
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 defensa de la competencia.

Keywords: public services; economic activity; competition law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A NIVEL LOCAL: 1. Distinción entre servicio público e iniciativa económica a efectos de la aplicación o no de la legislación de Defensa de la Competencia. 2. La aplicación de la legislación de la competencia a la actividad administrativa de contratación. 3. Prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de los servicios funerarios. 4. Posibles prácticas restrictivas de la competencia en la actividad de cursos de idiomas ofrecidos por un ayuntamiento. 5. Prácticas restrictivas de la competencia en la actividad de celebración de ferias.—III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: 1. Doctrina científica y jurisprudencia constitucional. 2. La remunicipalización del servicio de aguas. 3. Inactividad local en la prestación del servicio público de suministro de agua a urbanización. 4. Servicio de gestión de residuos: requisitos que ha de cumplir la obligación establecida por Ordenanza local de entregar los residuos urbanos no domiciliarios a los sistemas municipales de gestión. 5. Formas de gestión de los servicios públicos: 5.1. Conflicto de intereses en el seno de una empresa mixta municipal de servicios funerarios. 5.2. Requisitos para adoptar un acuerdo de cambio de gestión del servicio público: de empresa municipal a empresa mixta. 5.3. La modificación de los Estatutos de una Mancomunidad ha de realizarse con la intervención de los Plenos de los ayuntamientos integrantes.—IV. INICIATIVA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: 1. Iniciativa económica local en materia de telecomunicaciones. 2. La venta de terrenos por empresa municipal no se incardina en la actividad de servicio público de gestión urbanística sino de actividad económica.—V. ACTIVIDAD DE FOMENTO: LAS AYUDAS LOCALES: 1. Sobre la legalidad de las subvenciones municipales otorgadas por la Diputación Foral e impugnadas por el Estado.—VI. ACTIVIDAD DE REGULACIÓN MUNICIPAL DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL: LAS ORDENANZAS DE TAXI.—VII. MEDIDAS ADOPTADAS FRENTE A LOS MUNICIPIOS EN GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: 1. Jurisprudencia constitucional y doctrina científica. 2. Reclamaciones e impugnaciones de la CNMC frente a los municipios en defensa de la LGUM.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del año 2017 el Tribunal Constitucional ha dictado nuevas sentencias sobre la LRSAL. En ellas se sigue la doctrina jurisprudencial ya elaborada en la medida que coincide el objeto de la impugnación con lo recurrido en los anteriores pronunciamientos. En estas nuevas sentencias se resuelven los recursos interpuestos tanto por diferentes órganos parlamentarios y de Gobierno autonómicos como por los propios municipios —en la vía del conflicto en defensa de la autonomía local—. Aquí haremos mención sucinta de ellas, en cuanto que su contenido en ocasiones se centra en disposiciones de la LRSAL relacionadas con la competencia para prestar servicios públicos y desarrollar actividades económicas locales.

Durante este año se han seguido adoptando diversas resoluciones e informes por parte de las distintas Autoridades de la Competencia que conciernen al ámbito local. De la Autoridad nacional, de la CNMC, proceden varios informes contra actuaciones y normas municipales que, en principio, resultan contrarias a la LGUM. También hay un cierto número de resoluciones de las Autoridades Autonómicas de la Competencia en las que se investiga a causa de denuncias por posibles o supuestas prácticas restrictivas de la competencia realizadas por los municipios o por sus empresas.

En 2017 también han recaído varias sentencias judiciales que tienen que ver con cuestiones relativas a la prestación de los servicios públicos, o que analizan el cierre de la competencia que se produce cuando un ayuntamiento opta por implantar una forma de gestión directa (remunicipalización). En esta línea es significativo reseñar que por fin se encuentra un pronunciamiento judicial en el que, frente a los casos anteriores fallados en los últimos años por los diferentes tribunales de justicia autonómicos, se considera válida la obligación establecida por Ordenanza de adherirse de forma obligatoria a los sistemas públicos de gestión de residuos urbanos. La razón por la que se declara conforme a Derecho la regulación de la Ordenanza local que dispone la obligación de las empresas productoras de residuos de vincularse al sistema municipal de recogida y tratamiento de residuos se fundamenta en que el expediente administrativo elaborado por el municipio cuenta con la suficiente y razonada motivación. En concreto se explica la opción que escoge el municipio en términos de mayor eficiencia tanto económica como medioambiental.

II. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A NIVEL LOCAL

1. Distinción entre servicio público e iniciativa económica a efectos de la aplicación o no de la legislación de Defensa de la Competencia

En relación con la aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia a los Gobiernos locales resulta muy didáctica la *STSJ de Castilla y León, de 3 de octubre de*

2017, *ap. rec. de apelación 0000360/2017 MPC*. En ella se resuelve la impugnación de un Auto judicial en el que se declara la no suspensión del acuerdo de un Pleno del ayuntamiento de remunicipalización de la gestión del servicio de aguas. En este pronunciamiento se lleva a cabo la aclaración de la distinción entre la municipalización de la prestación de un servicio público (art. 85 de la LRBRL) frente al desarrollo de la iniciativa pública municipal en la actividad económica (art. 86 de la LRBRL). Conforme a lo declarado en dicha sentencia, el marco jurídico actual, que se encuentra integrado en la normativa europea, la diferencia fundamental se encuentra entre *la iniciativa pública económica local*, sometida a las normas de la competencia, y *los servicios públicos* (reservados o no) que, si no se reservan, se pueden prestar en concurrencia con la actividad empresarial privada, pero no necesariamente en competencia con ella. Si se analiza esta distinción en el marco del Derecho europeo, se comprueba que este también permite diferenciar entre la actividad empresarial (pública o privada) sometida al cumplimiento de las normas de la competencia (art. 106.1 del TFUE) y la que no está sometida a las normas de competencia, que es la excepción y encuentra cobertura también expresamente en el art. 106.2 del TFUE. A estos efectos lo fundamental es que la *ley* declare la actividad como *servicio público o competencia municipal*, como es el caso del abastecimiento y depuración de aguas, porque esta declaración puede comportar, debido al interés público prevalente, el quedar exonerado de las normas de defensa de la competencia. Ello es así por aplicación de la excepción del art. 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que permite introducir restricciones a la libre competencia por parte de las Administraciones cuando están amparadas en la ley.

2. La aplicación de la legislación de la competencia a la actividad administrativa de contratación

La *STSJ de Andalucía, de 24 de mayo de 2017, rec. núm. 203/2016*, desestima el recurso interpuesto contra la decisión adoptada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 21 de diciembre de 2015. A través de la referida decisión se acuerda la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de actuaciones en el caso de una denuncia contra Lipasam, empresa pública municipal, en relación con su decisión de apertura de un procedimiento de contratación, con la consiguiente licitación y posterior adjudicación en favor de la empresa Biouniversal, S. L., del contrato de servicios denominado «Contratación del servicio de recogida selectiva de aceites usados municipales, domésticos, no peligrosos».

El órgano de la competencia autonómico considera que los hechos denunciados no presentan indicios racionales de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo, la recurrente sostenía que, como consecuencia del citado contrato, los productores de aceites usados debían entregar los residuos de aceite a la empresa adjudicataria del mismo. Ello comportaba el cierre del mercado de gestión de estos residuos, al resultar

excluidas todas las empresas asociadas a la entidad recurrente que hasta ese momento habían venido desarrollando como actividad empresarial la gestión de esos residuos de aceites. En definitiva, se impedía la competencia en el acceso al negocio de gestión de los aceites usados de cocina de todas aquellas empresas que no habrían resultado ser la adjudicataria final del contrato.

La opinión de la Autoridad de la Competencia en la que se fundamenta la desestimación de la denuncia es que Lipasam no le sería de aplicación la legislación de defensa de la competencia porque «estaría actuando como poder regulador y no como operador económico». En definitiva, estaría ejerciendo *ius imperii*, al desarrollar por gestión directa la prestación de un servicio de competencia del Ayuntamiento de Sevilla. Esto último lo sostiene en la medida que considera que el municipio es competente para su prestación en virtud de la legislación general sectorial aplicable a los entes locales y de la legislación sectorial de residuos, normativa especial en la materia. Con todo, el Tribunal declara que la condición jurídica del infractor en función de si actúa o no como operador económico, no constituye un factor determinante para apreciar la existencia de una infracción, sino que lo relevante es la incidencia real de su conducta en el mercado. Para el TSJ de Andalucía lo relevante es analizar si los hechos denunciados presentan indicios racionales de infracción de la LDC o no, una vez analizadas las conductas imputadas y las vulneraciones de la LDC (arts. 1, 2 y 3). En este supuesto llega a la conclusión de que no hay infracción de la legislación de la competencia.

En el caso enjuiciado también se pone de manifiesto que el procedimiento de contratación que terminó con la adjudicación del servicio de recogida de aceites usados procedentes de cocina a la entidad Biouniversal, S. L., fue recurrido ante el Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla. Este dictó Resolución de 12 de septiembre de 2013 en la que se desestimaron los recursos especiales en materia de contratación interpuestos directamente contra los Pliegos de Condiciones Técnicas y Administrativas de la contratación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos (expte. 59/13). Contra dicha resolución se interpuso en su momento recurso contencioso-administrativo, y se dictó sentencia por el propio TSJ de Andalucía de 30 de junio de 2015 que sí estimó el recurso por falta de motivación de la imposición obligatoria del sistema de recogida municipal frente al sistema de la gestión por los productores, al no justificar la mayor eficiencia y eficacia de aquel sistema.

3. Prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de los servicios funerarios

En la *Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla-La Mancha, de 13 de febrero de 2017, TDC/SAN/1/2017*, se acuerda la terminación convencional del procedimiento sancionador al amparo de lo establecido en el art. 52 LDC en relación con las conductas restrictivas de la Competencia seguidas por una empresa funeraria.

Esta empresa era concesionaria del velatorio municipal del Ayuntamiento de Macotera, titular de la infraestructura del velatoria. Las conductas consistían en discriminar a los clientes imponiéndoles precios diferentes a los servicios prestados en el velatorio y condiciones no equitativas. El contenido de los compromisos a los que el Tribunal llega con las partes en el procedimiento de terminación convencional consiste en que el ayuntamiento se obligue, en un plazo de seis meses, a aprobar una Ordenanza fiscal en la que fije las tarifas por la utilización de la sala del velatorio municipal y por todos los servicios que se oferten derivados de ese uso. Asimismo, se obliga la Corporación local a aprobar un Reglamento del funcionamiento que regule la utilización de las salas del velatorio y asegure la posibilidad de alquiler de estas en condiciones no restrictivas de la competencia, así como la libre entrada de productos.

Por el contrario, en la *Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, de 22 de junio de 2017, expte. TDC/SAN79/2017*, se concluye que no se aprecian prácticas restrictivas de la competencia a pesar de que la empresa concesionaria del velatorio municipal del Ayuntamiento de Lumbrales hubiera estado cobrando a los distintos operadores que solicitaban una sala, unos precios que no se correspondían con las tarifas municipales aprobadas. Conforme se constata en el expediente, que da lugar a la resolución, la aplicación incorrecta de esas tarifas habría sido realizada de forma generalizada. No habrían existido diferencias en el trato entre operadores o particulares, por lo que no se habría podido apreciar así que la mercantil denunciada haya abusado de su posición de dominio. No habría aplicado en sus relaciones comerciales o de servicios condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y por ello no puede decirse que exista una acción colusoria de la competencia. Ahora bien, el Tribunal de Defensa de la Competencia declara que puede tratarse de una práctica que bien pudiera vulnerar la normativa de protección del consumidor, y que podría considerarse como un posible incumplimiento de la normativa dispuesta por el ayuntamiento en el contrato de concesión. Por ello finalmente reconoce que, en aplicación el Reglamento regulador del velatorio municipal, al municipio, le correspondería ejercer, en su caso, la potestad sancionadora.

Sí se aprecia restricción de la competencia en la prestación de los servicios funerarios en la *Resolución de 27 de julio de 2017, expte. 64/2015, de la Autoridad Catalana de la Competencia*. Se trata de servicios que presta la empresa Penedés, junto con el Consorcio Sociosanitario de Vilafranca del Penedés —entidad que gestiona el centro sociosanitario Ricard Fortuny— y el Consorcio sanitario del Alt Penedés —entidad que gestiona el Hospital comarcal del Alt Penedés—. Se constata que durante años la empresa ha celebrado acuerdos colusorios con los Consorcios para obstaculizar la competencia en la actividad del transporte de difuntos desde el centro sociosanitario y el hospital hasta el municipio respectivo en el que se procedía a la inhumación. Por ello se les imponen multas y se obliga a los Consorcios a actualizar sus protocolos internos para que en caso de defunción informen a los familiares de los difuntos del principio de elección de empresa funeraria.

4. Posibles prácticas restrictivas de la competencia en la actividad de cursos de idiomas ofrecidos por un ayuntamiento

La *Resolución de 30 de marzo de 2017 del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, expte. 25/2014*, considera que la oferta de cursos de alemán que realiza el Ayuntamiento de Málaga no puede considerarse una práctica restrictiva de la competencia. Así lo declara pese a la denuncia presentada por una academia que imparte cursos del mismo idioma. Y esto lo sostiene, aunque la citada actividad se venía realizando desde el año 2012 a través de la celebración de contratos menores, que permitían contratar los cursos a medida que estos se iban impartiendo. Posteriormente el municipio acudió también a un procedimiento abierto de concurrencia competitiva.

En la citada Resolución se pone de manifiesto que el vigente art. 7 de la LRBRL permite asumir a los municipios competencias que no son propias ni delegadas a condición del cumplimiento de ciertos requisitos. Asimismo, en ella se afirma que se trata de unos cursos de idiomas con unas características específicas, como son la corta duración, el hecho de que estén dirigidos únicamente a jóvenes y que no permitan obtener un certificado con validez oficial. Todo ello le lleva a suponer que no tienen cabida dentro de lo que se califica como enseñanza reglada.

En definitiva, la Autoridad andaluza entiende que, aunque la actuación administrativa tenga por objeto satisfacer un interés público, no puede descartarse que pueda calificarse de actividad económica susceptible de ser revisada desde la óptica de la legislación de defensa de la competencia. Ahora bien, también insiste en que en ella no concurren los elementos esenciales del tipo infractor. Cabe resaltar, en relación con la posible infracción por competencia desleal, que la Autoridad señala la falta de intención predatoria de la conducta —esto es, la captación de clientes con una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores en el mercado—. Junto a ello, se aclara otra cuestión determinante y es que la conducta carece de la aptitud suficiente para afectar de modo significativo a la competencia. En definitiva, no tendría la envergadura suficiente como para suponer una afectación importante al interés público, teniendo en cuenta el número de plazas ofertadas, la escasa duración de los cursos y sus efectos.

5. Prácticas restrictivas de la competencia en la actividad de celebración de ferias

En relación con la celebración de ferias se adopta la *Resolución de 16 de febrero de 2017, expte. 63/2014, por parte de la Autoridad Catalana de la Competencia*. En ella se aprecia infracción de la legislación de defensa de la competencia por parte del Ayuntamiento de la Seu d'Urgell en la Feria de Sant Ermengol dedicada a la exposición y venta de vehículos de motor nuevos. En concreto, se declara que la normativa aprobada por el ayuntamiento reguladora los criterios para conseguir ser una empresa expositora en la fe-

ria —Ordenanza de la Feria de Sant Ermengol— resulta ser discriminatoria y restrictiva. En este sentido, en esta norma local se prohíbe la participación, en el espacio dedicado a la feria, de todas aquellas empresas que no pertenezcan a un concesionario oficial, o que no posean una autorización del comercial o representante de la marca de la zona, y además se les exige que tengan un establecimiento en dicho municipio y estar dada de alta al corriente del IAE en el mismo. Por todo ello en la resolución se acuerda, por medio de una terminación convencional, que el ayuntamiento se comprometa a modificar la Ordenanza y suprima tales requisitos, le dé publicidad al cambio normativo y se lo notifique obligatoriamente a todas las empresas que solicitaron participar en la feria.

En este mismo sector se adopta la *Resolución del Consejo andaluz de defensa de la competencia, de 5 de septiembre de 2017, expte. 03/2016*. En ella se declara la infracción de la legislación de defensa de la competencia por parte de la Asociación privada de empresarios feriantes de Andalucía, Ceuta y Melilla por llevar trece años aplicando criterios restrictivos de adjudicación de parcelas. Al mismo tiempo en la citada resolución se exonera a los Ayuntamientos de Sanlúcar de Barrameda y de San Fernando por falta de indicios inculpatorios, y se considera que en el caso del Ayuntamiento de Carmona la conducta habría resultado ilegal, pero estaría ya prescrita conforme al art. 68 LDC.

III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

1. Doctrina científica y jurisprudencia constitucional

En esta materia relativa a los servicios públicos locales, siguen apareciendo estudios sobre la remunicipalización, la apertura o no a la competencia en el ámbito de los servicios públicos locales y sobre los diversos problemas relativos a su gestión. El número monográfico de *Cuadernos de Derecho local*, núm. 43 de 2017, se volvió a centrar en la remunicipalización de los servicios públicos locales. Este número incluye los estudios de J. TORNOS MÁS, «La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», pp. 12-30; J. M.^a GIMENO FELIU, «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», pp. 31-78; J. MAURI MAJÓS, «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal», pp. 79-123, y A. COLOMÉ I NIN y S. GRAU I ARANAU, «Remunicipalización de servicios públicos locales y competencia», pp. 124 y ss. Entre los artículos publicados en el ámbito de la gestión de los servicios públicos se encuentran otro de J. TORNOS MÁS, «Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 7, pp. 103-114. En la misma revista puede también leerse el de F. J. VILLAR ROJAS sobre «Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales», pp. 5-18. Igualmente en este ámbito cabe citar a A. DE DIEGO GÓMEZ, «Relación entre el coste de los servicios y la planta local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*,

núm. 8, pp. 128-149. En esta misma materia pero en relación con el Derecho autonómico: Í. DEL GUAYO CASTIELLA, «Normas de gestión de los servicios públicos locales en la Ley núm. 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi», *Revista vasca de la Administración pública*, núm. 2 (ejemplar dedicado a: La Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi), pp. 301 y ss.

En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de servicios públicos locales resulta especialmente relevante parte del contenido de las *SSTC 44/2017 y 45/2017, de 27 de abril, y de las SSTC 54/2017, de 11 de mayo; 93/2017, de 6 de julio y 101/2017, de 20 de julio*. Se trata de recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL: el primero, interpuesto por más de 50 diputados, el segundo por el Parlamento andaluz, el tercero por el Parlamento catalán, y los últimos por parte del Gobierno catalán y del Gobierno canario, respectivamente. Todos ellos se fundan en la inconstitucionalidad de numerosos artículos de la LRSAL. Por lo que respecta al ámbito de la regulación de los servicios públicos, los preceptos de la LRSAL a este respecto impugnados, al haber sido ya parcialmente anulados en varias sentencias —en concreto en las *SSTC 41/2016, de 3 de marzo; 111/2016, de 9 de junio; 168/2016, de 6 de octubre; y 180/2016, de 20 de octubre*—, llevan a que los recursos pierdan de forma sobrevenida parte de su objeto. En este sentido es muy significativo recordar que había sido ya declarado inconstitucional y se habían anulado ciertos incisos del art. 26.2 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, en lo relativo «al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas» y «Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera»* [STC 111/2016, FJ 12.*d*]. Respecto de las demás cuestiones de este precepto, recuerda el Tribunal que en la *STC 111/2016, FJ 12.d*), se desestimó un motivo de impugnación formulado en idénticos términos (vulneración de la garantía constitucional de la autonomía municipal), por lo que se remite a ello. Lo mismo sucede en relación con el art. 57 *bis* de la *LBRL* y la *DA 16* de la *LBRL* [STC 111/2016, FJ 8.*ºf*]; la *DA 11, párrafo 3.º* de la *Ley 27/2013* [STC 41/2016, FJ 13.*c*]; las *DDTT 1.ª, 2.ª y 3.ª* de la *Ley 27/2013* [STC 41/2016, FJ 13.*c*] y los incisos «Decreto del órgano de gobierno de» y «El Órgano de Gobierno de», incluidos, respectivamente, en las *DDTT 4.ª3 y 11, párrafo 3.º*, de la *Ley 27/2013* [STC 41/2016, FFJJ 7.º*c*) y 8.º*b*)].

A fin de evitar reiteraciones innecesarias, el TC en las referidas sentencias da por reproducidos los fundamentos jurídicos que la *STC 41/2016* dedica a la presentación de la *Ley 27/2013* (FFJJ 2.º y 10) y al encuadramiento de la controversia competencial (FFJJ 3.º y 4.º), así como al significado de la garantía constitucional de la autonomía local y al alcance de las bases del régimen local, singularmente en lo relativo a la organización y las competencias locales (FFJJ 5.º y 9.º). También los fundamentos jurídicos de la *STC 111/2016* relativos a las competencias provinciales (FFJJ 11 y 12). Asimismo, recuerdan que la *STC 168/2016, FJ 3.ºb*), declaró, en consonancia con la *STC 31/2010, FFJJ 36 y 37*, que «una norma estatutaria de régimen local no puede funcionar como límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta

materia (art. 149.1.18 de la CE). Por ello, y en aplicación de su doctrina anterior las SSTC desestiman todos los motivos de inconstitucionalidad que los diferentes recursos basaban en la infracción de normas de Derecho local estatutario.

Igualmente, en las referidas sentencias se desestima la impugnación del art. 57.3 de la LRBRL (en la redacción dada por el art. 1.16 de la Ley 27/2013), que introduce una serie de limitaciones a la creación de consorcios que, según los recurrentes, no hallarían cobertura en el art. 149.1.18 de la CE y vulnerarían la autonomía local constitucionalmente garantizada. El fundamento para ello son las SSTC 41/2016, FJ 8.º, y 180/2016, FJ 7.º

Por lo que respecta a la impugnación del art. 86 de la LRBRL —que se realiza por primera vez en la STC 54/2017 (FJ 5.º), de 11 de mayo— el TC es muy claro a la hora de realizar ciertas consideraciones a la luz de la Constitución sobre la iniciativa económica reconocida a los entes locales. En síntesis, declara que la regulación de la misma no vulnera la autonomía constitucionalmente garantizada por el solo hecho de condicionar los términos en que los entes locales pueden crear y mantener empresas públicas. Descarta en ese sentido que el legislador no pueda limitar y condicionar esa iniciativa económica pública. En este punto considera que no resulta injustificado o desproporcionado exigir la ausencia de «riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal» y los requisitos formales asociados (justificación de aquella condición material que incluya un análisis de mercado sobre la oferta y la demanda existente, la rentabilidad y los efectos posibles de la actividad sobre la concurrencia empresarial). Sostiene que además de ese modo se dinamizan otros principios constitucionales, como la eficiencia (art. 31.2 de la CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 de la CE).

En la STC 54/2017 también se resuelve (FJ 6.º) la impugnación de la DA 9.ª de la LRBRL. En ella, como afirma la STC, se contienen normas «generales» destinadas a racionalizar la Administración instrumental de las Corporaciones locales. Se trata, en particular de una doble prohibición. Conforme a la primera, los entes instrumentales («organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes») adscritos o vinculados a (o dependientes de) las Corporaciones locales no pueden adquirir, constituir ni participar en la constitución de nuevos entes instrumentales. En consonancia con esta prohibición, las Corporaciones locales tienen la obligación de alterar el régimen de adscripción de las entidades instrumentales que estén efectivamente vinculadas a otras entidades instrumentales; todas las entidades de ese tipo han de depender directamente de la Corporación local. La otra prohibición consiste en que las Corporaciones locales no pueden adquirir, constituir ni participar con carácter general en la constitución de nuevos entes instrumentales durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Hay, por otro lado, una serie de medidas «coyunturales» asociadas a este régimen general. Tales medidas, en resumen, obligan a que, a determinada fecha, estén disueltas las entidades instrumentales que no se hallen adscritas o directamente vinculadas a las corporaciones locales, así como las que hayan sido incapaces de corregir su situación de desequilibrio financiero; de otro modo, la supresión se produce automáticamente por ministerio de la ley.

A este respecto la referida STC 54/2017 reconoce [FJ 6.º**b**] que, aunque las mencionadas «normas generales» imponen límites a la auto organización de las corporaciones locales y entran en ámbitos donde la legislación «ha de ser, en principio, autonómica» (STC 41/2016, FJ 5.º), ello está justificado. Y lo está en la medida que sirve a los principios constitucionales de eficiencia y economía (art. 31.2 de la CE), estabilidad presupuestaria (art. 135 de la CE) y control (art. 136 de la CE) y no impide el desarrollo de políticas propias por parte de las Comunidades Autónomas. Estas consideraciones se realizan teniendo en cuenta que, en relación a otras previsiones de la LRSAL, igualmente restrictivas de la capacidad de organización de los entes locales, se ha defendido lo mismo. En concreto, así lo hicieron sobre aquellas normas que limitan el objeto posible de las mancomunidades (DT 11 de la Ley 27/2013), o que configuran el consorcio como instrumento subsidiario de la fórmula convencional (art. 57 de la LBRL, en la redacción dada por el art. 1.16 de la Ley 27/2013) o caracterizan la gestión de los servicios públicos por la propia entidad local o mediante organismo autónomo como preferente respecto de la gestión realizada por entidad pública empresarial o sociedad mercantil local (art. 85.2 de la LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley 27/2013) [SSTC 41/2016, FFJJ 8.º**b**) y 14; y 180/2016, FJ 7.º]. En relación con la atribución a los órganos de gobierno de la competencia de adopción de las decisiones relativas a la creación y control de todas las entidades instrumentales, el TC (FJ 6.º) considera que la Ley 27/2013 se sitúa dentro de un ámbito normativo típicamente básico: el régimen de los órganos de gobierno forma parte de aquel «núcleo» de reglas necesariamente comunes y acabadamente establecidas en la legislación básica estatal por su directa conexión con el principio democrático [con cita de las STC 111/2016, FJ 8.º**b**) y *e*) y otras anteriores]. Consecuentemente, no se produce tampoco la denunciada vulneración de las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a las medidas «coyunturales» (DA 9.ª de la LBRL, apdos. 2 y 4), el TC reitera lo dispuesto en jurisprudencia anterior —la STC 41/2016, FFJJ 7.º**c**), 8.º**b**) y 11.º**c**)—, en relación con otros preceptos que preveían también la extinción de estructuras de diverso tipo (entes locales menores, mancomunidades, instrumentos de cooperación) ante el incumplimiento de determinadas obligaciones (presentación de cuentas, adaptación de sus estatutos a la Ley reguladora de las bases del régimen local, obligaciones de estabilidad presupuestaria). En síntesis, el TC viene a considerar que a través de ellos —tal y como ya se declaró en la STC 44/2017, FJ 3.º— se configura la supresión de ciertas organizaciones instrumentales como una consecuencia jurídica *ope legis* asociada al incumplimiento o como una potestad que pueden ejercer las Comunidades Autónomas o los propios entes locales, según los casos, una vez apreciado el señalado incumplimiento. A este respecto considera además que las obligaciones cuyo incumplimiento puede suponer la supresión de las entidades instrumentales «proviene de normas inequívocamente básicas: la que obliga a las corporaciones locales a asegurarse de que las entidades instrumentales dependan directamente de ellas y la que establece exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que derivan en última instancia del art. 135 de la CE y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Por último, resulta de especial interés la STC 107/2017, de 21 de septiembre, que es uno de los escasos recursos interpuestos contra una ley estatal por la vía del conflicto de defensa de la autonomía local y el primero formulado respecto de bases del régimen local y legislación estatal sobre haciendas locales. Se trata además de una acción que promovieron 3.393 municipios. En ella se recoge parte de la jurisprudencia anterior, y se hace especial referencia a las cuestiones invocadas por los recurrentes relativas a la constitucionalidad de subordinar la asunción de nuevos servicios con los límites del art. 7.4 de la LRBRL (FJ 3.º) y a la regulación contenida en el art. 26.2 de la LRBRL. Con respecto a este último precepto la STC 107/2017 (FJ 4.º), lo analiza tras la depuración realizada por la STC 111/2016, FJ 12.ª), y desestima la impugnación en cuanto que cualquier técnica de coordinación impuesta por la Diputación provincial o por la Comunidad Autónoma, para el caso de las Uniprovinciales, será asumida «de conformidad» con el municipio, salvo en los supuestos del art. 116 de la LRBRL, el cual no se impugna en el recurso a estos efectos.

2. La remunicipalización del servicio de aguas

Sobre la cuestión de la remunicipalización del servicio de abastecimiento y depuración de aguas del municipio de Valladolid se pronuncia la *STSJ de Castilla y León, de 3 de octubre de 2017*, ya citada, en la que se resuelve la impugnación de un auto que deniega la suspensión solicitada de los acuerdos de adopción de la forma de gestión directa, frente a la anterior forma de gestión indirecta del servicio. Es interesante destacar cómo en este pronunciamiento judicial se afirma de forma clara que la recurrente incurre en un error al impugnar la denegación de la suspensión de los acuerdos recurridos. Ello es así en la medida en que ya se han extinguido los contratos de concesión que vinculaban a la apelante con el ayuntamiento demandado, y por cuanto a través de la impugnación de la medida cautelar no se puede obtener el resultado que pretende, de mantenimiento de la gestión indirecta del servicio, ni a su favor, ni al de cualquier otra empresa. Asimismo, se entiende que tampoco se le crea una situación irreversible en atención a su condición de empresa dedicada a la gestión indirecta de los servicios municipales relacionados con el abastecimiento del agua a domicilio, saneamiento y depuración de aguas residuales. En este sentido, como también se indica en el auto apelado, de la normativa que resulta aplicable no cabe concluir en este momento —en el trámite de resolver una medida cautelar— que necesariamente el servicio público relacionado con la gestión integral del agua del municipio no pueda ser gestionado de forma directa. Por otro lado, tampoco se aprecia que la recurrente tenga derecho a exigir que el servicio mencionado se gestione de forma indirecta ni derecho a ser la adjudicataria correspondiente del mismo. No obstante, el cuestionamiento de «la remunicipalización» del servicio integral del ciclo del agua que anteriormente se estaba prestando mediante gestión indirecta, y de sus consecuencias, tanto de carácter laboral —con la consiguiente subrogación de los trabajadores— como procedimental —sobre si se ha seguido o no el procedimiento le-

galmente establecido—, son asuntos que precisan un enjuiciamiento detenido del fondo del asunto, que no cabe en ese proceso.

3. Inactividad local en la prestación del servicio público de suministro de agua a urbanización

En la *STSJ de Madrid, de 5 de julio de 2017, rec. de apelación 1091/2016*, ante la inactividad local en relación con la implantación del servicio público de suministro de agua se condena al ayuntamiento a instalar dicho servicio en el plazo de un año. Conforme a la sentencia apelada concurre un claro incumplimiento por parte del ayuntamiento de lo previsto en el art. 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que impone a los municipios la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable.

4. Servicio de gestión de residuos: requisitos que ha de cumplir la obligación establecida por Ordenanza local de entregar los residuos urbanos no domiciliarios a los sistemas municipales de gestión

En la *STSJ de Islas Baleares, de 13 de diciembre de 2017, rec. núm. 78/2016*, se declara la conformidad a derecho de la modificación de la Ordenanza del Ayuntamiento de Calvia para la recogida de residuos municipales y limpieza de espacios públicos de fecha 20 de octubre de 2015. En esta norma local se obliga a los productores de residuos comerciales no peligrosos y a los de residuos domésticos generados por las industrias a su adhesión a los servicios municipales de gestión de residuos. Esta Ordenanza municipal se dicta al amparo del vigente art. 12.5.c) de la LRSC —Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados—. Su impugnación está relacionada con una serie de problemas de idéntica índole que ya han sido referidos tanto en el *Informe de 2016* (p. 378), como en el *Informe de 2015 del Anuario de Derecho Municipal* (pp. 379-381). En todos los casos que han sido objeto de informe se pone de manifiesto como este precepto de la legislación sectorial en materia de residuos requiere que el establecimiento de la obligación relativa a la entrega de los residuos al sistema público local se funde en razones de mayor eficiencia y eficacia —económica y ambiental— en la gestión de los desechos. Esta obligación de incorporación al sistema municipal es regulada como una excepción en el régimen general estatuido en la legislación sectorial de residuos. En él la regla general es que la gestión de los desechos sea asumida por el propio productor, que puede optar por realizarla él mismo, o encargarla a una persona o entidad pública de recogida para su posterior tratamiento.

En el caso del que conoce la *STSJ de Islas Baleares*, la modificación de la Ordenanza local se lleva a cabo como consecuencia de un pronunciamiento judicial anterior emitido por la misma Sala en la *STSJ de 1 de junio de 2015*. Conforme al mismo se había

declarado parcialmente nula de pleno derecho la referida Ordenanza local. Específicamente se había anulado en parte al considerar que no existía suficiente motivación para fundamentar que se impusiera la obligación de adhesión al sistema público de gestión, con la consecuencia aparejada de impedir que los productores de residuos comerciales no peligrosos y de residuos domésticos generados por las industrias optasen por gestionarlos por sí mismos o por terceros. En otras palabras, el motivo en aquel momento de la estimación del recurso y de la declaración de la nulidad se debía a que no constaba en el expediente de tramitación de la Ordenanza, la motivación de los criterios «de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos» que justificasen la incorporación obligatoria. En cambio, posteriormente, con la modificación de la Ordenanza, la STSJ de 13 de diciembre de 2017 la declara válida porque el ayuntamiento incorpora al expediente dos nuevos informes y, en atención a ellos, queda acreditado que se producirá una mayor eficiencia ambiental si el servicio de recogida de desechos es asumido como responsabilidad municipal. En concreto, en los dos informes se justifica que el sistema de gestión de la empresa municipal es más eficiente porque: *a)* es más barato; *b)* garantiza más frecuencia de recogida de residuos, y *c)* con garantía de recogida con más fracciones. En ellos no se niega que un sistema de gestión privado pueda llegar a ser más barato, pero ello sería así, a costa de una menor frecuencia en el sistema de recogida de residuos y, desde luego, sin garantizar una recogida con más fracciones. El tribunal entiende (FD 3.º), en este sentido, que el factor económico no es el único a considerar y que es muy importante la eficiencia ambiental.

5. Formas de gestión de los servicios públicos

5.1. *Conflicto de intereses en el seno de una empresa mixta municipal de servicios funerarios*

En la *STSJ de Madrid, de 11 de octubre de 2017, rec. núm. 198/2.017*, se estima el recurso interpuesto por una empresa privada, integrada en otra de economía mixta, frente a un pronunciamiento judicial del tribunal de primera instancia en el que se consideró que la impugnación que tal empresa realizó de un acuerdo municipal resultaba inadmisibles por falta de legitimación activa. El caso es que, a juicio del TSJ de Madrid, al final quedan manifiestamente acreditados diferentes datos que conducen a ese resultado. En primer lugar, queda constancia de que la empresa privada pretende impugnar una resolución del Ayuntamiento de Madrid a la que se aquieta la destinataria inmediata de dicha resolución: la «Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S. A.». En segundo lugar, también queda claro que esta empresa mixta se halla participada mayoritariamente por el Ayuntamiento de Madrid y por la propia empresa privada que recurre. Esta última participa en un porcentaje del 49 por 100. Y en último lugar, también queda claro que la mencionada resolución impone importantes obligaciones económicas a la empresa privada con las que, legítimamente, no está de acuerdo. Resulta así que, a la vista de tales

singularidades, entiende el TSJ que la falta de legitimación activa de la misma no aparece, como exige la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, «de modo inequívoco y manifiesto», en orden a justificar la inadmisión del recurso contencioso al amparo del art. 51.1.b) de la Ley Jurisdiccional. Considera además el Tribunal Superior de Justicia que el criterio relativo a la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo, mantenido por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo respecto de las uniones temporales de empresas, no resulta aplicable porque nada tiene que ver con el caso analizado. En el supuesto interviene una empresa mixta en la que, a diferencia de tales uniones empresariales, puede producirse un conflicto de intereses entre las partes, pública y privada, que integran tal empresa mixta.

5.2. *Requisitos para adoptar un acuerdo de cambio de gestión del servicio público: de empresa municipal a empresa mixta*

Sobre el *quorum* que ha de concurrir en la adopción del acuerdo municipal por el que de forma extraordinaria se cambia la forma de gestión de un servicio público se pronuncia la *STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de octubre de 2018, rec. apelación núm. 136/2016*. En ella se apela la sentencia dictada previamente por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ciudad Real que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de A. En dicho acuerdo, y por la vía de urgencia, se aprobó adjudicar y seleccionar al socio privado que concurriría conjuntamente con el propio ayuntamiento para ampliar el capital y transformar la actual sociedad municipal Aguas de A. S. A., en una sociedad de economía mixta, dedicada la gestión indirecta de los servicios vinculados al ciclo integral del agua en ese y en varios municipios limítrofes.

En los fundamentos de la sentencia apelada se invocaba el art. 51 del Real Decreto Legislativo 781/86 y el art. 83 del Real Decreto 2568/86 para sostener que la mayoría que se debe exigir para introducir por la vía de urgencia un asunto que no estaba en el orden del día del Pleno Municipal celebrado es la mayoría simple y no la absoluta —lo que coincide con la postura municipal—. Asimismo, en la sentencia del Juzgado se consideraba suficientemente motivada la urgencia del caso debido a la grave situación económica en que se encontraba la existente Sociedad Municipal del Agua, que gestionaba tal servicio público, ya que, al entrar un socio privado, se evitaba la acumulación de pérdidas.

Por su parte, el TSJ, en la referida sentencia de octubre de 2017, estima el recurso por cuanto entiende que la mayoría necesaria para insertar un asunto, no incluido en el orden del día de una sesión plenaria ordinaria, por la vía de urgencia debe ser la mayoría absoluta y no la simple. Además de citar pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia en esta línea, la sentencia considera que los preceptos referidos imponen una exigencia de mayoría absoluta regulada en la LRBRL (art. 47) tras la modificación realizada por la Ley 57/2003.

5.3. *La modificación de los Estatutos de una Mancomunidad ha de realizarse con la intervención de los Plenos de los ayuntamientos integrantes*

La cuestión de si la modificación de las normas estatutarias que rigen una Mancomunidad de municipios debe estar sometida a la intervención de los Plenos de los ayuntamientos es lo que se dilucida en la *STSJ de Andalucía, de 17 de julio de 2017, rec. núm. 606/2014*. En ella, y ante el recurso interpuesto por varios municipios, se llega a la conclusión de que tal intervención se requiere. Ello es así, conforme al art. 44 de la Ley 7/1985, 2 de abril, e incluso aunque el art. 74 de la Ley 5/2010 sobre Autonomía Local de Andalucía no lo exija. Se entiende así que el que dicho requisito no se establezca en la Ley andaluza de régimen local vigente no impide que el mismo resulte imprescindible. En este sentido se afirma que la nueva legislación autonómica de régimen local no puede alterar las condiciones en que la voluntad de los representantes municipales fue emitida, al tratarse de un supuesto en que tal exigencia constaba en los estatutos. Esta interpretación es la que se sostiene en la citada STSJ andaluz de 17 de julio de 2017, sobre todo, teniendo en cuenta que la modificación estatutaria más bien, a juicio del tribunal, puede identificarse con la aprobación de nuevos estatutos. Ello se entiende así, en la medida en que con la citada modificación se procedió a constituir un nuevo órgano control de gobierno y representación, de especial relieve, como es la Asamblea General, y se adoptó un nuevo sistema de participación de los municipios que integran la comunidad, completamente distinto al anterior. Además, al mismo tiempo se estableció un ámbito objetivo de actuación, en concreto el relativo al ciclo integral del agua de uso urbano, y de gestión de los residuos, que amplió también de forma relevante el anteriormente dispuesto.

IV. INICIATIVA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. **Iniciativa económica local en materia de telecomunicaciones**

Según consta en el *Informe sobre Ayudas públicas de 2017 elaborado por la CNMC la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (en adelante, CNMC) emitió un *Informe el 21 de julio de 2016, IFP/DTSA/002/16*, en relación con el proyecto de despliegue de fibra óptica (FTTH) por parte del Ayuntamiento de Ascó (Tarragona) en su ámbito municipal. El informe respondía a la notificación por parte del citado ayuntamiento de su intención de iniciar la explotación de una red de fibra óptica (FTTH) con fondos públicos sobre la que se prestarían servicios de acceso a nivel mayorista y a su solicitud la inscripción como entidad en el Registro de operadores de la CNMC. Según la entidad local, la explotación de la red la realizaría cumpliendo con el *principio del inversor privado en una economía de mercado* (PIPEM) a través de un organismo autónomo local. Además de proceder a examinar el tipo de servicio, el plan de negocio, el organismo autónomo que se iba a emplear y el listado

de precios, la CNMC estudió si la explotación de la red cumplía con el PIPEM, en los términos previstos en la Circular 1/2010, de 15 de junio, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, o si, por el contrario, el proyecto era susceptible de distorsionar de forma significativa la competencia en el municipio afectado. Finalmente se concluyó que el proyecto no se ajustaba al PIPEM, pero al mismo tiempo tampoco era capaz de distorsionar de forma significativa la competencia. A este resultado se llegó teniendo en cuenta que: *i)* el municipio no tenía redes de banda ancha de nueva generación desplegadas, ni previsiones de despliegues por parte de operadores en los siguientes tres años; *ii)* en los municipios limítrofes la única actuación de despliegue de redes de alta velocidad se realizó directamente por el ayuntamiento en el municipio de Riba-roja d'Ebre; *iii)* se ofrecerían únicamente servicios de acceso mayorista —en línea con las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha—; *iv)* el importe de la ayuda se situaba por debajo de los parámetros establecidos en el Reglamento *de minimis*, y *v)* el nivel de precios propuesto para el alquiler de la fibra óptica era similar al precio vigente en un proyecto parecido desarrollado en el Municipio de Viladecans.

2. La venta de terrenos por empresa municipal no se incardina en la actividad de servicio público de gestión urbanística sino de actividad económica

En la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2017, rec. núm. 0000054/2015*, se considera que no hay prestación de servicios públicos de naturaleza urbanística y sí actividad económica, a efectos de sometimiento y liquidación del impuesto de sociedades, cuando una empresa pública, participada totalmente por el municipio, vende unos terrenos a una empresa privada. Al hilo de ello en la sentencia se reconoce que es posible, y tiene lugar habitualmente, que una empresa pública, de íntegra participación municipal o provincial, que preste como tal un servicio público de competencia local y de prestación obligatoria, genere rendimientos de naturaleza diversa. Entre ellos, algunos podrán acogerse, a la bonificación controvertida del impuesto de sociedades, en función de que exista una conexión directa e inmediata con la prestación de un servicio público. De hecho, en la sentencia no se enjuicia la conformidad o no a derecho de la actividad de la entidad, solamente se dilucida su idoneidad, a efectos fiscales, para generar rendimientos susceptibles de acogerse a la bonificación en la cuota del 99 por 100, cuando la actividad desarrollada se identifica con el ejercicio de una competencia pública. El tribunal considera que como tal no puede considerarse una compraventa privada de un terreno a un particular.

V. ACTIVIDAD DE FOMENTO: LAS AYUDAS LOCALES

1. Sobre la legalidad de las subvenciones municipales otorgadas por la Diputación Foral e impugnadas por el Estado

En relación con esta cuestión, que ya abordamos en el *Informe de 2016* (epígrafe V.1, p. 386), nos encontramos con una nueva *STSJ del País Vasco de 27 de 2017, rec. de apelación 333/2017*, que sigue en este sentido la misma solución mantenida por este tribunal en STSJ de 25 de enero de 2016, ya comentada en el citado Informe. En el mismo sentido se declara la legalidad de una subvención concedida por la Diputación Foral de Gipuzkoa a la asociación Gaindegia, constituida como observatorio para el desarrollo socioeconómico de Euskal Herria durante 2015. La razón por la que se desestima el recurso es porque en la medida que la subvención controvertida se haya prevista nominativamente en los Presupuestos de la entidad foral, ha de admitirse su concesión directa. De esta manera, la ayuda puede otorgarse sin que resulte necesaria la aprobación previa de un Plan Estratégico a que se refiere el art. 8.1 de la Ley 38/2003, de subvenciones; y sin que sea tampoco necesaria la convocatoria de un procedimiento de concurrencia para su otorgamiento con arreglo a las bases, también previamente aprobadas. Esto último también conforme al art. 22.2.a) de la misma Ley de subvenciones.

Tampoco la sentencia considera infringido el art. 13.2 de la Ley 38/2003 por el hecho de que no se haya acreditado en el expediente de concesión de la subvención que el beneficiario no se haya incurrido en ninguna de las situaciones previstas por ese precepto, porque además de haberse concedido directamente la ayuda a través de los Presupuestos de la Diputación, lo que tal artículo exige no es la acreditación «negativa» de las circunstancias a que el mismo se refiere, sino que prohíbe que se conceda la subvención a quien se hallare en cualquiera de ellas.

VI. ACTIVIDAD DE REGULACIÓN MUNICIPAL DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL: LAS ORDENANZAS DE TAXI

En relación con las Ordenanzas aprobadas en materia de taxi resultan de especial relevancia en varias *STSJ de Madrid —de 31 de octubre, rec. núm. 568/2014, y de 28 de noviembre, rec. núm. 566/2014, y de 17 de julio de 2017—*. En ellas se impugna la modificación de la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid reguladora del taxi, adoptada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 30 de julio de 2014, y publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid* de 13 de agosto de 2014.

El recurso interpuesto en la STJ de Madrid de 31 de octubre se fundamenta en tres cuestiones jurídico-materiales, que también contiene la STS de 28 de noviembre. La primera relativa a la ausencia de competencia municipal para la aprobación de tal modificación normativa. Las otras dos cuestiones versan sobre el régimen del descanso que

se dispone para los vehículos, y, por último, el diferente tratamiento jurídico entre los titulares de licencias para vehículos eurotaxi y para aquellos que no lo son.

Por lo que respecta a la cuestión competencial, en los recursos interpuestos los demandantes sostenían que el municipio de Madrid carecía de competencia para aprobar una norma en este ámbito, al haberse reducido las materias de competencia municipal tras la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local operada por la Ley 27/2013, de 27 de noviembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Es cierto en materia de transporte público las competencias que ha de reconocer el legislador sectorial, a tenor del art. 25.2 de la LRBRL, ya no se proyectan sobre el «transporte público urbano», sino que se ejercen sobre el «transporte colectivo de viajeros». En este sentido, se afirma por el TSJ de Madrid, siguiendo la jurisprudencia del TC —y en concreto, la STC 41/2016, de 3 de marzo—, que el Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas o prohibir que estas se desarrollen en el nivel local cuando tenga competencias en la materia o sector de que se trate [SSTC 214/1989, FJ 3.º *a*) y *b*); 159/2001, FJ 4.º, y 121/2012, FJ 7.º]. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle, sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137 y 141 de la CE), las bases del régimen local *ex* art. 149.1.18 de la CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. Ahora bien, también se reconoce que «las bases estatales pueden llegar a prefigurar específicamente el poder local en materias de competencia autonómica, pero solo para atribuir directamente competencias locales, si ello no supone «un obstáculo a las competencias que corresponden» a las Comunidades Autónomas (STC 214/1989, FJ 12), y para garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino. La configuración de ese núcleo homogéneo puede justificar la limitación de la autonomía, tanto de las Comunidades Autónomas (porque el Estado puede habilitar directamente la competencia local en materias de alcance autonómico) como de los propios entes locales (porque el Estado puede prever el servicio como obligatorio).

En el ámbito del transporte público objeto de regulación municipal, estas declaraciones le llevan a concluir que su exclusión parcial de la LRBRL —para todo aquello que no es transporte colectivo— significa que en determinados ámbitos el legislador básico ha dejado de ampliar el mínimo de autonomía local que garantiza la Constitución y, por tanto, que en ellos la Comunidad Autónoma o el legislador sectorial estatal pueden atribuir competencias propias municipales, aunque sin estar obligados a hacerlo «en todo caso». En este punto se recuerda que la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid es la que otorga a los municipios dicha competencia. Asimismo, en la STJ de Madrid se declara a este respecto que continúa vigente el Decreto de la Comunidad de Madrid 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo.

En relación con la impugnación que se refiere a la supresión de descansos y periodos vacacionales entre los titulares de las licencias establecido en la Ordenanza, las citadas

sentencias desestiman los recursos interpuestos por entender que dicho régimen no es contrario a la legislación laboral y de seguridad social. De forma que resulta disociable la titularidad de la licencia de quien realiza la conducción del vehículo afectado a dicha licencia. Ello permite que se implante un régimen jurídico específico referido a la titularidad de la licencia.

Por último, en relación con la cuestión relativa al tratamiento discriminatorio a favor de los vehículos eurotaxi, el tribunal reconoce, en las citadas Sentencias de 31 de octubre de 2017 y de 28 de noviembre de 2017, que la Ordenanza confiere un trato desigual con respecto a los titulares de licencias de autotaxi que tengan adscrito uno de los denominados vehículos eurotaxi respecto del resto de los titulares de licencia. Ahora bien, sostiene que el fin perseguido por dicho trato desigual es perfectamente lícito, pues pretende incrementar el número de vehículos eurotaxi a disposición de las personas con movilidad reducida que utilizan sillas de ruedas y precisan por ello taxis adaptados. La única medida tendente a incrementar la flota de taxis adaptados que prevé la modificación de la Ordenanza es la exoneración del régimen de descansos a los vehículos eurotaxi, sin tornar en consideración los perjuicios de tal medida para el resto de titulares de licencia de autotaxi. Ello no obsta a que el Tribunal declare que esta medida es proporcionada. A su juicio, el régimen de descanso diferenciado, que dispone que los vehículos eurotaxi queden exonerados del mismo, está plenamente justificado, dado que el art. 49 de la CE establece que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Además, la sentencia considera que el municipio tiene total autonomía para optar por esta medida de fomento indirecto y no establecer otras medidas de promoción más directa que pueden requerir una disponibilidad presupuestaria. Lo sostiene así, en la medida que pone de manifiesto que estas últimas medidas estarían sometidas a criterios de control del gasto. Se refiere a un tipo de ayudas como podrían ser el otorgamiento de subvenciones para la adquisición de los vehículos Eurotaxi —pues se requiere una mayor inversión en su compra e incluso en su adaptación—, o el establecimiento de ayudas económicas para los discapacitados en el uso del taxi. Esto se afirma en la sentencia, aunque también reconoce que este tipo de ayudas incrementarían automáticamente, sin duda, la demanda y harían más rentable la adquisición de este tipo de vehículos por parte de los profesionales.

En la STSJ de Madrid de 28 de noviembre, al igual que en la sentencia anterior de la misma Sala de 17 de julio, se impugna el establecimiento de la obligación de informar de la utilización del pago del taxi con tarjeta de crédito o débito. Considera el tribunal que no sería razonable que dicha información se le ofreciera en un momento posterior al que ya ha contratado el servicio y que es perfectamente válida esta regulación al no existir norma en contrario. Además recuerda en este sentido que el art. 18 de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid castiga como infracción grave, en su letra *b*),

el incumplimiento de las condiciones esenciales de la licencia, y que la misma norma legal considera condiciones esenciales de las licencias la siguiente: «La instalación del aparato lector de tarjetas de crédito, así como su utilización como medio de pago a requerimiento del usuario».

Igualmente, en dos de las sentencias del TSJ de Madrid ya citadas —la de 17 de julio y la de 28 de noviembre de 2017— se impugnan preceptos incluidos en la modificación de la Ordenanza en los que se utilizan los taxímetros como controladores horarios a fin de verificar cuánto tiempo ha sido objeto de uso en cada caso el correspondiente vehículo. En ambas sentencias se sostiene que cabe dicho control municipal. En ellas también se desestiman los recursos interpuestos, siguiendo asimismo jurisprudencia anterior de la misma Sala, cuando impugnan la regulación municipal relativa a la colocación del taxímetro. A este respecto se considera que la regulación relativa a su ubicación es un elemento externo a ese instrumento y no incide en su funcionalidad intrínseca, que sería el ámbito para el que el ayuntamiento no le correspondería ejercer competencias normativas. Por el contrario, sí se anula la Ordenanza en lo relativo al establecimiento de la obligación de carecer de antecedentes penales para obtener una licencia municipal de autotaxi. La declaración de nulidad de los preceptos correspondientes se basa en la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual el conocimiento de estos datos constituye una limitación al derecho a la intimidad, a la integridad moral, por lo que habría de estar previamente prevista en una norma con rango de ley, y la Ordenanza carece de cobertura en este punto.

Por otro lado, en la STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2017, ya citada, se afirma que el Ayuntamiento de Madrid tiene competencia no discutida para la concesión de las licencias de autotaxis, tanto las que permiten su titularidad como aquellas que permiten la conducción del vehículo. Asimismo, se sostiene que de dicha competencia se deriva la posibilidad de declarar su extinción. Para ello el tribunal se ampara en que dichas licencias tienen naturaleza subjetiva, o concerniente a la cualidad del sujeto, conforme al art. 9.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. También lo fundamenta en que, atendiendo al art. 16 del citado Reglamento, han de quedar sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación. Por último, también declara la referida Sentencia de 28 de noviembre que la exigencia establecida en la Ordenanza en relación con el color y distintivo que permite identificar a los vehículos, es plenamente ajustada a Derecho. Ello es así en la medida que el art. 25 del Decreto de la Comunidad de Madrid 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo, sirve de cobertura a la misma.

En general en las sentencias del TSJ de Madrid sobre la regulación municipal del taxi subyace una concepción de que no se está ante normas que incidan en la libertad de

establecimiento garantizada en el TFUE, sino ante la regulación de un servicio público impropio. Esto lo llegan a afirmar incluso expresamente.

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

1. Jurisprudencia constitucional y doctrina científica

En este ámbito resulta muy relevante la *STC 79/2017, de 22 de junio de 2017*, en la que se ha procedido a la anulación de los preceptos de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado que regulaban el «principio de eficacia en todo el territorio» nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las organizaciones jurídico-públicas donde el operador estuviera legalmente establecido. Para ello, según la sentencia, resulta preciso que exista una ley estatal que fije un estándar común que justifique el reconocimiento de supraterritorialidad de las decisiones de las Autoridades administraciones. También se ha declarado inconstitucional la suspensión automática de las disposiciones, actos o resoluciones cuando fueran recurridos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el nuevo proceso contencioso-administrativo especial introducido por la ley. Abordan el contenido de esta sentencia los siguientes trabajos doctrinales: J. M.^a SOUVIRÓN MORENILLA, «Garantía de la unidad de mercado y entropía del Estado autonómico», en J. C. LAGUNA DE PAZ, Í. SANZ RUBIALES, I. DE LOS MOZOS TOUYA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (coords.), *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, vol. 1, t. 1, 2017 (El ser de la Administración Pública), pp. 593-628; B. TRIANA REYES, «Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de unidad de mercado: STC 79/2017, de 22 de junio», *Actualidad administrativa*, núm. 11; J. GUILLÉN CARAMÉS, «La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado tras la STC de 22 de junio de 2017: la inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 933, pp. 14 y ss. También ha sido objeto de estudio en los comentarios de B. LOZANO CUTANDA e I. FERNÁNDEZ PUYOL, «Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la anulación de la “licencia única”», *Diario La Ley*, y por J. ORTEGA BERNARDO, «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado», en <http://almacenederecho.org/comentario-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-la-ley-unidad-mercado/>.

Posteriormente esta doctrina jurisprudencial es desarrollada en las *SSTC 110/2017 y 11/2017, de 5 de octubre*, comentadas asimismo por B. TRIANA REYES, «Ulteriores puntualizaciones a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de unidad de mercado: SSTC 110/2017 y 111/2017, de 5 de octubre», *Actualidad administrativa*, núm. 12.

2. Reclamaciones e impugnaciones de la CNMC frente a los municipios en defensa de la LGUM

Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha elaborado diferentes informes: *Informes de 5 de enero de 2017 (UM/175/16)*, *23 de enero de 2017 (UM/016/17)*, *6 de febrero de 2017 (UM/027/17)*, *18 de septiembre de 2017 (UM/126/17)*, *15 de noviembre de 2017 (UM/142/2017)*, e *Informes de 22 de noviembre (UM/139/2017 y UM/147/2017)* en relación con las reclamaciones presentadas, al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM). En todos ellos se reclama por la falta de consideración por parte de diferentes ayuntamientos (de los municipios Rafal, Teulada, Zalla, Manacor, Gijón, Azagra-Nafarroa y Berja, respectivamente) de los ingenieros civiles o de los ingenieros técnicos industriales como competentes para suscribir certificados de diferente índole. Se trata de certificados necesarios bien para la obtención de la segunda licencia de ocupación de vivienda, bien para la evaluación de edificios, bien para realizar un proyecto de demolición de edificaciones o incluso, en el caso de los ingenieros de minas —a los que se les deniega tal posibilidad—, para realizar un estudio geológico y geotécnico necesario para el proyecto de edificación de un nuevo campo de fútbol municipal. También hay supuestos en los que se impide la redacción y dirección de un proyecto de renovación de alumbrado público, en el caso de los ingenieros técnicos de telecomunicaciones porque se considera que los únicos competentes son los ingenieros industriales.

En estos informes sostiene la CNMC que la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones públicas para el desarrollo de una actividad concreta, como la exigencia de la titulación de arquitecto o arquitecto técnico para la expedición de certificaciones técnicas, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), así como del art. 4 de la Ley 40/2015, de Régimen jurídico del sector público. Entiende además que dicha clase restricción no resulta proporcionada ni justificada porque no se encuentra normalmente fundada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni queda justificada la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. En todo caso, y aunque en estos supuestos hubiera concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional, en la línea de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada, entre otras, las SSTJUE de 22 de enero (C-31/00) y 16 de mayo (C-232/99) de 2002. En estos informes se concluye recordando que en el caso de que la autoridad competente no rectificase su criterio, la Comisión estaría legitimada para interponer contra la actuación administrativa el recurso especial al que se refiere el art. 27 de la LGUM en relación con el art. 127 *bis* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y pedir su nulidad.

También resulta de especial relevancia el *Informe de 17 de enero de 2017 elaborado por la CNMC sobre las barreras al ejercicio de la actividad de alquiler de vehículo con conductor (VTC)* debido a restricciones impuestas en ciertas localidades (UM/145/17). En concreto, en determinados municipios —Córdoba, Granada, Madrid, Valencia, Palma de Mallorca y Barcelona—, la actividad de VTC, siendo de naturaleza similar a la de taxi (transporte discrecional de viajeros en vehículo de turismo), está sujeta a limitaciones que no se imponen a la de taxi. Se trata de disposiciones locales que facilitan el ejercicio de la actividad de taxi mediante al acceso a carriles o zonas de circulación restringida, así como el estacionamiento sin límite de duración que, o bien no están disponibles para el VTC, o se admiten con distinta intensidad. La Comisión concluye en el citado Informe que, pese a las diferencias entre la actividad de taxi y la de VTC, ambas pueden considerarse competidoras en el subsector de transporte discrecional de pasajeros en vehículos de turismo. En esa medida, toda ventaja al taxi, en particular en cuanto al acceso a carriles bus o zonas de circulación restringida, así como en cuanto a falta de limitaciones a la duración del estacionamiento, podría considerarse un límite a la actividad de VTC.

Igualmente resulta de interés el informe que la CNMC elabora a raíz de la reclamación presentada, al amparo del art. 26 LGUM, contra la imposición de un plazo mínimo de alojamiento de treinta y un días en residencias de estudiantes, colegios mayores universitarios y no universitarios, llevada a cabo por el Plan especial urbanístico del municipio del Barcelona. Considera que la referida exigencia resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad requeridos en el art. 5 LGUM. Son igualmente reseñables los informes emitidos por la CNMC de 10 de febrero de 2017 (UM/024/17), y el 17 de enero de 2017 (UM/006/2017), como respuesta a sendas reclamaciones realizadas con fundamento en el art. 26 de la LGUM por denegación de permisos municipales. El primero de ellos se elabora contra la denegación de la aprobación de un plan de despliegue de una red de comunicación electrónica en el municipio de Beniganim, solicitada por parte de un operador económico. Este operador solicitó la obtención del certificado por silencio administrativo positivo y el municipio rechazó su petición. A este respecto, la CNMC sostiene que tal exigencia resulta contraria a la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones y a la propia LGUM, porque solo se requiere como título administrativo de intervención una declaración responsable. En el segundo supuesto se trata de un dictamen relativo a una instalación de suministro de combustible para vehículos de automoción a la que se le ha denegado la licencia de obra. La denegación, a juicio del municipio, se basa en que la finca de uso industrial en la que se pretende realizar dicha actividad no tiene la consideración de parcela exenta —rodeada por red viaria o espacio libre—. A juicio de la CNMC, el Ayuntamiento del municipio de San Pedro de Alcántara, que es la autoridad competente, deberá expresar las razones imperiosas de interés general que llevan a denegar la licencia solicitada, pese a las previsiones del Real Decreto-ley 6/2000, que declara la compatibilidad del uso industrial con la instalación de actividades de suministro de combustible. Asimismo, le recuerda que también deberá explicar por qué tal denegación es necesaria y proporcionada, ya que a primera vista no resulta esto justificado.