
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; Ordenanzas locales; Derecho de defensa de la competencia, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, autoridades autonómicas en materia de defensa de la competencia.

Keywords: Public services; economic activity; municipal by-laws; Competition Law, National Commission on Markets and Competition, Regional Authorities for Competition Law Enforcement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA A LOS GOBIERNOS LOCALES Y SUS EXCEPCIONES: 1. Inaplicación de las normas de la competencia a la actividad que como poder público o regulador desarrollan los Ayuntamientos. 2. Aplicación de las normas de la competencia a actividades económicas desarrolladas por los gobiernos locales: 2.1. Actividad de explotación de pistas de esquí.—III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: 1. Servicio de gestión de residuos: 1.1. Restricciones impuestas a la libertad de empresa por los municipios: la obligación de entregar los residuos urbanos no domiciliarios a los sistemas municipales de gestión. 1.2. Sobre la realización de obras de las corporaciones locales para instalación de contenedores subterráneos de recogida de residuos. 1.3. Sobre la asunción del servicio de tratamiento de residuos por otras Administraciones supramunicipales. 2. Servicio de abastecimiento de aguas: 2.1. Distinción de las operaciones que comprende el servicio de abastecimiento de aguas a efectos de contar con la aprobación de los municipios afectados por un cambio de gestión en el servicio prestado por un municipio que les suministra a ellos el acceso al agua. 2.2. El control sanitario del servicio de abastecimiento de agua potable debe ser asumido por el Ayuntamiento gestor del servicio. 3. Servicios públicos funerarios: los cementerios.—IV. REQUISITOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DE LA INICIATIVA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: 1. Procedimiento administrativo previo exigible para su ejercicio.—V. MEDIDAS ADOPTADAS FRENTE A LOS MUNICIPIOS EN GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del año 2015 han continuado dictándose resoluciones de las Autoridades Autonómicas de la Competencia en las que se pone de manifiesto que estas supervisan la

actividad empresarial de los Ayuntamientos, así como su actividad de servicio público. Destacan en este sentido dos resoluciones de Autoridades de distintas Comunidades Autónomas que en el mismo sentido autolimitan la competencia de estas Administraciones, al excluir de su conocimiento aquellos asuntos relativos a los Ayuntamientos que se centran sobre cuestiones en las que hay claramente ejercicio de poder público.

En segundo lugar, resultan de especial interés diversas resoluciones, en este caso judiciales, relativas a las restricciones que se imponen por los Ayuntamientos a los operadores económicos que consisten en su obligatoria adhesión a los servicios públicos implantados, concretamente a los sistemas públicos de recogida y tratamiento de residuos urbanos. En aplicación de la legislación sectorial de residuos se han reforzado las garantías a la libertad empresarial y en este punto los Tribunales superiores de Justicia están siendo muy rigurosos y precisos a la hora de aplicarlas.

Asimismo destaca por su indudable interés la fiscalización judicial de los requisitos que ha de cumplir el procedimiento administrativo que es necesario tramitar cuando un Ayuntamiento quiere ejercer la iniciativa pública en la actividad económica al amparo del art. 128.2 CE y de la legislación de régimen local. Por último se hace referencia a las últimas medidas adoptadas por la Autoridad Nacional competente para la protección de la competencia, por la CNMC (en adelante Comisión Nacional de Mercados y Competencia), en relación a la regulación aprobada por concretos municipios, en garantía de la protección de la unidad de mercado.

II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA A LOS GOBIERNOS LOCALES Y SUS EXCEPCIONES

1. Inaplicación de las normas de la competencia a la actividad que como poder público o regulador desarrollan los Ayuntamientos

En relación con la cuestión de si resultan de aplicación las normas de Defensa de la competencia a los Gobiernos locales dependiendo de si actúan como operadores económicos o poderes reguladores, se pronuncia expresamente el Consejo de defensa de la Competencia de Andalucía en la *Resolución de 21 de abril de 2015, S/04/2015*, que investiga las presuntas prácticas anticompetitivas del Ayuntamiento de Torredonjimeno. La denuncia ante esta autoridad de defensa de la competencia se debe a que este Ayuntamiento deniega sistemáticamente el otorgamiento de licencia de obras cuando el proyecto presentado viene elaborado por un arquitecto técnico. Pues bien, con independencia de que tal actuación pueda resultar conforme o no con la legalidad vigente, el Consejo de Defensa de la Competencia entiende que no puede pronunciarse y debe archivar la denuncia, debido a que en este caso la entidad local no actúa como operador económico, sometido a las normas de la competencia, sino como poder regulador, en ejercicio de su poder público, lo que a su juicio impide un análisis y enjuiciamiento desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia.

A la misma solución se llega en una *Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia de 22 de septiembre de 2015, expt. núm. 46/2012, SOREA*. En este caso el expediente se abre en relación a unas obras que se realizan en el ámbito del servicio municipal de abastecimiento de aguas. Considera la Administración competente, que en este caso no procedería incoar un expediente sancionador por infracción del Derecho de la competencia porque estamos ante un servicio público que se presta por un solo operador económico, concesionario de la Administración municipal, al amparo de lo previsto en la reglamentación que el municipio ha realizado del servicio público en cuestión. Lo denunciado en este caso era la instalación por parte de la empresa concesionaria del Ayuntamiento de Torredembarra de unas Bocas de Incendios Estables (BIE) a petición de los particulares a unos precios por ella establecidos. El denunciante alega en este sentido que se habría incurrido en un supuesto de abuso de posición de dominio. Por su parte, la Autoridad de defensa de la Competencia considera que en este supuesto hay que tener en cuenta que el suministro de agua potable es un servicio público de titularidad municipal, según se desprende de los arts. 25.2.c), 26.1.a) y 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) y también de los arts. 66.3.l) y 67.a) del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (en adelante, LMRLC). Asimismo señala la Autoridad catalana que hay que tomar en consideración que los entes locales pueden gestionar el servicio de suministro de agua de forma directa o indirecta (art. 249 LMRLC). Por tanto, corresponde a la entidad local, en función de su potestad de autoorganización [art. 4.1.a) LRBRL y art. 249 LMRLC], adoptar la forma en que se tiene que prestar el servicio. Solo en caso de que el ente local opte por la gestión indirecta, se producirá la entrada de empresas en el mercado que, en el caso de una concesión, competirán entre sí en la correspondiente licitación. La forma en que se tiene que prestar el servicio puede englobar, no solo la decisión de gestionarlo de una forma determinada, sino también el alcance de las prestaciones que pueden quedar comprendidas. Es decir, engloba la decisión de incluir o no en el servicio determinadas prestaciones accesorias o complementarias como, por ejemplo, la realización de las obras necesarias para establecer el servicio [art. 250.b) LMRLC y 243.1 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio]. Y será, por tanto, en el pliego de cláusulas administrativas particulares donde se materializará la decisión municipal de cuáles son las prestaciones concretas que integran el servicio de abastecimiento de agua.

En relación con la prestación del servicio de abastecimiento de aguas por los municipios se señala además que la forma de gestión indirecta mayoritariamente utilizada por parte de los municipios es la de la concesión administrativa. Mediante su empleo se otorga un monopolio, a menudo justificado en que la estructura de costes del servicio es la de un monopolio natural, en el que la configuración óptima de la oferta, en términos de eficiencia, es que solo opere una sola empresa en el mercado local. Asimismo se aprecia que en este tipo de los mercados en los que la licitación pública para la obtención

de la concesión administrativa juega un papel fundamental y constituye el sistema por el que los competidores acceden al mercado, la competencia se produce por el acceso al mercado, y no en el mercado. En estos casos, el proceso de adjudicación de la concesión es clave ya que es el momento en el que se materializa la competencia para el acceso al mercado, ya que las empresas compiten, en la fase de licitación de la concesión, para realizar la oferta más atractiva en términos de precio, calidad del servicio, compromisos de inversión, etc. Por ello, como pone de manifiesto la citada Resolución de 22 de septiembre de 2015, una vez se ha adjudicado el contrato a la empresa ganadora, esta obtiene un monopolio que le otorga una posición de dominio absoluta en el mercado. El mercado queda completamente cerrado durante el periodo de la concesión, de manera que ninguna otra empresa podrá competir para obtenerla.

En cuanto al contenido de la prestación que se considera en este caso restrictiva de la competencia, la Autoridad autonómica de la Competencia entiende que este dependerá de la concesión para explotar el servicio municipal de abastecimiento de agua, especificado en el correspondiente Pliego de Condiciones que rige la adjudicación. También considera que aunque la prestación principal consiste en la explotación de la red de abastecimiento de agua potable existente, que tiene la consideración de infraestructura esencial, puede contener otras prestaciones accesorias o complementarias, que pueden consistir en la realización de obras, distinguiendo entre obra nueva, para atender nuevos suministros y reposición y mejora de las instalaciones existentes; nuevas acometidas, conservación de contadores, mantenimiento de la red de alcantarillado y trabajos a terceros.

Por ello entiende que la prestación concreta se lleva a cabo al amparo de la potestad de autoorganización de que dispone el Ayuntamiento de Torredembarra, que es el que decidió la forma de gestión indirecta en que se presta el servicio mencionado. Asimismo la misma se ha realizado en función de lo que dispone el *Reglamento del servicio municipal de abastecimiento de agua* dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria (arts. 4 LRBR y 8 LMRLC) que también tiene atribuida dicha Administración municipal. Asimismo, según la citada Resolución se señala que el régimen para la determinación de los precios aplicables a la instalación de una Boca de riego estable se corresponde con lo que preveía el Pliego de Condiciones del contrato de concesión vigente.

En resumidas cuentas, cuando el Ayuntamiento de Torredembarra decidió gestionar el servicio público de distribución y abastecimiento de agua potable al municipio de forma indirecta, tuvo que determinar las prestaciones materiales que comprendían «la externalización» del servicio así como sus precios. De esta forma el Ayuntamiento determinó por una parte, que junto con la prestación principal de suministro de agua potable al municipio, también quedaban incluidas otras prestaciones de carácter complementario, como por ejemplo la instalación de una Boca de Riego.

En definitiva, lo que se extrae de este caso es de suma importancia. En ella se pone de manifiesto que las autoridades de defensa de la competencia encuentran un límite a su capacidad de actuación en aquellas actuaciones de las Administraciones públicas en las que actúan revestidas de *ius imperii*, es decir, actuaciones fundadas en el ejercicio

de las potestades administrativas atribuidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sometidas al Derecho administrativo. En estos supuestos, a juicio de la referida Resolución, tendrá que ser la jurisdicción contencioso-administrativa quien determine la adecuación o no al ordenamiento jurídico, dado que en estos supuestos la administración no está actuando como operador económico. En este sentido, se cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJUE) de 19 de febrero de 2002 (asunto *Wouters*, C-309/99), que en su momento estableció que: «Una actividad que, por su naturaleza, por las normas que la regulan y por su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos [...] o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público [...] no está sujeta a la aplicación de las normas de competencia». Asimismo se trae a colación la Sentencia de la Sección 6.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2005, rec. 454/2002, que ratifica la exclusión de la aplicación de la LDC a la administración en el ejercicio de una función pública. En el mismo sentido, pero en ámbito estatal, se recuerda que se ha pronunciado el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) en sus Resoluciones de 30 de enero de 1998 (expt. 265/97, Loterías del Estado), de 16 de enero de 1997 (expt. 173/96, Instituto Catalán de Inspección y Control) y de 4 de julio de 2000 (expt. R. 395/99, Autoridad Portuaria de Santander). Asimismo se cita la Resolución de fecha 21 de febrero de 2000 (expt. R. 398/99, Entrenadores de fútbol). Finalmente, también se afirma que la CNC ha reiterado este criterio en su Resolución de 9 de octubre de 2008 (expt. S/0023/07, BIOVET) donde, en la fundamentación del archivo de la denuncia, se puede leer que: «[...] se trata de una agencia pública que en ningún caso actúa como operador económico cuando toma decisiones como las denunciadas, siempre al amparo de una ley que la habilita como administración pública para dictar actos administrativos que tienen como finalidad salvaguardar el interés general» (FD Único, *in fine*) y la CNMC en la Resolución de 20 de febrero de 2014 (expt. 25 CAN 02-11/13, Ingenieros Técnicos de Obras Públicas-Habilitación).

En realidad la línea de las citadas resoluciones, se contradice con cierta práctica que desarrollan las Autoridades de la Competencia en la que se ejerce un control desde la perspectiva de la legislación de defensa de la competencia cuando lo que tiene lugar es una actividad convencional por parte de las Administraciones públicas que afecta incluso a la adopción de actos jurídicos con los que se ejerce poder público, como es el caso de las Ordenanzas locales. Ello al menos, ocurre, en parte, con la *Resolución de 24 de noviembre de 2015*, expt. V 30/2011, sobre *Sistemas de Externalización del Otorgamiento de licencias municipales*, de la Autoridad Catalana de la Competencia, cuyo origen se encuentra en el Informe de vigilancia que la Dirección General de la Autoridad Catalana de la Competencia ha emitido respecto del cumplimiento de los compromisos recogidos en el apartado 10 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución de terminación convencional de 17 de abril de 2013 del expediente sancionador núm. 30/2011 —Sistemas de externalización de otorgamiento de licencias municipales abierto a la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas (en adelante, ACOMC), la Federación de Municipios de Cataluña (en adelante, FMC), el Ayuntamiento de Tarragona, el Ayuntamiento de

Sabadell, el Ayuntamiento de Barcelona, el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña (en adelante, COAC), el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Barcelona (en adelante, CAATIEB), el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Cataluña (en adelante, COIIC) y el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona (en adelante, CITIB)—. En dicha resolución se acordó la terminación convencional del expediente sancionador y declarar vinculantes los compromisos presentados por la ACM, la FMC, el Ayuntamiento de Tarragona, el Ayuntamiento de Sabadell, el Ayuntamiento de Barcelona, y los Colegios Oficiales referidos, relativos fundamentalmente, además de dar publicidad a los compromisos suscritos, a poner fin a los convenios suscritos entre Ayuntamientos y Colegios, modificar las Ordenanzas locales y a modificar y revocar todos los actos en los que se hubieran establecido conductas que se consideraron en la citada resolución contrarias a la legislación de defensa de la competencia. Y que no eran otras que aquellas que promovían la implantación de los visados de idoneidad técnica y urbanística de los proyectos que tuvieran que someterse a la concesión de licencia urbanística municipal y de licencia ambiental municipal.

2. Aplicación de las normas de la competencia a actividades económicas desarrolladas por los gobiernos locales

2.1. Actividad de explotación de pistas de esquí

En relación con la actividad de explotación de pistas de esquí tiene lugar la incoación de un expediente sancionador a la empresa pública Cetursa Sierra Nevada, S. A., por parte del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el art. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). El expediente finalizó por *Resolución S/10/2015, de fecha de 21 de octubre de 2015*, en el que se acordó mediante terminación convencional (con base en lo previsto en el art. 52 LDC) que la sociedad anónima Cetursa Sierra Nevada, S. A., participada por la Junta de Andalucía (95,90 por 100) y varios Ayuntamientos de la misma Comunidad Autónoma —Ayuntamiento de Granada (2,63 por 100), Corporación empresarial Mare Nostrum, S. L. U. (0,8 por 100), Diputación provincial de Granada (0,44 por 100) y el Ayuntamiento de Moachil (0,23 por 100)—, pusiera fin a su conducta de negarse a proporcionar a los profesores de esquí autónomos la posibilidad de disfrutar del *forfait* industrial y del acceso preferente a ciertos remontes, por cuanto constituía un trato discriminatorio frente al resto de profesores pertenecientes a las otras escuelas de esquí que sí gozaban de esas ventajas. Hay que tener en cuenta que la actividad que desarrollaba esta sociedad pública es una actividad empresarial, que la ejerce en posición de dominio, al ser la concesionara exclusiva de la explotación de los medios mecánicos y las pistas de esquí de la estación y que la conducta que se le imputa es «abusar de esa posición de dominio». En este sentido a la hora de valorar jurídicamente la conducta prohibida, el órgano que garantiza la libre

competencia en Andalucía constata que se ha producido un trato discriminatorio tanto en cuanto a la posibilidad de utilización de las colas de acceso preferente, como a las condiciones para acceder a la oferta comercial para la obtención del *forfait*. Considera que ese trato discriminatorio produce claramente efectos anticompetitivos en lo que se refiere a las colas de acceso por cuanto en días de gran ocupación en la estación de esquí, las aglomeraciones en los remontes pueden constituirse en uno de los aspectos más negativos para los esquiadores, incluidos quienes hayan contratado clases de iniciación o perfeccionamiento. En definitiva, es claro que la posibilidad de evitar dichas colas se convierte en una ventaja competitiva importante que puede servir de elemento diferenciador a la hora de elegir los distintos monitores.

III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En materia de servicios públicos locales, los estudios publicados durante el año 2015 se han centrado fundamentalmente en analizar a las organizaciones jurídico-privadas como prestadoras de tales servicios. Cabe citar en este sentido el trabajo de la profesora D. SANTIAGO IGLESIAS, «Las sociedades municipales», en la monografía colectiva *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, D. SANTIAGO IGLESIAS, F. DI LASCIO y P. CRUZ E SILVA (coords.), y M. ALMEIDA CERREDA, C. TUBERTINI y P. COSTA GONÇALVES (dirs.), pp. 229-272, y la monografía de D. BALLINA DÍAZ, titulada *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal entre el Derecho público y el Derecho privado*, publicada por el INAP.

1. Servicio de gestión de residuos

1.1. *Restricciones impuestas a la libertad de empresa por los municipios: la obligación de entregar los residuos urbanos no domiciliarios a los sistemas municipales de gestión*

En el ámbito del servicio público municipal de recogida y tratamiento de residuos [obligatorio por ley en todos los municipios con población superior a 5.000 habitantes conforme el vigente art. 26.1.b) LBRL], la legislación sectorial —la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (en adelante, LRSC)—, regula, como regla general, que la gestión de los residuos sea un deber que recae sobre el productor de los mismos. De esta forma, el productor de residuos puede elegir efectuar la gestión bien por sí mismo, bien encargarlo a una persona o entidad privada o registrada, o bien entregar los residuos a una entidad pública de recogida para su posterior tratamiento. Como excepción a este régimen se permite en algunos casos —en los supuestos de los residuos comerciales no peligrosos y domésticos industriales— la imposición por Ordenanza de la entrega forzosa de los residuos a los sistemas públicos municipales de gestión [art. 12.5.c) y art. 17.3 LRSC].

Teniendo en cuenta este contexto regulatorio, durante 2015 se han dictado diversos pronunciamientos en relación con la obligación establecida por Ordenanza de adherirse obligatoriamente a los sistemas públicos de gestión de residuos urbanos. En este sentido, los Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas —en Baleares se contabilizan hasta cuatro pronunciamientos: *SSTSJ de 10 de junio*, RJCA 2015/797, *de 30 de junio*, JUR 2015/176438, *de 17 de junio*, JUR 2015/176171, *de 7 de julio de 2015*, rec. 266/2014, y en Andalucía también se dicta en el mismo sentido la *STJ de Andalucía de 30 de junio de 2015*, rec. 726/2013—. En ellos se ha procedido a anular los preceptos de las respectivas Ordenanzas que regulan este tipo de entrega forzosa de residuos a los sistemas públicos porque dichas medidas se han adoptado sin contar con una motivación específica basada en razones de mayor eficiencia y eficacia como exige el vigente art. 12.5.c) de la LRSC. Este precepto requiere concretamente que la imposición de la entrega obligatoria de los desechos al sistema público local resulte justificada por razones de mayor eficiencia y eficacia —económica y ambiental— en la gestión de los residuos. Esta jurisprudencia se encuentra en la línea de lo ya afirmado por la STSJ del País Vasco de 19 de marzo de 2014, RJ 640, que anuló una decisión municipal en este sentido por considerar que no probaba suficientemente las razones que alegaba de eficiencia y eficacia en la gestión.

Un supuesto similar a los anteriores ha sido denunciado ante el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, que dictó al respecto *Resolución de 16 de diciembre de 2015, S/13/2015 LIPASAM*. En este caso se denunciaban las supuestas conductas restrictivas de la competencia cometidas por la empresa LIPASAM, empresa municipal de limpieza pública del Ayuntamiento de Sevilla, contrarias a la LDC, debido a la apertura de un procedimiento de licitación y posterior adjudicación a favor de una empresa privada de un contrato de servicios para llevar a cabo la recogida de aceites usados municipales domésticos no peligrosos. El contenido de la citada Resolución se pronuncia en contra de la existencia de una infracción de la legislación de defensa de la competencia. Ello parece ser debido a que resulta probado en los hechos que se reconocen en el expediente administrativo abierto que el mercado que existía de gestión (recogida y tratamiento) de aceites usados procedentes de comercios, servicios de hostelería y restauración en el municipio se ha cerrado porque se ha acordado que la gestión de los mismos se canalice a través de una única empresa a la que contratará LIPASAM con base en la nueva Ordenanza Municipal de Limpieza y gestión de residuos municipales, adoptada el 25 de julio de 2014 (*BOPS* núm. 235, de 9 de octubre de 2014). El problema que no se advierte en la Resolución es que la previsión normativa dispuesta en la Ordenanza municipal es posterior en el tiempo al cierre del mercado que se efectúa con la licitación y adjudicación del concurso a única empresa de gestión de residuos de aceites usados. Sin la citada previsión normativa, realizada además con las cautelas procedimentales exigidas por el art. 12.5.c) de la vigente LRSC no procedería legalmente realizar ese cierre del mercado.

1.2. Sobre la realización de obras de las corporaciones locales para instalación de contenedores subterráneos de recogida de residuos

Se considera que las obras necesarias para la instalación de contenedores subterráneos deben decidirse antes de su realización mediante la tramitación de un procedimiento en el que se dé audiencia a los vecinos, cerca de cuyas viviendas se va a realizar estas instalaciones. De ello trata la *STSJ de Aragón de 23 de febrero de 2015*, JUR 2015/144663, que considera que se ha incurrido en vía de hecho en la medida que no se ha seguido a la hora de adoptar el acuerdo administrativo por parte del municipio de un procedimiento administrativo previo exigible con audiencia a los interesados y/o trámite de información pública para llegar a acordar la realización de las referidas instalaciones.

1.3. Sobre la asunción del servicio de tratamiento de residuos por otras Administraciones supramunicipales

En la *STSJ de Valencia de 30 de abril de 2015*, RJCA 2015/728, se pone de manifiesto que no se vulnera la competencia municipal cuando el Plan integral de residuos aprobado por la Comunidad Autónoma determina que se debe de individualizar la tasa municipal de recogida y transporte de residuos, de manera que no se asocie la misma al servicio de valorización y eliminación de residuos de ámbito supramunicipal. Esto se exige exclusivamente para el caso de que este servicio lo presten los consorcios u otras administraciones o asociaciones de administraciones diferentes a la municipal en las que esta se integre. Se considera además que una previsión de este tipo no infringe el principio de autonomía financiera de las entidades locales ni su potestad tributaria (art. 142 CE).

Muy interesante resulta también en relación con la asunción por la Diputación provincial de las competencias locales para la prestación de un servicio público lo declarado en la *STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2015*, JUR 2015/261970. En este caso el tribunal de Andalucía, atendiendo a la legislación de régimen local entonces vigente, tanto estatal y autonómica (arts. 26 LRBRL y 10 LAUA), y teniendo en cuenta que aún no había entrado en vigor la LRSAL (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), declara que el servicio consistente en el tratamiento de residuos sólidos urbanos es un servicio básico y propio de los Ayuntamientos que, por tanto, resulta de prestación obligatoria salvo que por la insuficiencia o incapacidad municipal para prestarlo, lo asuma la Diputación por solicitud municipal a través de una encomienda de gestión o sin solicitud siempre que concurra un requerimiento previo de la Administración provincial al municipio.

Además, como también se desprende expresamente de la referida sentencia, aún en los casos en que por necesidad de prestación del servicio referido, la Diputación vaya a asumirlo (previo requerimiento al municipio), la ley no prevé de manera expresa que a resultas de ello, la potestad tributaria para establecer la tasa con que financiar la prestación de dicho servicio pase a ser competencia de la Diputación Provincial.

2. Servicio de abastecimiento de aguas

2.1. *Distinción de las operaciones que comprende el servicio de abastecimiento de aguas a efectos de contar con la aprobación de los municipios afectados por un cambio de gestión en el servicio prestado por un municipio que les suministra a ellos el acceso al agua*

En la *STS de 23 de febrero de 2015*, RJ 943, se resuelve un conflicto que se plantea en relación con el cambio de la forma de prestación del servicio de abastecimiento de aguas que pretende llevarse a cabo por el Ayuntamiento de León. Lo que se discute es si es necesario que concurra, además de los trámites procedimentales correspondientes, el acuerdo de todos los municipios afectados por la prestación de este servicio conforme establece el art. 109 TRRRRL. Este precepto exige concretamente que si el monopolio de un servicio afecta a varios términos municipales, deberán adoptar el acuerdo todos los Ayuntamientos respectivos. En la sentencia se resuelve finalmente que este artículo no resulta de aplicación en la medida que según se deduce de la documentación obrante en el proceso, el Ayuntamiento de León no presta el servicio de abastecimiento de agua a otras poblaciones ubicadas en otros municipios, sino que se limita al suministro de agua «en alta» desde León a cada uno de aquellos Ayuntamientos. En definitiva se resuelve que el cambio en el modelo de gestión solo podría afectar a los convenios suscritos entre el propio Ayuntamiento de León y los municipios, pero no al servicio que para sus vecinos gestionan estos municipios. Para ello la sentencia (FD 4.º) distingue dentro del ciclo integral urbano del agua, junto al saneamiento, la depuración y la regeneración, dos actividades perfectamente diferenciadas: el *abastecimiento de agua en alta* o aducción y el *abastecimiento de agua en baja*. El primero incluye la captación, el alumbramiento y el embalse de los recursos hídricos, el tratamiento de la potabilización, el transporte por arterias y el almacenamiento en depósitos reguladores de cabecera de los núcleos de población. El segundo, el abastecimiento de agua en baja, integra la distribución, el almacenamiento intermedio y el suministro de agua potable hasta las instalaciones propias para el consumo por parte de los usuarios.

2.2. *El control sanitario del servicio de abastecimiento de agua potable debe ser asumido por el Ayuntamiento gestor del servicio*

A esta conclusión, a que el control sanitario del servicio de abastecimiento de agua es de competencia municipal, se llega en la *STSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2015*, JUR 302529, en un supuesto en el que una entidad urbanística de conformidad con lo previsto con el correspondiente planeamiento urbanístico había asumido el mantenimiento y la conservación de las obras de urbanización, entre las que se incluía las redes de agua, y, por ello mismo, la puesta en funcionamiento del servicio público de redes de agua. Por otro lado, la sentencia citada también determina que en cuanto los servicios son prestados temporalmente por la entidad urbanística, se deben evaluar económica-

mente sus tareas para reducir en tal porcentaje la tasa por prestación del servicio municipal de abastecimiento de aguas.

3. Servicios públicos funerarios: los cementerios

En relación con la actividad de servicio esencial de cementerios, se pronuncia la *Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia de 2 de julio de 2015, expt. 41/2012, Funeraria Fontal*. En ella se dicta una resolución por la que se determina que la actuación de una empresa (MÉMORA), consistente en denegar el acceso a los servicios de tanatorio a terceros operadores resulta constitutiva de la infracción prevista en el art. 2 LDC y, por tanto, puede calificarse, como abuso de posición dominante. En este sentido hay que partir de que el referido art. 2 LEDC entre los diferentes tipos de abuso, enumera en su apartado 2.c): «La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios». Para determinar la existencia de la conducta que constituye abuso de posición de dominio, la resolución sigue los tres pasos sucesivos que la jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, STJUE de 24 de mayo de 2012, as. T-111/08) indica. En primer lugar ha de definirse el mercado relevante, en segundo, es necesario determinar si se dispone de una posición de dominio en el mercado previamente establecido y, finalmente, se requiere analizar si la conducta acaecida merece el calificativo de abusiva.

En relación con la actividad de servicio público funerario, que se identifica con la actividad de servicio esencial de cementerio, también se pronuncia la *Resolución de 30 de noviembre de 2015 del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León*, en la que se pone fin por terminación convencional a un expediente administrativo abierto contra las conductas de dos empresas concesionarias del Ayuntamiento de Navasfrías. En el expediente se pone de manifiesto que la gestión de los servicios funerarios en el cementerio municipal se había llevado a cabo infringiendo la legislación de defensa de la competencia y con omisión de la labor de vigilancia sobre el contrato de concesión que corresponde al Ayuntamiento en cuestión. En concreto en el procedimiento se constata que una de las empresas no aplica adecuadamente las bonificaciones establecidas en el contrato y que no ha dado el mismo tratamiento en materia de precios y de condiciones comerciales o de servicios a todas las funerarias demandantes de las salas de velatorio en el tanatorio. Por parte de la otra empresa, se pone en evidencia que ha aplicado precios superiores a los oficialmente establecidos por el Ayuntamiento en su contrato de concesión. En este punto conviene expresamente precisar que estas empresas, fuera de su actividad de servicio público de cementerios, realizan otros servicios que no constituyen servicios públicos sino actividades económicas funerarias, a las que no resulta de aplicación el contrato de concesión, y sí la normativa de Derecho privado. En los compromisos adquiridos por las partes en el convenio suscrito con el órgano de defensa de la competencia destaca el realizado por el Ayuntamiento de aprobar una Ordenanza fiscal de las tarifas para los distintos servicios públicos y la aprobación de un

Reglamento de funcionamiento del servicio donde se regule la utilización del cementerio municipal y los servicios funerarios adicionales. Asimismo antes de su aprobación el Ayuntamiento se compromete a remitir los proyectos normativos al Servicio de Defensa de la Competencia para que este se pueda pronunciar en un informe sobre la compatibilidad de los textos con la normativa de defensa de la competencia.

De un supuesto similar asimismo conoce el *Tribunal Superior de Justicia de Galicia en Sentencia de 23 de noviembre de 2015*, en el procedimiento 4715/2012, en el que se declara conforme a Derecho la sanción impuesta a la UTE Tanatorio municipal de Valga por unos hechos muy parecidos. En concreto se trata de una sanción impuesta a las citadas empresas concesionarias de la instalación, a la que se imputa haber abusado de su posición dominante, en la medida que impidió a otras empresas funerarias el acceso a las salas del tanatorio destinadas a velar a personas fallecidas. Con este comportamiento, según reconoce el tribunal, se está denegando el acceso a un servicio que ciertas empresas necesitan para desarrollar su actividad, lo que determina una clara restricción a la competencia.

En definitiva, en relación con las actividades empresariales liberalizadas del sector funerario, conectadas con el servicio público de cementerio, se puede claramente afirmar que resultan un sector especialmente conflictivo, en el que se multiplican los problemas en materia de defensa de la competencia, como se desprende del dato de que se hayan dictado tradicionalmente numerosas resoluciones en este ámbito por las Autoridades de Defensa de la Competencia. En muchas de ellas, como las anteriormente citadas, se ven afectadas las empresas concesionarias del servicio público (no liberalizado) de cementerio municipal, por cuanto tienden a obstaculizar la actividad económica de sus competidoras en el resto de los servicios funerarios liberalizados de distintas formas (principalmente limitando su acceso al servicio de cementerio, o dándolas un trato desigual y discriminatorio en el uso de dicho servicio). Asimismo en gran parte de las resoluciones recaídas en torno a esta materia ha sido relativamente frecuente la solicitud de terminación convencional en el curso del procedimiento (de 33 expedientes tramitados en este sector por las Autoridades de la Competencia durante los años 2009-2016, 11 han sido finalizados mediante terminación convencional, como pone de relieve F. MARCOS en <http://almacendederecho.org/terminacion-convencional-y-coordinacion-por-la-cnmc-de-las-autoridades-autonomicas/>).

En relación a este tipo de terminación convencional resulta de especial interés la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de enero de 2016, 423/2016*, que resuelve el recurso de la Dirección de Competencia contra la *Resolución de 14 de julio de 2014, R. 4/2014, Tanatorio As Burgas*, que finaliza por terminación convencional aceptando los compromisos propuestos por Tanatorio As Burgas, S. L. (sobre ella, *vid. el Anuario de Derecho Municipal*, 2014). Los compromisos propuestos en aquel momento consistieron en dar acceso al Tanatorio As Burgas y a otros, propiedad de esta compañía a cualquier empresa funeraria que lo solicitara, en condiciones objetivas, viables, transparentes, no discriminatorias e iguales. En ellos ade-

más se aclaraba que el acceso y utilización de su tanatorio no podía estar vinculado a la contratación de salas o de otros productos o servicios diferentes ni tampoco de la imposición del uso obligatorio o prioritario de los tanatorios de propiedad del concesionario. La Autoridad gallega de la competencia consideró que estos compromisos eran suficientes de acuerdo con la *Comunicación de la CNC de 28 de septiembre de 2011 sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores*. Estimó que resultan ejecutables y que asimismo era viable la vigilancia de su cumplimiento y efectividad. La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo que contra la citada Resolución de 14 de julio de 2014 de la Autoridad gallega interpuso la propia CNMC al considerar que no era conforme a Derecho la terminación convencional del procedimiento a la que se había llegado. En realidad se trataba de un conflicto (judicializado) entre Administraciones. La Autoridad Nacional alegaba para justificar la impugnación que en este caso la terminación convencional del expediente no valoraba ni garantizaba adecuadamente el interés público en presencia, ni resolvía los problemas de competencia. Por lo que se refiere al interés público, la CNMC entiende que la terminación convencional no era adecuada en este caso porque carecía de la fuerza disuasoria que tendría una sanción y porque además no resultaba ser la solución seguida por la propia Autoridad autonómica en expedientes similares (se citan la R. 3/2014, *Tanatorio Catoira*, R. 1/2012, *Tanatorio de Valga*). Sin embargo el TSJ de Galicia declara en la sentencia conforme a Derecho la resolución en la medida que la LDC permite acudir a esta solución, excluyendo la sanción en determinados supuestos si se cumplen ciertas condiciones, que según el TSJG se dan en este caso. Esto es así porque a su juicio, el interés público que debe inspirar el recurso a la terminación convencional no es otro que el de la protección de la libre competencia en el mercado de los servicios funerarios y no la tutela de los intereses particulares de las empresas en ese mercado.

IV. REQUISITOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DE LA INICIATIVA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. Procedimiento administrativo previo exigible para su ejercicio

Conforme se deriva de la *STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 2015*, JUR 2015/133668, la falta de tramitación del procedimiento previsto en el art. 86.1 LRBRL, esto es, de un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad para ejercer una actividad económica municipal, determina la nulidad de los acuerdos municipales adoptados para su prestación. En ese caso se trata de iniciar por parte del Ayuntamiento de Almería la actividad del servicio de tanatorio y crematorio. El Ayuntamiento ya venía prestando el servicio de cementerio (que por otra parte es en puridad un servicio público y no una actividad económica liberalizada, como sí lo son las de tanatorio y crematorio, conforme a lo previsto en el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica). Además solo para este tipo de actividades económicas (como la de velatorio) y no para las de servicio público, se requiere seguir el procedimiento regulado en el vigente art. 86.1 LRBRL.

Sobre este tipo de iniciativa municipal, puede leerse en el último año el artículo de F. GARCÍA RUBIO, «La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *REALA*, núm. 3.

V. MEDIDAS ADOPTADAS FRENTE A LOS MUNICIPIOS EN GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Por otra parte hay que dar cuenta de los recursos interpuestos por la CNMC contra las Ordenanzas del taxi de Málaga y Córdoba. La CNMC considera que restringen la competencia al perpetuar y reforzar el funcionamiento de un régimen de monopolio en la prestación de servicios de taxi. A juicio de esta Administración independiente estas normas reducen el bienestar de los ciudadanos. En este sentido hay que tener en cuenta que la CNMC dispone de la legitimación activa para impugnar ante los tribunales actos de las Administraciones públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley que sean contrarios a los principios de regulación económica eficiente o impliquen obstáculos a la competencia. Esta capacidad viene reconocida en el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y en el art. 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

Además, previamente a la interposición del recurso, el 23 de julio de 2015 la CNMC formuló un requerimiento previo a los Ayuntamientos de Málaga y de Córdoba para que modificaran o anularan las modificaciones que habían introducido en sus ordenanzas. Según la CNMC las principales restricciones que se han impugnado son las relativas a las restricciones cuantitativas a la entrada de taxis. La CNMC entiende en este sentido que los Ayuntamientos prohíben el acceso al mercado, restringiendo la libertad de empresa, al fijar el número máximo de licencias de taxi que pueden operar en los términos municipales. Según el organismo esta decisión limita la entrada, fracciona el mercado, reduce la disponibilidad y variedad de vehículos, aumenta el tiempo medio de espera, y limita la competencia entre los operadores. Asimismo considera contrario al ordenamiento jurídico las restricciones a la fijación libre del precio, en la medida que se impide a los operadores competir libremente en el precio de los servicios de taxi, en perjuicio de los usuarios. Por otro lado, considera que la participación de las asociaciones de titulares de licencias de taxi en las decisiones administrativas sobre el número de taxis o el nivel de los precios es un procedimiento administrativo que facilita procesos de captura del regulador y que los operadores se coordinen para evitar competir entre sí, perjudicando a los usuarios. Denuncia asimismo diversos requisitos injustificados sobre la organización de los operadores. Pone como ejemplo que se exija que el titular de una licencia sea una persona física o bien un miembro de una cooperativa, que solo pueda disponer de una licencia como máximo y que se dedique exclusivamente a la prestación de servicios de taxi. Asimismo considera que las Ordenanzas establecen requisitos injustificados relativos a la calidad y seguridad, tales como que el vehículo no tenga más de dos años de

antigüedad, entre otros. Todas estas restricciones, a juicio de la Autoridad Nacional de la Competencia, limitan la competencia efectiva, carecen de justificación económica, reducen el bienestar y no se consideran compatibles con el marco normativo de defensa y promoción de la competencia. En particular, los límites cuantitativos y la imposibilidad de competir en precio configuran un régimen de monopolio en los servicios de taxi que resulta muy costoso en términos de bienestar. A su juicio las restricciones no justificadas deberían ser eliminadas para facilitar el aprovechamiento de las nuevas innovaciones que se están originando en el sector, establecer un régimen de libertad de entrada y facilitar la libertad de precio en el mercado del taxi.

Al respecto de este tema es asimismo de imprescindible lectura el artículo del profesor G. DOMÉNECH PASCUAL sobre «La regulación de la economía colaborativa (el caso *Uber contra el taxi*)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núms. 175-176, pp. 61-104.