legislativas aprobadas por el parlamento autonómico. Concretamente se refiere a que en el año 2010 se adoptó el Decreto Legislativo catalán 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, el cual modificó la Ley catalana 2/1997, que regulaba la prestación de servicios funerarios. En virtud de esta modificación se reconoció la eficacia en todo el territorio catalán de la autorización de la actividad de transporte funerario y de las funciones asociadas al mismo (suministro del féretro y realización de las prácticas higiénicas en el cadáver), así como de la gestión de los trámites administrativos preceptivos. Por este motivo, esta nueva redacción de la Ley 2/1997 estableció que la empresa funeraria debería obtener la autorización en el municipio donde estuviera establecida, y no donde pretendiera realizar sus actividades (régimen previsto en la redacción anterior de la norma). Asimismo, previó que las ordenanzas o reglamentos municipales pudieran continuar exigiendo requisitos mínimos de medios, pero modificó los objetivos que los justificaban: sólo permitió que se adoptaran para garantizar la calidad de servicio. Como novedad se exigió además que los requisitos fueran proporcionados y respetasen la libre competencia. Por otra parte, ya no se requirió al operador la prestación del servicio de tanatorio (con un número mínimo de salas de velatorio) ni disponer de un local propio en el término municipal. También se relata cómo con anterioridad a esta normativa la mayoría de ayuntamientos de Cataluña de dimensión mediana o grande habían aprobado normas reguladoras

de la prestación de servicios funerarios. Con frecuencia, estas normas locales establecieron requisitos desproporcionados para obtener la autorización, injustificadamente restrictivos, y que dificultaban o impedían la entrada de nuevos operadores en el mercado. A título de ejemplo, requisitos como disponer de un tanatorio propio en el término municipal, así como de un elevado número mínimo de medios materiales (féretros, vehículos, etc.) y personal, de un local en el municipio, de una elevada solvencia financiera, de una experiencia mínima en el sector, etc. En consecuencia la normativa municipal contribuía a reforzar la posición de los operadores ya establecidos, a menudo en situación de monopolio. A los municipios catalanes que no aprobaron normativa propia en esta materia les resultaba de aplicación el Decreto 209/1999, de 27 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento que regulaba, con carácter supletorio, los servicios funerarios municipales, el cual también presentaba requisitos injustificadamente restrictivos, aunque en menor medida que la mayoría de las ordenanzas y reglamentos municipales.

Por todo ello, en términos generales, el *Informe de la ACCO, de 17 de noviembre de 2011*, valora positivamente las medidas que el Proyecto de Ley contenía, en sintonía con la valoración realizada por la Comisión Nacional de la Competencia. No obstante, la ACCO considera que para garantizar el libre acceso a las actividades funerarias de manera que tenga lugar una competencia efectiva en el mercado no serán suficientes las nuevas previsiones que el Proyecto de Ley pretende introducir, sino que habrá que tomar otras medidas, en particular aquéllas orientadas a facilitar a los operadores la prestación del servicio de tanatorio. Por este motivo, la ACCO considera que la configuración del tanatorio como un equipamiento de dimensión mínima, como proponía el Proyecto de Ley, debería ir acompañada de una revisión de las normas urbanísticas para eliminar barreras injustificadas que limitan la implantación de nuevos tanatorios. En esta línea se tiene presente que la no disponibilidad de suelo apto para implantar nuevos tanatorios a un precio razonable actúa como una barrera de entrada insalvable para prestar el servicio si el operador no puede tener acceso a los tanatorios ya implantados. Por ello propone el fomento del uso compartido de los tanatorios ya existentes, a través de la articulación de mecanismos que hagan atractivo, para el titular del tanatorio, alquilar a otros operadores las salas de velatorio excedentes. Otra opción que ofrece el Informe consistiría, al igual que se ha realizado en otros sectores, en estudiar fórmulas de separación entre la titularidad de la estructura (el tanatorio) y la de los operadores que la utilizan (las empresas de servicios funerarios). De esta manera se evitaría la exclusión del mercado de operadores potenciales que no puedan prestar servicios de tanatorio por factores exógenos (p. ej., no exista suelo disponible para implantar nuevos tanatorios), así como de operadores establecidos en otros municipios del Estado que quieran hacer efectiva la eficacia nacional de su habilitación. La ACCO considera que, si no se toman medidas de estas características, los usuarios no podrán disfrutar de los beneficios de una mayor competencia, en términos de una reducción de precios y de una mejora de la calidad del servicio recibido.

3. Servicios de comunicaciones electrónicas (redes wi-fi) y Derecho de la competencia

La necesidad de una mayor precisión del marco jurídico aplicable a la actividad sectorial de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas mediante redes inalámbricas realizada por los entes locales es una de las principales conclusiones del trabajo de D. BALLINA DÍAZ, «Las redes Wi-Fi municipales» (*Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 145, pp. 70-81). Este artículo gira en torno a las mismas cuestiones que se plantean en la reciente *SAN de 1 de septiembre de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso contencioso-administrativo núm. 180/2010)*, en la que se enjuician dos resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de las cuales se impone una sanción pecuniaria al Ayuntamiento de Málaga y se le obliga a inscribirse en el Registro de Operadores, que está a cargo de la citada Comisión. La sentencia intenta dilucidar cuál es el contexto legítimo de la explotación de redes públicas de telecomunicaciones y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, en este caso locales y, por consiguiente, cuáles son las exigencias, desde la perspectiva de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, que su intervención puede comportar y cuáles son los límites a la misma. En este marco adquiere especial relevancia cuáles sean los servicios municipales que en este sector quedan integrados en el concepto de *autoprestación* y cuáles no, a fin de determinar las consecuencias jurídicas derivadas de su prestación. Con esta finalidad la sentencia interpreta y aplica la última Circular 1/2010, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 192, de 9 de agosto de 2010), aunque resulta anterior en el tiempo a la multa impuesta al citado ayuntamiento, que alcanzó los 300.000 euros.

4. Enjuiciamiento de la actividad de los Gobiernos locales cuando no actúan como operadores económicos: la celebración de Convenios con los colegios profesionales

En relación con la aplicación del Derecho de la competencia a la actividad de las entidades locales que no se identifica con la prestación de un servicio público ni con una actividad empresarial, resulta de especial interés la *Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 28 de diciembre de 2011*, en la que, con base en el art. 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), se acuerda la Terminación Convencional del procedimiento sancionador del *Expte. S/235/10*, que tiene por objeto la fiscalización de los Convenios firmados durante el año 2009 entre la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y los Consejos Superiores de Cole-

gios de arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros industriales e ingenieros técnicos industriales. Por medio de dicha resolución las partes de los Convenios se comprometen a su rescisión y a abstenerse de firmar nuevos Convenios que reproduzcan un contenido similar o análogo, así como a la difusión de estos hechos.

En los citados Convenios firmados por la FEMP —como es sabido, la Asociación de Entidades Locales de ámbito estatal con mayor implantación en España, que representa a más del 89 por 100 de los entes locales españoles—, con los distintos Consejos Superiores de los respectivos colegios profesionales se regulaba la prestación por parte de los mencionados colegios de una serie de servicios consistentes en la verificación normativa y documental que se realiza e incorpora en la tramitación de las licencias municipales. De estos convenios se derivaba así una recomendación por parte de la FEMP a sus miembros de implantar un sistema que facilitase un procedimiento conjunto, entre los colegios oficiales y los ayuntamientos, para la obtención de la comprobación documental y técnica sobre el cumplimiento de la normativa aplicable a proyectos y demás trabajos sometidos a las licencias administrativas de diferentes tipos, competencia, en todo caso, de la Administración local.

Aunque las autoridades de defensa de la competencia reconocen que los ayuntamientos pueden negociar y firmar acuerdos de colaboración con estas entidades al amparo de la disposición adicional quinta de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, para la prestación de servicios que son objeto de los convenios, entienden que esta cobertura legal no puede ser utilizada como argumento por las partes de los mismos para vulnerar los preceptos establecidos en la legislación de defensa de la competencia (concretamente del art. 1 LDC, que prohíbe «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...»). En este sentido la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* considera que este precepto se ha infringido en la medida que los visados o certificados creados o establecidos por los mencionados convenios no se encuentran en todos los casos amparados por la reserva colegial que se regula en el art. 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, aprobado con base en el art. 13 de la Ley de Colegios Profesionales, que es el precepto que determina en la actualidad los trabajos profesionales que obligatoriamente deben obtener el visado colegial, como excepción a la libertad de elección del cliente. Y si bien se reconoce que los convenios marco analizados no impiden la posibilidad de que cada ayuntamiento pudiera firmar convenios con otras entidades o reconocer la prestación de los servicios objeto del visado de calidad a entidades distintas a los colegios oficiales, lo cierto es que tales convenios estarían recomendando y propiciando una reserva de hecho de la prestación de los servicios de comprobación documental y adecuación normativa en el marco de la tramitación y obtención de determinadas categorías de licencias municipales a los colegios oficiales situados en el área geográfica del respectivo ayuntamiento. Entre otras cosas, por la previsión contenida en ellos de propiciar el traslado de lo dispuesto en el convenio marco a las ordenanzas municipales.

Además se estima que no se dan los supuestos para aplicar a estos convenios la exención prevista en el art. 1.3 de la LDC, en la medida que la reserva de actividad que se induce con los mismos supone una restricción a la competencia que va más allá de lo necesario para obtener mejoras en la tramitación de los expedientes administrativos relativos a las licencias municipales. Concretamente se entiende que no existe ninguna justificación objetiva para que los servicios de comprobación documental y adecuación normativa no puedan ser prestados por todo tipo de entidades, de naturaleza colegial o privada, en todas las categorías de licencias municipales, siempre que el prestador de estos servicios justifique el cumplimiento de unos requisitos mínimos que pueden ser fijados por los ayuntamientos.

Sobre un supuesto similar se pronuncia también la *Resolución de 13 de octubre de 2011 del Tribunal de Defensa de la Competencia de Valencia* (expte. SAN 9/2010 Ayto. Valencia-C. Profesionales). En ella se plantea asimismo, por la parte denunciante, la posible vulneración del art. 1 de la LDC, en la que incurrirían los diversos convenios y protocolos suscritos entre varias entidades locales, entre ellas el Ayuntamiento de Valencia, y las organizaciones colegiales de arquitectos. Supuestamente en virtud de los citados convenios y mediante la introducción de un visado, informe o certificado colegial de idoneidad técnica, se estaría creando una reserva de actividad a favor de los referidos colegios, que asumirían la prestación de unos servicios profesionales de verificación y control ajenos a sus funciones públicas que excluirían *de facto* la posible intervención de otros colectivos, al configurarlo como un instrumento que comporta reducciones en los plazos de tramitación de las licencias y bonificaciones de las tasas municipales en algunos casos, y también al estar previsto su carácter obligatorio a través de su incorporación en las respectivas Ordenanzas municipales.

El Tribunal valenciano de Defensa de la Competencia parte, al igual que la CNC, de que la disposición adicional quinta de la Ley 2/1974 —según la cual las Administraciones Públicas pueden, en ejercicio de su autonomía organizativa y en el ámbito de sus competencias, caso por caso para un mejor cumplimiento de sus funciones, establecer con los colegios profesionales u otras entidades los convenios o contratar los servicios de comprobación documental, técnica o sobre el cumplimiento de la normativa aplicable que consideren necesarios relativos a los trabajos profesionales—, no sería propia ni directamente un supuesto de amparo o exención legal a los efectos del art. 4.1 LDC pues no contempla una conducta restrictiva *per se*, sino una facultad de contratar o suscribir convenios con colegios profesionales u otras entidades, lo cual no es equivalente a una conducta restrictiva de la competencia. Posteriormente, y estudiado el caso, el Pleno del Tribunal considera que no es contraria a la LDC la conducta analizada del Ayuntamiento de Valencia y los colegios profesionales porque el objeto de los convenios consiste en permitir a determinados funcionarios del Ayuntamiento de Valencia, previamente identificados, el acceso, a través de la respectiva página web colegial, a los proyectos visados electrónicamente y que han sido objeto de solicitud de licencia, sin que se realice por parte de los colegios actividad de comprobación, evaluación o control sobre los proyectos distinta y/o adicional a la realizada en la emisión de visado contemplado en el art. 13 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales.

En consecuencia el Tribunal, al verificar que el objeto de los convenios se ciñe a la pura función pública de visado que la ley atribuye a los colegios profesionales, sin añadir actividad alguna de estudio, valoración o análisis de los proyectos que pudiera ser igualmente realizado por otros colectivos profesionales, no aprecia restricción de competencia por creación de reserva de actividad a favor de los colegios firmantes.

5. Recomendaciones a los Gobiernos locales para promocionar la competencia efectiva en los mercados

Es asimismo necesario reseñar que en 2011 la doctrina se ha hecho eco de esta cuestión relativa a la promoción de la competencia en el ámbito local que hasta ahora no había sido objeto de especial análisis y reflexión. Por ello resulta de gran interés el capítulo titulado «Servicios públicos locales y competencia», elaborado por J. ESPINOSA GARCÍA (administrador civil del Estado y subdirector de relaciones con las Administraciones públicas en la Dirección de Promoción de la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia), incluido en el libro colectivo *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.) (Thomson Reuters). En las páginas dedicadas a esta materia se alude a las restricciones a la competencia que pueden introducir la adopción de determinadas decisiones en relación con el modo de prestación de los servicios o en el ejercicio de determinadas potestades administrativas, lo que, a juicio del autor del capítulo citado, no son perseguibles por el Derecho sancionador de la competencia. Considera, por el contrario, que resulta necesario complementar la aplicación del Derecho de la competencia con una adecuada política de promoción de la competencia por parte de las entidades locales, lo que parece más pertinente en este particular momento de crisis, con la limitación del endeudamiento de las entidades locales.

En el estudio se pone de manifiesto que, desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados, en lo que afecta a los servicios públicos tradicionales, la decisión de privatizar, en el sentido de externalizar su gestión puede suponer un incremento de la eficiencia por dos razones: por los mayores incentivos de las entidades privadas que supongan ventajas de costes en relación con la gestión pública, debido a su ánimo de lucro y su mayor flexibilidad; y, en segundo lugar, porque pueden permitir introducir competencia en la fase de acceso al mercado, lo que asegura un mejor traslado de esas eficiencias y ventajas de costes a la prestación del servicio. Estos beneficios teóricos los pone el autor en relación con los datos empíricos existentes, en los que se advierte una tendencia a la gestión pública de estos servicios y no a su privatización. Ello lleva a plantearse la necesidad de insistir en que se deba prestar mayor atención a los factores que fundamentan estas decisiones locales. En ocasiones es claro que se dan casos en los que la solución más eficiente desde el punto de vista económico no es la privatizadora. Por ejemplo, cuando en municipios pequeños el servicio no es rentable, se mancomunan servicios sin externalizar la gestión y se constituyen empresas de capital público. Con-

sidera el autor que la tarea de promover una gestión eficaz y la competencia incumbe a las autoridades autonómicas de competencia, bien situadas para realizar un seguimiento pormenorizado de las actuaciones de las entidades locales. Así, en este trabajo, junto a las recomendaciones que, a juicio de la doctrina económica, sería conveniente que las entidades locales siguiesen cuando optan por la externalización del servicio, se dan una serie de pautas que han de incorporarse en los procesos de selección de los gestores de servicios públicos en los procesos de contratación en el momento de la elección del prestador (por ejemplo: una publicidad efectiva de los anuncios de licitación, informar a todos los licitadores de toda la información relevante, que los criterios de exigencia de solvencia técnica y económica no resulten un cierre injustificado de acceso al mercado, etc.); o con la finalidad de garantizar la efectividad de futuros procesos competitivos (así: evitar prórrogas injustificadas del contrato al vencimiento, diseñar adecuados instrumentos de control de las modificaciones sobrevenidas de los contratos).

También se alude a la decisión sobre la liberalización del servicio previamente prestado en régimen de monopolio en la que han de tenerse en cuenta, desde el punto de vista económico, tanto factores relativos a la oferta —si se trata de un mercado en el que, dados los altos costes fijos, son esperables muy pocos operadores— como de la demanda —si por parte del usuario puede haber una verdadera capacidad de decisión para elegir al proveedor—. Por último, se hace referencia a la posibilidad de que la entidad local decida gestionar un servicio que se presta en régimen de mercado, en concurrencia con operadores privados (se pone de manifiesto que este tipo de actividad local tiene una importancia constatable en algunos municipios: así suman un total de 47 empresas con participación pública local las que, de acuerdo con la Base de Datos General de Entidades Locales, existirían a finales de 2010 en Barcelona, dedicadas a actividades como mejora, conservación y alquiler de viviendas, mantenimiento de parques y jardines, promoción cultural, aparcamientos, transporte sanitario, alquiler de coches mediante la fórmula *carscharing*, gestión de hoteles o producción de programas de televisión). En estos casos existe, desde luego, el riesgo de que las entidades locales puedan afectar a la neutralidad de los mercados, valiéndose de determinadas ventajas económicas y financieras. Por ello se plantea si es suficiente para garantizar la competencia en esos mercados con la aplicación de las normas sancionadoras de defensa de la competencia, y basándose en documentos británicos procedentes de la *Office of Fair Trading*, de 2010, sobre promoción de la competencia, enumera algunas pautas para la toma de decisiones locales.