

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; Directiva de servicios; Ordenanzas locales; Derecho de la competencia; tribunales autonómicos en materia de defensa de la competencia.

Keywords: public services; economic activity; Law of the European Union; EU Directive of services; local regulations; competition rules; Judicial regional organs to control competition rules.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INICIATIVA ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES:

1. Previsiones sobre la iniciativa económica en el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (versión de 18 de febrero de 2013). 2. Iniciativa económica *versus* Servicio público en el marco del Derecho de la competencia: el caso de la actividad municipal de impartición de clases de inglés.—III. SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES: 1. Consideraciones generales. 2. Formas de gestión de los servicios públicos municipales: la racionalización de las estructuras organizativas locales. 3. Los servicios de mercados y lonjas centrales: la supresión del monopolio local y la modificación de la regulación de los servicios prestados para adecuarlos a la garantía de las libertades económicas y al Derecho de la competencia: 3.1. *La propuesta de supresión del monopolio de los servicios de mercados y lonjas municipales.* 3.2. *Razones para la supresión del monopolio municipal de «mercados y lonjas».* 3.3. *Problemas adicionales relativos al funcionamiento y regulación de la gestión del servicio público de mercados centrales derivadas de la atribución «directa de la gestión» y de la adopción de normas contrarias al Derecho de la competencia.* 4. La adecuación a las libertades económicas, a la libre competencia y a la Directiva de Servicios de las actividades realizadas por concesionarios de la Administración local: la STSJ de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012. 5. Servicios funerarios y defensa de la competencia: 5.1. *Conductas contrarias al Derecho de la competencia realizadas por concesionarios municipales que prestan servicios funerarios con la colaboración del Ayuntamiento.* 5.2. *Conductas contrarias al Derecho de la competencia realizadas por el Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias de regulación y tributación en materia de servicios funerarios.* 5.3. *Conductas contrarias al Derecho de la competencia realizadas por el Ayuntamiento en el ejercicio de su poder de control e inspección sobre sus concesionarios en materia de servicios funerarios.* 6. La regulación por Ordenanza de los servicios públicos locales: el supuesto de la gestión de residuos. 7. Servicio público de

transportes terrestres.—IV. INTERVENCIÓN MUNICIPAL EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS QUE SE DESARROLLAN EN RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA: 1. Respeto de las reglas de la competencia por los Ayuntamientos en la prestación de los servicios económicos de verificación de la documentación que se aporta en la tramitación de licencias urbanísticas. 2. Restricciones impuestas por Ordenanza municipal en la actividad publicitaria realizada por vehículos de titularidad privada. 3. Limitaciones impuestas por Ordenanza en la actividad empresarial de prestación de los servicios de telefonía móvil.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, durante el año 2012 y los primeros meses de 2013, en un contexto de crisis que exige con urgencia modificar las estructuras organizativas administrativas y su funcionamiento para hacerlas sostenibles y eficientes desde un punto de vista económico-financiero, se ha abierto el debate sobre la reforma del régimen local español, referido no sólo a la racionalización de las organizaciones instrumentales sino a la articulación global del sistema de competencias atribuido a las entidades locales. La proyectada reforma tiene un impacto considerable tanto sobre la forma de prestación y gestión de los servicios públicos locales, como sobre la iniciativa económica local que los Gobiernos y Administraciones locales van a poder desarrollar. A estas cuestiones se hará sucinta referencia en este Informe, pero sobre todo se abordarán los informes y decisiones de los órganos competentes en materia de defensa de la competencia, que cada vez adquieren más significado en este ámbito, como pone de manifiesto que uno de ellos motiva alguno de los cambios legislativos que se propugnan. Señaladamente la opción por la supresión de los monopolios de mercados y lonjas de la lista de actividades objeto de la reserva de servicios a favor de las entidades locales encuentra su razón de ser en el Informe en este sentido emitido por la Comisión Nacional de la Competencia.

Dentro de las decisiones adoptadas por los órganos competentes en materia de defensa de la competencia se puede distinguir entre aquellas que afectan a la prestación de concretos servicios públicos en los que intervienen las entidades locales —bien porque se trata de servicios de titularidad municipal bien porque está implicada su responsabilidad (en lo que atañe a su regulación o al control de su desarrollo en régimen de concesión), aunque su titularidad corresponda a otros niveles de gobierno—, y aquellas otras que se refieren a la intervención municipal en el funcionamiento y desarrollo de servicios económicos que se prestan por los particulares en régimen de libre competencia.

En relación con la jurisprudencia cabe reseñar que en el último año se han producido importantes pronunciamientos referidos tanto a la actividad local de servicio público (en este ámbito resultan especialmente significativas la *STSJ de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012* sobre la adecuación al Derecho europeo de los requisitos normativos impuestos a las concesionarias de determinados servicios locales, y, en el ámbito nacional, la *STS de noviembre de 2012* que fiscaliza la Ordenanza madrileña que regula el servicio de gestión de residuos), como a la iniciativa económica de los municipios. La diferenciación entre una y otra es una cuestión decisiva en la *STSJ de*

Galicia de 29 de febrero de 2012 que, sin embargo, no se resuelve, a nuestro juicio, satisfactoriamente.

Asimismo se deja constancia en este Informe de que la legislación de las Comunidades Autónomas sigue reformulando la organización, cuando no creando nuevos organismos para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en aquellos asuntos que no exceden del ámbito autonómico, lo que tendrá una indudable repercusión tanto sobre la prestación de los servicios públicos locales como sobre la iniciativa económica, pública y privada.

II. INICIATIVA ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES

1. Previsiones sobre la iniciativa económica en el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local (versión de 18 de febrero de 2013)

Conforme a lo previsto en el *Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (versión de 18 de febrero de 2013), la iniciativa de los municipios en la actividad económica, que podía ejercerse al amparo de lo previsto en el art. 128.2 de la CE, queda sustancialmente recortada. El nuevo art. 86.1 dispone en este sentido que las entidades locales la pueden ejercer a condición de que esté garantizado el objetivo de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera en el ejercicio de sus competencias. Pero además se requiere que el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida contenga un análisis de mercado, relativo a la oferta y demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Si hasta ese punto no habría nada que objetar, pues se trata de adecuarse al principio constitucional de estabilidad presupuestaria, conforme al art. 135 CE, y atender, con el fin de valorar su oportunidad, a las razones económicas de interés general y a la afectación de los intereses privados de esa misma índole —que no se reputan expresamente como prevalentes—; el problema surge cuando dicha iniciativa se supedita a la prestación de los servicios mínimos con arreglo al coste estándar de los mismos fijado por el Estado. En este punto hay que recordar que la iniciativa empresarial de las entidades locales se ha de entender protegida por la garantía constitucional de la autonomía local. De modo que los parámetros para decidir su ejercicio han de resultar conformes a ella. Han de traerse aquí a colación las críticas sobre la cuestión elemental de que al Estado le corresponda, según las modificaciones previstas en el Anteproyecto de reforma de la LRBRL, la competencia para fijar los objetivos de calidad de los servicios municipales (al respecto F. VELASCO CABALLERO en «Reforma del régimen local: la nueva cultura política de la “intervención”», *Boletín IDL-UAM*, segundo cuatrimestre 2012, núm. 42), por cuanto la gran mayoría de los servicios municipales se identifican con ámbitos materiales de competencia de las Comunidades Autónomas, y fundamentalmente porque resulta particularmente claro que en un sistema de autonomía local

fundado sobre el principio democrático la calidad de los servicios corresponde fijarla a cada municipio en función de las preferencias de su electorado —así por ejemplo, en un determinado municipio se puede optar por un sistema de recogida de basuras diario, mientras que en otro es posible que la población prefiera o acepte una recogida menos frecuente, y por tanto, menos costosa desde el punto de vista económico, lo que también estará muy condicionado y resultará más o menos razonable dependiendo de las condiciones climáticas del municipio en cuestión—. Asimismo cabe oponer fundadas críticas al «criterio del coste estándar» para determinar la calidad de los servicios municipales. Expresado de forma muy resumida: este criterio del coste estándar del servicio municipal no se equipara con el cumplimiento del criterio de eficiencia económica por parte de un municipio, que puede «gastar» más en un servicio simplemente porque tenga más ingresos, se lo pueda permitir y haya decidido prestarlo mejor, con mayor calidad y cantidad de prestaciones (sobre esta cuestión, *vid.* con mayor profundidad las consideraciones también de F. VELASCO CABALLERO, «Sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local: Una reforma sin fundamento empírico y por tanto arbitraria», *Boletín IDL-UAM*, enero y febrero 2013, núm. 44). Crítico igualmente con este criterio se muestra A. DE DIEGO, «Reflexiones sobre la reforma de la Administración local» (2013), *Diario de Derecho municipal*, Iustel, 23 de marzo de 2013, porque considera que es un criterio homogéneo que no tiene en cuenta las diferentes condiciones geográficas, de densidad de los diferentes municipios cuyos servicios se comparan con la misma unidad de medida. Asimismo contrasta esta posible previsión legal que reformaría el tenor literal del vigente art. 86.1 LRRL con lo que sucede en esta época de crisis en otros países de nuestro entorno. En Alemania ocurre justamente lo contrario, los municipios han expandido sus actividades económicas para mejorar su precaria situación financiera, buscando nuevas vías de financiación. Sobre esta materia, *vid.* el trabajo de J. ORTEGA BERNARDO, «Alemania: reformas de la legislación de régimen local en el contexto de la crisis económica», pp. 447 y ss., en la obra colectiva de L. COSCULLUELA MONTANER, L. MEDINA ALCOZ (dirs.) y M.^a HERNANDO RYDINGS (coord.) (2012), *Crisis Económica y Reforma del Régimen local*, Thomson Reuters, Madrid.

2. Iniciativa económica *versus* servicio público en el marco del Derecho de la competencia: el caso de la actividad municipal de impartición de clases de inglés

Sobre esta cuestión resulta de interés la *STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2012* (JUR/2012/104636), en la que se pronuncia sobre la adecuación al Derecho de la competencia, tanto a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, como a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, de la actividad económica desarrollada por un municipio consistente en organizar y prestar, encomendando el servicio a una empresa privada, la actividad de clases de inglés con carácter

gratuito a alumnos de quinto y sexto de primaria y primero y segundo de educación secundaria.

El recurso trae causa de la impugnación por parte de empresas dedicadas a la prestación de clases y formación de inglés de la resolución del Tribunal gallego de la Competencia que acordó no incoar expediente sancionador por presuntas prácticas restrictivas del Derecho de la competencia contra el órgano municipal que decidió las mismas. Las recurrentes alegan que los recursos ofertados con carácter gratuito, no atendiendo a criterios de exclusión social de los beneficiarios, ni a ningún otro más que al nivel de inglés mostrado por el alumno, causa un grave perjuicio a las empresas dedicadas a la formación en materia de idiomas que prestan sus servicios en el ámbito territorial del Ferrol. Pretenden, lo que el Tribunal considera en todo punto inadecuado, que además de anular la resolución impugnada de no incoación de un expediente sancionador, que se declare el carácter de práctica restrictiva de la competencia y/o de la deslealtad competitiva y se adopten las medidas para la cesación, en su caso, del acto, y prohibición del mismo en cuanto no se haya puesto en práctica.

Finalmente de la sentencia se deriva que la citada actividad no es susceptible de sanción, porque no infringe el Derecho de la competencia, en la medida que se trata de una actividad excluida de su aplicación al amparo del art. 4 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en el que se establece que «sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de aplicación de una ley». Para llegar a esta conclusión, el Tribunal parte del presupuesto, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, STS de 27 de octubre de 2005, RJ 7613, y STS de 4 de noviembre de 2008, RJ 338, de que las Administraciones públicas se someten, *prima facie*, plenamente al Derecho de la competencia cuando actúan como tales y no cabe que queden excluidas del mismo. También se sigue esta jurisprudencia para afirmar que no puede aplicarse esta cláusula de exención (prevista en el art. 4) de las prohibiciones reguladas en el art. 1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, a cualquier actuación de la Administración pública basada en la ley. Se afirma, por ello, que la cláusula del art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia debe entenderse como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incurso en las prohibiciones del art. 1 de la Ley. En el caso se entiende aplicable esta cláusula de exención en la medida que se considera que la entidad local está desarrollando una actividad en el ámbito educativo para el cumplimiento de fines generales, que ejercita potestades públicas con arreglo a la Ley. En este sentido servirían, a juicio del tribunal, como cobertura legal, exigida por el art. 4 Ley de Defensa de la Competencia, los arts. 80 y 86.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local de Galicia, y el art. 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. En definitiva, a juicio de la sentencia, no cabe hablar de una controversia por la pura competencia en el mercado, sino que se trata de velar por la finalidad pública relativa a la educación, en la que resulta preponderante el interés general.

Sin embargo, a continuación, y de forma contradictoria, la sentencia argumenta a favor de la actividad municipal de impartición de clases gratuitas de inglés refiriéndose a la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, con cita incluso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989. Esto resulta especialmente confuso, pues si la actividad se reputa ejercicio de una competencia local, esto es, como servicio público, no puede ser al mismo tiempo ejercicio de la iniciativa empresarial local, prevista en el art. 128.2 CE. Además, si así fuera, siguiendo a la citada sentencia del TS de 10 de octubre de 1989, ello supondría la plena aplicación, sin excepciones posibles, del derecho de la competencia, en cuanto la entidad local funcionaría como un operador económico que actúa en el libre mercado. Asimismo la sentencia del TSJ gallego alude incorrectamente al principio de proporcionalidad para verificar si la actividad municipal restringe indebidamente la libertad de empresa, como si la intervención municipal consistente en una prestación económica pudiera ser sometida a ese tipo de control, cuando además anteriormente se había afirmado que la iniciativa pública económica es paritaria y no subsidiaria con la iniciativa privada empresarial. El tribunal no acierta en sus consideraciones y no distingue con claridad: o la actividad de impartición de clases de inglés es un servicio público, excluido por ley conforme al art. 4 de la Ley 15/2007, de las reglas de la competencia; o es una actividad empresarial en la que se traduce la iniciativa pública económica local, conforme a los arts. 128.2 de la CE y art. 86.1 LRBRL y en ese caso no se puede ofrecer gratis, porque está sometida a las reglas del mercado y de la libre competencia.

III. SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

1. Consideraciones generales

En relación con los servicios públicos municipales las cuestiones más relevantes que se han presentado este año, desde el punto de vista del Derecho positivo, tienen que ver con la nueva reforma relativa a su regulación prevista en el *Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (versión de 18 de febrero de 2013), a la que cabe realizar, entre otras muchas, las críticas a las que anteriormente, de forma muy escueta, se ha hecho referencia *supra* en el epígrafe II.1.

En este ámbito de los servicios públicos locales resulta de especial interés, por su carácter de reconstrucción histórica de la evolución jurídica de estos servicios, el estudio del que es autora la profesora N. MAGALDI MENDAÑA. *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, publicado por el INAP. En él se abordan los antecedentes políticos, doctrinales y jurídico-administrativos de la institución de la municipalización, con anterioridad a su adopción por la legislación de régimen local republicana, por el Estatuto de Calvo Sotelo de 1924, y se analiza tanto teniendo en cuenta el contexto

histórico-político y socioeconómico en el que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico, como su posterior inserción en sucesivos textos legales que se correspondían a momentos sociales, políticos y económicos muy distintos. En tiempos de reformulación de las competencias y servicios municipales resulta muy ilustrativa esta obra sobre cuáles han sido originariamente las razones, las influencias y el alcance del debate político y doctrinal en torno a la prestación de los servicios esenciales por los municipios y a sus diferentes formas de gestión.

2. Formas de gestión de los servicios públicos municipales: la racionalización de las estructuras organizativas locales

En relación con las formas de gestión de los servicios públicos municipales, los objetivos del Anteproyecto se encaminan a la finalidad de racionalizar la estructura organizativa de la Administración local, por lo que se pretende la revisión del conjunto de las entidades instrumentales del sector público local. Este objetivo ha estado presente, como se relata expresamente en la exposición de motivos del anteproyecto, en los acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las entidades locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012, con los que se persigue reordenar el sector público instrumental local y controlar, reducir y gestionar con eficiencia el gasto público gestionado por el mismo. En este marco se adoptan nuevas medidas que consisten en impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las entidades locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria, el Anteproyecto exige su saneamiento y en caso de que no se produzca, obliga a proceder a su disolución. Asimismo se prohíbe, por razones de eficiencia y de racionalidad económica, crear organizaciones instrumentales de «segundo nivel», esto es, que se encuentren a su vez dirigidas o creadas por otras organizaciones que hayan constituido las entidades locales, y se obliga a disolver las existentes. Sobre estas cuestiones puede leerse a P. ORTEGA JIMÉNEZ, «La racionalización del sector público instrumental local», *Revista de Estudios locales*, Cunal, núm. extra 152, pp. 115-133, en el ejemplar dedicado a «El municipio español en el bicentenario de su configuración constitucional: reformas estructurales y lucha contra la crisis». Y en concreto sobre los desajustes derivados de la proyección del Derecho concursal sobre las sociedades públicas de servicio público puede leerse a I. CALATAYUD PRATS, «Sociedades locales, servicio público e insolvencia», en el libro colectivo de L. COSCULLUELA MONTANER, L. MEDINA ALCOZ (dirs.) y M.^a HERNANDO RYDINGS (coord.) (2012), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson Reuters, Madrid. Una visión general, aunque también se hace alusión concreta del sector local, se encuentra en la conferencia de la profesora E. MONTOYA MARTÍN, «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», VII Congreso AEPDA, Tarra-gona, 10-11 de febrero de 2012.

3. Los servicios de mercados y lonjas centrales: la supresión del monopolio local y la modificación de la regulación de los servicios prestados para adecuarlos a la garantía de las libertades económicas y al Derecho de la competencia

3.1. *La propuesta de supresión del monopolio de los servicios de mercados y lonjas municipales*

El *Anteproyecto de ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, en su versión de 18 de febrero de 2013, incluye asimismo la supresión de los «monopolios municipales del pasado», en alusión a los mercados y las lonjas. De esta manera se modifica el ámbito objetivo de la reserva de servicios esenciales que la LRBRL realizaba, en aplicación del art. 128.2 CE.

Esta reserva se encuentra actualmente prevista en el art. 86.3 de la LRBRL, que deja en manos de las entidades locales la imposición efectiva de monopolios sobre las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales y transporte público de viajeros.

3.2. *Razones para la supresión del monopolio municipal de «mercados y lonjas»*

Con anterioridad a la propuesta de esta medida la Comisión Nacional de la Competencia, en su *Informe de 9 de enero de 2013 sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino*—elaborado en ejercicio de las competencias consultivas que a este organismo le atribuye el art. 26.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia— recomendó precisamente al Gobierno la supresión de los mercados centrales de abastos de la lista de actividades reservadas a los municipios.

En este informe la Comisión Nacional de la Competencia estudia el modelo de monopolio implantado de servicio público de mercados centrales para la prestación de productos frescos, y analiza su impacto sobre la competencia empresarial a fin de verificar si su funcionamiento resulta racional y justificado en el contexto actual. En él se concluye que esta reserva de actividades relacionadas con los mercados centrales carecería actualmente de justificación suficiente. Se argumenta para ello que la reserva de la actividad de mercados centrales a favor de los Ayuntamientos ha perdido en gran parte su razón de ser, ante la evidencia de que en la práctica mercantil han aparecido nuevos canales alternativos, «al menos parcialmente alternativos a los mercados centrales», que no están reservados al sector público y que no comprometen objetivos públicos como la garantía del suministro, la seguridad, la trazabilidad o la calidad alimentaria. Entiende la Comisión Nacional de la Competencia que este modelo de

gestión monopolística resultaba necesario cuando se constituyó, en los años setenta del siglo XX. Entonces se requería dar un impulso por parte de las Administraciones públicas para que se creara una red de abastecimiento de productos perecederos en España, teniendo en cuenta que en su origen la función principal de estos mercados municipales era abastecer a la población local de estos productos frescos y de primera necesidad, y este tipo de mercados eran los únicos formatos disponibles para la adquisición de productos básicos.

Una vez que esta red ya existe, se considera que el modelo implantado por las razones anteriores no resulta eficiente, porque el monopolio implica una barrera innecesaria para el comercio mayorista que además comporta ciertas ineficiencias en el sistema. En relación con esto último se considera que esta reserva vincula las decisiones de gestión y de inversión a las necesidades del municipio, «cuando el ámbito de muchos mercados centrales excede claramente del ámbito municipal». En este punto, el Informe hace notar que aunque el modelo de explotación centralizada puede generar eficiencias derivadas de la coordinación y de la estabilidad de las actividades realizadas a través de un solo mercado mayorista (o Merca) —como centro de contratación al por mayor en el que se reciben los productos agrícolas, ganaderos y del mar, desde los centros de contratación en origen—, la cuestión es que por sí mismo desincentiva la competencia entre los diferentes Mercas. En realidad la competencia está totalmente excluida por el hecho de que la actividad de mercados centrales esté reservada a los municipios y esta forma de gestión a largo plazo implica una falta de presión competitiva que genera comportamientos ineficientes en las Mercas, lo que contribuye al éxito de otros canales alternativos a los mercados centrales mayoristas. Asimismo se constata que este modelo de gestión debilita la competencia entre mayoristas en destino (competencia *en* el mercado) y que puede tener, por tanto, efectos negativos sobre los eslabones siguientes de la cadena (minoristas) y los consumidores finales.

Asimismo, entre las razones que cabe aducir en contra de la reserva, podrían también aludirse a las que se encuentran en un *Informe emitido por la Autoridad Catalana de la competencia de 16 de julio de 2012, titulado Consideraciones generales relativas a una consulta planteada por un ayuntamiento de la provincia de Barcelona sobre los mercados municipales (CO 49/2012)*, en el que igualmente se hace alusión, en relación con esta materia, al dato de que la oferta comercial ha evolucionado con el transcurso del tiempo, hasta el punto de que la función originaria de los mercados de abastecer a la población local de productos alimentarios de primera necesidad ha quedado, en cierta manera, obsoleta. Se considera como evidente que «aparte de los mercados, actualmente existe una gran diversidad de formatos comerciales tanto “físicos” (supermercados, hipermercados, tienda tradicional de barrio, establecimientos de “descuento”, etc.) como virtuales (compra por internet), donde los ciudadanos pueden adquirir este tipo de productos».

3.3. *Problemas adicionales relativos al funcionamiento y regulación de la gestión del servicio público de mercados centrales derivadas de la atribución «directa de la gestión» y de la adopción de normas contrarias al Derecho de la competencia*

En el citado Informe de 9 de enero de 2013 de la Comisión Nacional de la Competencia se ponen de manifiesto otros problemas en la regulación y funcionamiento de estos servicios económicos distintos al de la falta de justificación suficiente de la exclusión de la competencia en este ámbito que se deriva del mantenimiento de la reserva que implica la monopolización de este servicio. Estos problemas tienen que ver con datos y prácticas referidos a cómo está funcionando además el modelo de gestión monopolizada implantado. En este sentido, en el Informe se pone de relieve que la gestión que se realiza frecuentemente por medio de la atribución directa de la gestión de los Mercas a las sociedades públicas de capital mixto, constituidas entre los Ayuntamientos y determinadas empresas privadas, impide la competencia (competencia *por* el mercado). A este respecto, y desde el punto de vista económico, se considera que esto resulta igualmente ineficiente, porque, conforme al citado Informe, se desincentiva la adopción de mecanismos de gestión que supongan un ahorro de costes, que impliquen la innovación en la oferta de servicios, en la especialización comercial, en el transporte o en el almacenamiento y la eficiencia en la prestación de los servicios que incumben al Merca. Pero la cosa no acaba ahí. Se presentan también deficiencias en la regulación del régimen interno de funcionamiento de estos mercados centralizados, en las Ordenanzas y Reglamentos de servicio aprobados por los respectivos Ayuntamientos. Se constata que éstos contienen numerosas cláusulas que pueden distorsionar la competencia y perjudicar así a los consumidores y usuarios finales de los servicios, bien porque generan barreras de entrada a nuevos mayoristas —cláusulas sobre requisitos de acceso de los mayoristas o las relativas a la duración de las autorizaciones y su transferencia que dificultan el acceso a los mercados centralizados o Mercas a nuevos mayoristas—, bien porque reducen la rivalidad entre los operadores instalados en las Mercas —en el caso de cláusulas injustificadas que limitan la competencia entre compradores y vendedores que acuden a estos mercados (*v. gr.* imponen el deber de facilitar información a la empresa mixta, obligación de pago al contado)—, bien porque imponen costes ineficientes por la prestación de determinados servicios, como en el caso de las cláusulas que les imponen a estos operadores económicos suscribir determinados servicios con Mercas (por ejemplo, reposo de mercancías o intermediación de los Mercas en los pagos).

En este punto, como pone de relieve el citado Informe, la actividad y gestión de las Mercas ha sido objeto de varias resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia en el pasado (Expte. 340/93 Mercazaragoza, Expte. 378/96 Asentadores de Pescado, Expte. R366/99 Mercamálaga, Expte. R367/99 Mercabillbao, Expte. 516/01 Mercacórdoba, Expte. 525/01 Mercasevilla). En particular se cita la Resolución de 7 de octubre

de 2002, en la que se sancionó a Mercasevilla por abuso de posición de dominio, y se constató la existencia de otras restricciones de la competencia derivadas directamente del contenido de su Reglamento de Régimen interior que, en ese momento, no consideró procedente sancionar «por derivar del ejercicio de potestades conferidas por la ley», pero sí estimó conveniente analizar, para, en su caso, proponer los cambios oportunos. En este sentido el Informe constata que las conductas de los gestores de las Mercas, aunque vengán reguladas en un Reglamento municipal, pueden ser típicas y antijurídicas en el sentido de los arts. 1 a 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el art. 4 de la misma ley. En este sentido el Informe pone de manifiesto que la «ley atribuye a los Ayuntamientos la iniciativa exclusiva para establecer el servicio de mercados centrales y decidir su forma de gestión y ordenarlo, pero no les otorga libertad absoluta en dicha ordenación, de modo que la misma debe respetar las normas de competencia».

En este sentido también se ha pronunciado la Autoridad Catalana de la Competencia en respuesta a una *Consulta formulada por un municipio de la provincia de Barcelona, con fecha de 16 de julio de 2012 (CO 49/2012)*. Este organismo autonómico considera igualmente que habría que promover una regulación municipal que cumpliera los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, que permitiera una mayor flexibilidad en el desarrollo de las actividades comerciales de los mercados municipales. Y en concreto recomienda evitar la adopción de medidas rígidas como la fijación de un número de paradas de cada tipología de producto, así como otras medidas injustificadamente restrictivas. Considera que este tipo de limitación del número de paradas, adoptado sobre la razón de que las actuales ya cubren «suficientemente la demanda», implica una prueba económica, prohibida por la Directiva de Servicios y por la Ley 17/2009, pues se está supeditando la concesión de la licencia a la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, y al mismo tiempo se estarían evaluando los efectos para los operadores ya implantados. Considera que, aunque resulta comprensible que un ayuntamiento quiera alcanzar una cierta diversidad de productos en los mercados municipales, se trata de una restricción a la competencia que impide o dificulta el acceso al mercado por parte de operadores interesados. Y recuerda por ello que las políticas gubernamentales no deberían proteger a los operadores actuales de la competencia (en este caso, los titulares de paradas implantadas) a través de medidas «proteccionistas», sino que deberían garantizar que los consumidores reciben los máximos beneficios de la competencia. Por ello propone, teniendo en cuenta que hay un número reducido de licencias para ocupar los mercados municipales, limitar la duración de las mismas de forma proporcionada, reduciendo su vigencia a un periodo temporal que no restrinja ni limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones.

4. La adecuación a las libertades económicas, a la libre competencia y a la Directiva de Servicios de las actividades realizadas por concesionarios de la Administración local: la STJ de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012

En relación con la regulación de los requisitos que tienen que cumplir los operadores económicos que actúan en calidad de concesionarios de la Administración local para la prestación de un concreto servicio económico resulta muy clarificadora la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, TJCE 112/2012, C-357/10 a C-259/10*. En ella el Tribunal europeo se pronuncia resolviendo varias peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* (Italia). Se trata de varias cuestiones (acumuladas) en las que se pregunta por la conformidad con el Derecho de la Unión, tanto con el Derecho originario (en concreto a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios) como con la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, de disposiciones legales aprobadas por el Estado italiano en las que se obliga a los operadores económicos que quieran presentarse a una licitación pública con el fin de realizar en calidad de concesionarios las actividades de liquidación, verificación y recaudación de determinados ingresos de las entidades locales italianas, a disponer de un importe mínimo de capital social totalmente desembolsado de diez millones de euros, adaptando si fuera necesario su capital a dicho umbral para evitar que se consideren nulas las concesiones que eventualmente se les hubieran ya adjudicado.

El Tribunal aprecia que la obligación de contar con un capital social mínimo constituye una restricción a tales libertades, en tanto que supone prohibir a determinados prestadores el ejercicio de esa actividad y obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador aunque resulte indistintamente de aplicación a los operadores económicos establecidos en Estados miembros distintos de la República italiana, y a operadores privados establecidos en Italia. Por ello procede a comprobar en qué medida puede admitirse tal restricción, lo que podría ser el caso, de encontrar justificación bien en alguna de las razones dispuestas en el Tratado, o bien en algunas razones imperiosas de interés general con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —se citan en particular, por analogía, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Inspire* art. C-167/01, y de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International*, C-42/07—. El motivo de justificación alegado ante el Tribunal de Justicia es la protección de la Administración pública (en este caso local) contra el eventual incumplimiento de la sociedad concesionaria, teniendo en cuenta el elevado importe global de los contratos de los que pasará a ser titular. A este respecto el Tribunal admite que pudiera considerarse el objetivo expuesto como una razón imperiosa de interés general y no un motivo de naturaleza puramente económica, pero considera que la medida implica restricciones desproporcionadas y, por tanto, no justificables en

las libertades económicas (de establecimiento y servicios) afectadas. Para ello el Tribunal alude implícitamente a la aplicación del principio de proporcionalidad, de modo que la justificación de una restricción de las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado presupone que la medida de que se trate pueda garantizar el objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. Así las cosas, una normativa nacional sólo resulta adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño y lo hace de forma congruente y sistemática. En este caso, se considera que ya se habían adoptado restricciones proporcionadas para conseguir ese mismo objetivo, en otras palabras, que ya existían determinadas precauciones previstas en la normativa italiana, las cuales servían, como en su momento alegó el órgano jurisdiccional que planteó las cuestiones, para proteger de un modo proporcionado a la Administración pública (local) ante el incumplimiento de los concesionarios. Particularmente se hace mención a los requisitos exigidos por la normativa italiana cuestionada de que los particulares que opten a la prestación de estos servicios económicos en calidad de concesionarios, presenten una prueba de que cumplen los requisitos generales para participar en un procedimiento de licitación por lo que atañe a su capacidad técnica y financiera, así como de fiabilidad y solvencia. Concretamente se exige a las sociedades concesionarias umbrales mínimos de capital social totalmente desembolsado que varían en función del valor de los contratos de los que son efectivamente titulares.

5. Servicios funerarios y defensa de la competencia

En el ámbito de los servicios funerarios, como ya ha sido comentado en otras anualidades (*vid.* al respecto el Informe del Anuario correspondiente a 2011) resulta muy importante el respeto a las reglas de la competencia, tanto por parte de los Gobiernos municipales, en la regulación de estos servicios y en el otorgamiento de las concesiones sobre el servicio de cementerios, como por parte de las empresas a los que se adjudiquen la concesión de los mismos. En este sentido revisten de mucho interés las últimas decisiones de los órganos de la competencia autonómicos.

5.1. *Conductas contrarias al Derecho de la competencia realizadas por concesionarias municipales que prestan servicios funerarios con la colaboración del Ayuntamiento*

Es muy ilustrativa de los problemas que se plantean en este sector la *Resolución del Consello Galego da Competencia (CGC) de 10 de julio de 2012 (Resolución R 1/2012- Tanatorio de Valga)* en la que se declara que la concesionaria de los servicios de ese tanatorio municipal ha infringido el art. 2.2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia (abuso de posición dominante) al haber denegado injustificadamente el acceso a las salas de dicho tanatorio a las empresas de la competencia. En esta decisión se pone claramente de manifiesto cómo tal denegación constituye una práctica prohibida, en la medida que con la misma se excluye toda competencia en el mercado de referencia. Esto resulta inadmisibles

conforme a la legislación de defensa de la competencia, pues aunque la empresa tenga concedido el monopolio en la gestión de la infraestructura municipal de tanatorio, debe garantizar el acceso a la misma por parte de otras empresas, al tratarse de un servicio liberalizado. Para llegar a esta conclusión, la citada Resolución del CGC aclara que la empresa concesionaria del tanatorio sólo ha obtenido ese título administrativo para el uso del tanatorio municipal y no para gestionar el servicio funerario completo, por lo que no puede ni impedir ni dificultar la prestación del servicio a cualquier otra empresa que legalmente pueda realizar los servicios funerarios.

En términos de Derecho de la competencia, se considera que la empresa concesionaria ha incurrido en una infracción de abuso de posición dominante. Para llegar a esta conclusión se parte de varios presupuestos. Para calificar una conducta como abuso de posición de dominio es necesario definir con carácter previo el mercado de referencia en el que opera la empresa, tanto desde el punto de vista geográfico como desde el punto de vista del producto. A continuación, debe analizarse si en dicho mercado el presunto infractor tiene posición de dominio y, finalmente, si la conducta de este presunto infractor ha sido abusiva.

Por ello, en la citada Resolución se hace referencia a la delimitación del *mercado relevante* en el ámbito de los servicios funerarios realizada por la Comisión Nacional de la Competencia —al respecto se cita el Informe de 20 de octubre de 2004 de esta Comisión sobre la concentración C-85/04-Intur/Euro Stewart—, que integra todas las actividades necesarias desde el fallecimiento de una persona hasta el momento en que recibe sepultura o es incinerada y en el que cabe diferenciar, como mercados separados, los servicios funerarios (que incluye, entre otros, el traslado de cadáveres fuera del término municipal), los servicios de tanatorio y los de cementerio. Asimismo se recuerda la doctrina de la Comisión nacional que considera que el mercado de estos servicios tiene carácter *local*. En este sentido se cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2010 (FJ 9.º), que confirma la resolución de la Comisión Nacional de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08, Funerarias Baleares, y en el mismo sentido, las Resoluciones del TDC/CBC de 13 de noviembre de 2002, Funerarias Vigo, FD 3.º, o de 20 de junio de 2001, Expte. 495/00- Velatorios Madrid, FD R.

Seguidamente, en relación con estas cuestiones, en la Resolución citada se llega a la conclusión de que la empresa concesionaria le corresponde una *posición dominante* porque tiene una cuota de mercado cercana al monopolio, toda vez que es el único operador presente en el mercado relevante, definido como la prestación de servicios de tanatorio en ese municipio en concreto. A fin de aclarar que esto resulta ser así, la resolución se basa en las definiciones de posición dominante realizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (así sentencia *United Brands*, de 14 de febrero de 1978), en la que ésta se conceptúa como «una situación de poder económico que permite a una empresa actuar en gran medida de forma independiente de sus competidores y clientes». Por tanto, «si una empresa es dominante en un mercado puede limitar su producción y consiguientemente aumentar sus precios por encima del nivel que tendrían en un mercado compe-

tivo, sin que existan competidores que puedan contrarrestar este efecto y sin provocar por ello la entrada de nuevos competidores en el mercado». O lo que es lo mismo, «existe una posición de dominio cuando una empresa puede aumentar sus precios sin que la pérdida de ventas que va a experimentar por esta medida le prive de los beneficios que obtiene con el aumento».

En segundo lugar, en esta resolución se pone de manifiesto que la denegación del acceso al servicio de tanatorio a otras empresas por parte de la concesionaria del mismo constituye abuso de la posición de dominante en aplicación de la Comunicación 2009/C 45/02 sobre las prioridades en el control de la Comisión Europea en su aplicación del art. 82 CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, conforme a la cual lo son aquellos comportamientos susceptibles de eliminar la competencia en el mercado cuando no estén justificados en términos de eficiencia.

De esta forma se entiende que la citada conducta es abusiva en la medida que no está justificada en una razón económica (como puedan ser, por ejemplo, limitaciones derivadas de la capacidad de la infraestructura). Además es decisivo tener en cuenta en este punto la distinción que realiza el órgano autonómico, entre el otorgamiento de derechos exclusivos e imposición de deberes de servicio para garantizar la prestación a los usuarios del tanatorio de la gestión otorgada en exclusiva, derivados de la normativa del contrato y del Reglamento de servicios. De esta forma lo que queda claro en este expediente sancionador es que el contrato administrativo de concesión y el Reglamento del servicio aprobado por el municipio son compatibles con la legislación de defensa de la competencia. Lo que resulta incompatible es la interpretación y la aplicación que en la práctica se han realizado de los mismos, que resulta además contraria, así lo señala el *Consello Galego*, con la liberalización de los servicios funerarios realizada en su momento y reforzada en virtud del mandato incluido en la DA 7.^a de 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 (la denominada Ley Ómnibus).

A este tipo de conducta también se refiere en el último año *el Consejo de la competencia de Andalucía*, en su *Resolución de 27 de septiembre de 2012, S/12/2012*, aunque en ella no se haga mención al título administrativo en virtud del cual la empresa gestiona el tanatorio. Concretamente en la citada resolución se pone de manifiesto que Tanatorios de Huelva ha abusado de su posición dominante al exigir distintos precios por el mismo servicio de alquiler de salas de velatorio dependiendo de la empresa funeraria cliente o de si se trataba de una aseguradora; en particular, se constata que, sin justificación alguna, por la misma prestación a ciertas empresas de pompas fúnebres se les ha reclamado el pago de una remuneración que prácticamente duplica la acordada con otros operadores con los que compiten en el mismo mercado. En este sentido la Comisión se pronuncia emitiendo un juicio conforme al cual se pone de relieve que la empresa ha seguido una política de «precios estratégicos», distintos de sus costes, que estaría falseando la formación de precios, en perjuicio de algunos de los demandantes de servicios, que han tenido que pagar unos precios muy superiores en comparación

con los facturados a otras empresas, probablemente, con el único objetivo de debilitar la posición de determinadas funerarias y reforzar la suya en el mercado conexo de los servicios funerarios.

5.2. *Conductas contrarias al Derecho de la competencia realizadas por el Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias de regulación y tributación en materia de servicios funerarios*

Como se ha puesto de manifiesto en otros Informes, los Ayuntamientos también incurrir directamente en prácticas contrarias al Derecho de la competencia en este sector de los servicios funerarios. Concretamente en relación con la potestad reglamentaria lo pone de relieve la Resolución adoptada en 2012 por el órgano andaluz (*Resolución de 27 de septiembre de 2012 Resolución S/12/2012*), que haciendo referencia a la regulación de los servicios funerarios declara: «La intervención regulatoria pública tanto de las administraciones central y autonómica como de la administración local constituye una de las más importantes barreras a la entrada. En este orden de consideraciones, el papel regulador de las corporaciones locales en materia de ordenamiento urbanístico puede resultar determinante en lo que respecta a la localización de las distintas actividades y, particularmente, en lo que a la construcción de tanatorios se refiere, reforzando con ello el poder de mercado de las empresas que ya disponen de instalaciones propias de tanatorios».

En relación con la regulación local de los servicios funerarios también lo expresa la *Resolución de la Autoridad catalana de Defensa de la Competencia, expediente núm. V-13/2009, de 17 de julio de 2012*, en la que se procede a determinar —conforme a lo previsto en el art. 41 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y el art. 10.2.a) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia— si un Ayuntamiento catalán ha cumplido o no las obligaciones anteriormente impuestas por esta autoridad en una Resolución fechada a 30 de diciembre de 2010 (reseñada en el Informe de este Anuario de 2010 sobre *Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal*, pp. 409-410). A la vista de la información recabada, se considera que, aunque el Ayuntamiento de Solsona ha dado cumplimiento a la mayor parte de las obligaciones impuestas en relación con su potestad de Ordenanza —ha procedido a revisar el texto de la Ordenanza núm. 16, relativa a la *Tasa por la prestación de servicios de cementerio, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios de carácter local*, eliminando ciertos conceptos que la Autoridad de la Competencia consideró anticompetitivos y ha retirado de la página web las referencias a la funeraria municipal—, se constata que en la práctica ha mantenido, al menos parcialmente, una conducta anticompetitiva al cobrar a una empresa funeraria privada una tasa no recogida en la norma reguladora, tasa de la cual no existe evidencia de cobro en los servicios funerarios ofrecidos directamente por el propio Ayuntamiento. En la Resolución se le impone cesar en esa conducta, y se acuerda la incoación del correspondiente procedimiento sancionador.

5.3. *Conductas contrarias al Derecho de la competencia realizadas por el Ayuntamiento en el ejercicio de su poder de control e inspección sobre sus concesionarios en materia de servicios funerarios*

Al margen de la potestad reglamentaria municipal y de la gestión de la infraestructura con la que se prestan los servicios son igualmente importantes otras funciones del municipio, que a éste le incumben con el fin de garantizar la competencia. Así lo expresa el órgano autonómico gallego, en la resolución anteriormente citada de 10 de julio de 2012 (Resolución R 1/2012- Tanatorio de Valga): «...las Administraciones públicas tienen la obligación legal de promover la competencia en los mercados y, en consecuencia, que el otorgamiento de una concesión administrativa para la explotación de un servicio municipal no puede utilizarse como excusa para tratar de sustraer dicho servicio de la libre competencia». En este caso se considera reprobable la conducta del Ayuntamiento en cuestión, el cual no sólo se abstuvo de adoptar medida alguna ante las reiteradas quejas motivadas por la conducta de la entidad concesionaria, sino que, antes al contrario, en todo momento defendió el derecho de ésta a explotar la concesión en régimen de exclusiva, impidiendo el acceso a otros operadores al tanatorio de titularidad municipal.

6. La regulación por Ordenanza de los servicios públicos locales: el supuesto de la gestión de residuos

Reviste especial interés para determinar cómo entienden los tribunales el alcance de la regulación municipal sobre la prestación de un servicio público municipal, en lo relativo a sus implicaciones con respecto a los derechos y obligaciones de los particulares afectados por el mismo, la Sentencia *del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2012*, RJ/2013/96, rec. contencioso-administrativo núm. 372/2009, sobre la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de los Residuos, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 27 de febrero de 2009. En ella se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2010 que procedió a anular diversos preceptos de la misma.

En primer lugar se recurre concretamente por parte del Ayuntamiento de Madrid la declaración de que resulte disconforme a derecho un precepto de la Ordenanza en el que se impone la obligación de limpieza de las aceras a personas físicas y jurídicas que se encuentran usando los inmuebles ubicados en la misma, y asimismo se establece la obligación de retirada del hielo y de la nieve cuando se den tales situaciones. El Tribunal, dando la razón a la sentencia de instancia, considera que la determinación por Ordenanza de las referidas obligaciones vulnera lo dispuesto en el art. 31.3 CE, pues sería necesaria una ley para la imposición de este tipo de prestaciones de carácter personal. Asimismo

considera que el establecimiento de las mencionadas obligaciones vacía de contenido la competencia municipal sobre la limpieza y recogida de residuos —art. 25.2.1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y art. 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, al trasladar al particular —residentes y personas jurídicas empresarias— el deber concreto de limpiar, recoger y depositar los residuos que se encuentran en las vías públicas. En relación con estos deberes también cabe inferir de la STS que no los considera (FD 5.º) como obligaciones que puedan incardinarse entre los deberes inherentes al estatuto jurídico del propietario de un inmueble y que, por tanto, supongan un desarrollo de la función social de la propiedad, conforme al art. 33.2 CE. La razón para negar que se trate de obligaciones derivadas del estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria consiste en que, a juicio del tribunal, las referidas obligaciones se traducen en unas prestaciones relativas a bienes de dominio público local, como son las aceras de las calles, y no se proyectan sobre bienes de titularidad privada.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo niega (FJ 6.º) que la Ordenanza vulnere los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, como la sentencia de instancia había declarado. Entiende la sentencia que cuando esta norma local impone la obligación a los poseedores de residuos de someterse a la inspección por parte de los correspondientes agentes de la autoridad —a los que les corresponderían así las facultades de acceder, sin previo aviso, a las instalaciones en las que se desarrollan actividades de gestión de residuos y de inspeccionar el contenido de las bolsas de basura y de los contenedores de residuos—, no cabe apreciar una lesión de los derechos fundamentales, porque la inspección no se realiza en cualquier lugar sino en aquellos de libre acceso en los que exclusivamente se realizan actividades recogidas y relacionadas en la Ordenanza, como son el depósito, almacenaje, distribución y separación selectiva, etc. De esta manera, la sentencia sostiene que no existe colisión con otros lugares cuyo acceso pudiera hacerse depender del consentimiento del titular por estar protegido constitucionalmente.

Por último, el Tribunal considera asimismo válido un tercer precepto anulado por la sentencia de instancia que declara la responsabilidad de la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble, si ésta no está constituida, de las obligaciones colectivas, entre las que la norma cita el uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados, limpieza de zonas comunes, etc. De esta forma la sentencia considera que si se realiza una interpretación sistemática del precepto, cabe declarar que el mismo no vulnera el principio de culpabilidad (art. 130 LRJPAC). En otras palabras, sostiene que el mismo es conforme a Derecho si se interpretan las «obligaciones colectivas» como aquellas precisamente determinadas en la Ordenanza y referidas al uso, conservación y limpieza de los contenedores normalizados a disposición de cada comunidad en el habitáculo o instalación habilitada para ello, y al uso consustancial a esa actividad, que comprende, por ejemplo, sacarlos a la vía pública en el momento y lugar determinados, mantenerlos en condiciones aptas para su fin, recogerlos en el tiempo previsto tras la recogida, etc. En definitiva, entiende el TS que la Comunidad de propietarios será responsable de determinadas obligaciones que no cabe identifi-

car con los específicos deberes impuestos a los diferentes copropietarios, y que otra interpretación sí supondría vulnerar el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora

7. Servicio público de transportes terrestres

En el ámbito de los transportes resulta relevante *el Informe I 03/12 emitido en diciembre de 2012 por el Consejo de Defensa de la Competencia andaluz, «Informe para promover la competencia en el sector del transporte público interurbano regular permanente de viajeros de uso general por carretera en Andalucía»*, en el que se ofrece a los órganos responsables de los procedimientos de licitación y renovación de las concesiones de titularidad autonómica un conjunto de orientaciones con el fin de lograr una mayor competencia en la prestación de estos servicios. Este estudio está motivado porque en Andalucía, a partir del año 2013, se extinguen el 75 por 100 de las concesiones de titularidad autonómica enmarcadas en el periodo 2008-2019.

La incidencia de estas cuestiones relativas al servicio público de transporte interurbano —regulado en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres— en las competencias locales es relativa, toda vez que se refiere exclusivamente al ámbito de un servicio público que no es de titularidad local, pero es claro que las entidades locales influyen en su ejercicio en la medida que éste tipo de servicios se ordenan, coordinan, controlan, inspeccionan y sancionan por unas entidades de Derecho público, por los Consorcios de Transportes Metropolitanos, en los que junto a la Administración autonómica se encuentran integrados los Ayuntamientos correspondientes. En Andalucía, actualmente están constituidos nueve Consorcios, a los que pertenecen los Ayuntamientos de cada área: Almería, Bahía de Cádiz, Campo de Gibraltar, Córdoba, Granada, Costa de Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla. Al tratarse de un mercado que funciona en régimen de servicio público en condiciones de competencia restringida, que se produce exclusivamente en el acceso al mercado y no en el mercado, la garantía de la libre competencia en la prestación de estos servicios de transporte interurbano depende del correcto ejercicio de las competencias que tienen atribuidas este tipo de Consorcios. Depende, sobre todo, de que estas entidades establezcan de la forma más objetiva y neutral posible los criterios de los procesos de licitación pública mediante la imposición de condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias en la renovación de las concesiones vigentes. Asimismo depende de que los Consorcios garanticen que los procedimientos de adjudicación de los títulos de concesión se someten a un régimen de publicidad y concurrencia. Por ello una de las recomendaciones que realiza en este sentido el Consejo de Defensa de la Competencia andaluz consiste no incorporar a los órganos consultivos de estos Consorcios —lo que en principio sí aparecía establecido en sus Estatutos— a representantes de las empresas concesionarias, porque ello implicaría perjudicar la neutralidad con la que estos entes deben realizar el otorgamiento de las concesiones.

IV. INTERVENCIÓN MUNICIPAL EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS QUE SE DESARROLLAN EN RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

1. Respeto de las reglas de la competencia por los Ayuntamientos en la prestación de los servicios económicos de verificación de la documentación que se aporta en la tramitación de licencias urbanísticas

En el caso de la *Resolución de la CNC de 16 de noviembre de 2012, SANC 05/2011 Convenio Ayuntamientos/Colegio de Arquitectos*, se pone de manifiesto que existe un mercado de prestación de servicios de verificación, inspección y control de la adecuación documental, técnica y de cumplimiento normativo en tramitación de licencias administrativas, que puede desarrollarse por una pluralidad de agentes en condiciones de competencia. Se trata de una actividad que, de acuerdo con la DA 5.^a de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, colegios profesionales, en su redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, pueden prestar como oferentes diferentes agentes económicos, no solo los colegios, y que puede afectar a procedimientos de diferente naturaleza.

En este sentido, en la Resolución se pone de manifiesto que los Ayuntamientos deben abstenerse de introducir por cualquier vía, incluidas las Ordenanzas municipales o la figura del Convenio, medidas que constituyan reservas de actividad en favor de un determinado colegio o colegios o que discriminen en favor de un determinado operador, otorgándole ventajas injustificadas sobre otros colectivos que pueden desarrollar la actividad. Entiende la CNC que las posibles restricciones de oferta que puedan establecerse mediante convenios o normas de desarrollo de rango inferior deben interpretarse como restricciones de la competencia que carecen del amparo legal a los efectos del art. 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia, y son susceptibles de infringir la normativa de competencia. En la resolución citada los hechos afectaban a la prestación de este tipo de servicios en procedimientos administrativos relativos a licencias en el ámbito urbanístico en tres municipios de la Comunidad de Madrid (en Móstoles, Madrid y San Sebastián de los Reyes).

2. Restricciones impuestas por Ordenanza municipal en la actividad publicitaria realizada por vehículos de titularidad privada

En este ámbito resultan ser de especial interés las *SSTS de 13 de marzo de 2012, RJ 5416, y de 16 de octubre de 2012, RJ 10217*, en las que se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, de 18 de noviembre de 2010, en la que se fiscalizó la Ordenanza reguladora de la publicidad exterior del Ayuntamiento de Madrid, aprobada por el Pleno el 20 de enero de 2009. En ellas el Tribunal Supremo

considera conforme a derecho uno de los preceptos de esta Ordenanza, que anteriormente había sido declarado nulo por el TSJ de Madrid; concretamente el art. 2.2, que prohibía la publicidad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado, excepto la que se realice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros. Consideran las citadas SSTs que, a diferencia de lo declarado en la sentencia de instancia, al Ayuntamiento de Madrid le corresponde la competencia sobre la materia, y aclaran en este sentido que la misma que no se ampara en el título competencial sobre urbanismo, sino en el genérico sobre protección del medio ambiente [art. 25.2.f) LRRL], y ordenación del tráfico. Considera el Alto Tribunal que estos aspectos se ven afectados por la publicidad exterior que la Ordenanza define como la que «es visible desde las vías y espacios públicos siendo susceptible de atraer la atención de quienes se encuentren en espacios abiertos, transiten por la vía pública, circulen en medios privados o públicos de transporte y, en general, permanezcan o discurran por lugares o ámbitos de utilización común».

Se alega, desde un punto de vista sustantivo, por aquellos que defienden que la sentencia es conforme a Derecho, que el citado precepto es contrario a la libertad de empresa (art. 38), en la medida que la restringe de forma excesivamente intensa (intervencionismo exacerbado). El Tribunal Supremo considera, desestimando su pretensión, que la citada prohibición no impide el ejercicio de la libertad de empresa, al que considera protegido como garantía institucional —con cita de la STC 225/1993—, porque (*sic*) «en nada afecta al desarrollo de la libre iniciativa empresarial en los distintos ámbitos publicitarios y tampoco introduce un factor determinante en materia de la libre competencia». Afirmar la primera de las sentencias que esta restricción de publicidad se impone con la finalidad de protección del medio ambiente urbano, pues con ella se trata de evitar «el exceso que de otro modo podría producirse con el uso indiscriminado de esa publicidad, e igualmente la posible mayor saturación del tráfico que esa publicidad exterior en movimiento de vehículos o en el estacionamiento de los mismos en determinadas vías urbanas podría producir».

No puede dudarse de que de la argumentación del Tribunal se extrae que la medida resulta justificada en un fin de interés general. Sin embargo, estas sentencias no resultan especialmente claras cuando dilucidan si en realidad nos encontramos ante una limitación al derecho fundamental a la libertad de empresa. Tampoco se llega a verificar en ellas, con un análisis riguroso, si la medida impuesta de restricción de la publicidad se ajusta al principio de proporcionalidad. Sí se hace mención de que el precepto cuestionado permite esa publicidad exterior que podríamos calificar de discreta o menos contaminante del paisaje de la ciudad, cuando se admite que «en aquellos vehículos que pertenezcan a actividades económicas podrá figurar un elemento de identificación, nombre y/o logotipo de la razón social de la empresa o de su titular o de la marca comercial del producto, sin mención de promociones de productos y servicios». Y de que resulte asimismo razonable «que la publicidad exterior se autorice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros, puesto que el uso de la misma está amparado por las peculiaridades que el mismo posee como son la limitación del número de vehículos en

superficie, sus horarios y la libre concurrencia en la adjudicación de los espacios publicitarios. Circunstancias todas ellas que permiten un uso razonable de esa publicidad sin perjudicar los valores que explícitamente la Ordenanza trata de preservar».

3. Limitaciones impuestas por Ordenanza en la actividad empresarial de prestación de los servicios de telefonía móvil

Son muy abundantes los litigios que siguen dándose en el ámbito de la telefonía móvil. Exponente de ellos son la *STS de 26 de abril de 2012*, 2854, y *STS de 21 de diciembre de 2012*, 8754. En este sector se han multiplicado los pronunciamientos del Tribunal Supremo, a raíz de la *STS de 10 de octubre de 2012* (Rec. de casación 4307/2009), en la que se enjuició la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia (Badajoz) que fue declarada nula tras la cuestión prejudicial que en ese mismo pleito se planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STSJ de la Unión Europea de 12 de julio de 2012) y en la que se afirmó que la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional —en este caso local— que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil. Comenta esta sentencia del Tribunal europeo el artículo de P. FERNÁNDEZ PUIG, «El laberinto de la tasa municipal de telefonía móvil tras la Sentencia europea de 12 de julio de 2012», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, núm. 21, pp. 2452-2459. Esta solución jurisprudencial es posteriormente seguida por un buen número de sentencias, entre otras muchas, varias Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2012, sobre la Ordenanza reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local del Ayuntamiento de Medina de Torres (ROJ 8975), del Ayuntamiento de Arroyo de San Serván (ROJ 8992), del Ayuntamiento de Oliva de la Frontera (ROJ 8963), del Ayuntamiento de Esparragalejo (ROJ 4309), del Ayuntamiento de Cabeza la Vaca (ROJ 8974), del Ayuntamiento de San Vicente de Alcántara (ROJ 8973), del Ayuntamiento de Manchita (ROJ 8929), del Ayuntamiento de Valencia de las Torres (ROJ 8957) y la *STS de 7 de diciembre de 2012* sobre la Ordenanza del Ayuntamiento de Picassent (ROJ 9055).

En este sector también resulta relevante la *STS de 6 de noviembre de 2012*, RJ 10611, por la que se falla que ha lugar al recurso de casación que el Ayuntamiento de Madrid interpone contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso núm. 1025/2006, concretamente en cuanto que declara la nulidad del art. 21.1 de la *Ordenanza de Diseño y Gestión de Obras en la Vía Pública*, aprobada por Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Madrid de 31 de mayo de 2006. La razón de que se declare conforme a Derecho el citado precepto resulta ser la de que no

se reputa como discriminación que la normativa municipal que regula las condiciones a que deben ajustarse las obras e instalaciones de servicios, que se efectúen en el vuelo, suelo o subsuelo de las vías y espacios públicos municipales someta a un procedimiento distinto de reparación de averías a los servicios diferentes a los de telecomunicaciones como el de gas, aguas o de electricidad, debido a que comportan un riesgo mayor.

Por otro lado, el impacto de la Directa de servicios sobre este sector es analizado por A. PENSADO SEIJAS (2012), «Directiva de servicios y antenas de telefonía móvil», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, núm. 18, pp. 2010 y ss.