

---

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

Julia ORTEGA BERNARDO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Profesora Titular (A.)  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Palabras clave:** servicios públicos; actividad económica; Derecho de la Unión europea; Directiva de servicios; Ordenanzas locales; Derecho de la competencia; tribunales autonómicos en materia de defensa de la competencia.

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

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS GOBIERNOS LOCALES: 1. La iniciativa económica municipal después de la aprobación de la LRSAL.—III. SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES: 1. Los servicios públicos locales después de la LRSAL: 1.1. La implantación de servicios públicos en las materias enunciadas en el art. 25.2 LRRL: la naturaleza y efectos de la lista. 1.2. La asunción de la coordinación de los servicios públicos y de la prestación de nuevos servicios por la Diputación provincial. 2. Formas de gestión de los servicios públicos municipales: 2.1. La racionalización de las estructuras organizativas locales. 2.2. La cooperación a través de consorcios. 2.3. La supresión de determinados monopolios locales.—IV. INTERVENCIÓN MUNICIPAL EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS: 1. La modificación introducida por la LRSAL. 2. La aplicación de la Ley de garantía de la Unidad de Mercado.—V. APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: 1. En el sector de los servicios funerarios. 2. Alcance de la aplicación del Derecho de la Competencia cuando se ejerce poder público.

## I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha supuesto un cambio significativo en el sistema de ordenación de las competencias locales (en su tipología, titularidad y en lo que respecta a su ámbito material), que comporta además modificaciones normativas en

la lista de los servicios públicos locales que obligatoriamente, atendiendo a su número de habitantes, han de prestar los municipios, así como en la forma de prestación de los mismos —esto último indefectiblemente por lo que se refiere a aquéllos con población inferior a 20.000 habitantes—. También se han incorporado cambios en lo relativo a las formas de gestión de su prestación, en la medida que la nueva legislación introduce asimismo nuevos criterios sobre el empleo de las estructuras organizativas de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, a fin de garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso. Al mismo tiempo la reforma ha pretendido favorecer la iniciativa económica privada por medio de la reducción de la intervención administrativa, lo que le ha llevado a introducir una mayor densidad legislativa en lo relativo al régimen de control normativo y administrativo en las actividades privadas y a añadir nuevas condiciones que hacen más gravoso el ejercicio de la iniciativa económica local (esto último ya se puso de manifiesto en el último *Informe de este Anuario de 2012*). Debido a la incuestionable repercusión de esta reforma legislativa del régimen local, este informe se centra en dar cuenta de las novedades que afectan al régimen de los servicios públicos locales y a la actividad económica, al hilo de ello se expone sintéticamente, y sin ánimo de exhaustividad, la valoración e interpretación que estas modificaciones han recibido durante 2013 y en el primer trimestre del año 2014 por varios autores e instituciones, claros exponentes de la comunidad jurídica.

También se hace referencia sucinta a la otra gran novedad legislativa del año, a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, por el significativo impacto que tiene sobre los poderes de regulación, control e inspección de las Entidades locales sobre la actividad económica de los particulares.

Como viene siendo ya habitual en este Informe, en el último epígrafe se da cuenta de cómo la actividad de los Gobiernos y Administraciones locales está sometida a los poderes de control, inspección y sanción que ejercen las autoridades de la competencia en su función de garantizar y promover el mantenimiento de la competencia efectiva de los mercados. A continuación se da cuenta de las resoluciones más importantes, dictadas a lo largo de 2013, por estos organismos (tanto del estatal como de los autonómicos) que versan sobre las distintas restricciones a la competencia que pueden originarse como consecuencia de las actuaciones locales. Una propuesta de construcción doctrinal y sistemática sobre estas cuestiones fue elaborada por quien escribe estas páginas en 2013 y publicada en la web de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) —actual Comisión Nacional de la Competencia y de los Mercados (CNMC)— (puede descargarse todavía en la siguiente dirección: (último acceso de 21 de marzo de 2013, <http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/Julia%20Ortega.pdf>).

En este ámbito hay que advertir también que en virtud de la *Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre*, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en

la *Ley 13/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (DA 1.<sup>a</sup>).

## II. INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS GOBIERNOS LOCALES

### 1. La iniciativa económica municipal después de la aprobación de la LRSAL

Con la entrada en vigor de la *Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, por la que se modifica la LRBRL*, la iniciativa de los municipios en la actividad económica, susceptible de ejercicio al amparo de lo previsto en el art. 128.2 de la CE, resulta visiblemente recortada. El nuevo art. 86.1 LRBRL dispone en este sentido que las Entidades locales pueden ejercer actividades económicas a condición de que esté garantizado el objetivo de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera en el ejercicio de sus competencias, de modo que se acredite en el expediente que se tramite, para justificar la conveniencia y oportunidad de la medida, que no se genera ningún riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal. Asimismo se requiere que en el referido expediente acreditativo se contenga un análisis de mercado, relativo a la oferta y demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. En estos términos, la modificación introducida no resulta criticable, pues —como ya se expuso en el *Informe del Anuario de 2012*, en relación con las medidas incorporadas al Anteproyecto de la LRSAL (en su versión de 18 de febrero de 2012)—, se trata de adecuarse al principio constitucional de estabilidad presupuestaria, previsto en el art. 135 CE, y atender, con el fin de valorar su oportunidad, a las razones económicas de interés general y a la afectación de los intereses privados de esa misma índole —que no se reputan expresamente como prevalentes—. En este sentido, se han eliminado otros condicionamientos a la misma que se habían barajado en los sucesivos borradores de la reforma (tales como que dicha iniciativa pública se supeditara a la prestación de los servicios mínimos con arreglo al coste estándar de ellos fijado por el Estado). Es posible que en su eliminación haya tenido que ver que resulte cada vez más visible la concepción de que la iniciativa empresarial de las Entidades locales se integra en el contenido protegido por la garantía constitucional de la autonomía local (art. 137 CE).

De hecho, en esta línea se ha pronunciado el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su *Dictamen 8/2014, de 27 de febrero, sobre la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* —que resulta preceptivo en esta Comunidad con anterioridad a la eventual interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma, conforme se dispone en el art. 76.3 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, del Estatuto de Cataluña—. En el FJ 14 del Dictamen el *Consell* declara que, a su juicio, es perfectamente admisible —desde el punto de vista jurídico-constitucional y estatutario— condicionar el ejercicio de la actividad económica local al cumplimiento

de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad y que es asimismo posible interpretar que la modificación introducida en el art. 86.1 LRBRL no impone en todo caso la subsidiariedad de la actividad empresarial municipal con respecto a la iniciativa privada.

Ahora bien, con arreglo al nuevo sistema de ordenación de competencias, el ejercicio de la iniciativa económica local allí donde tenga lugar puede que haya de reputarse como ejercicio de una competencia municipal «complementaria» o «propia-voluntaria» que ha de pasar a desarrollarse al amparo de la cláusula general de competencias que se dispone en el nuevo art. 7.4 LRBRL, que sirve ahora de fundamento a la asunción por parte de los municipios de competencias distintas de las propias (que, en puridad, son las atribuidas por Ley conforme a lo previsto en el art. 25.3 LRBRL) y de las asignadas por delegación conforme a lo establecido en el art. 27 LRBRL.

En relación con esta cláusula general de competencias se ha dicho —así R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Las competencias “municipales distintas de las propias”: Algunas pautas interpretativas ante un problema complejo», *Diario del Derecho Municipal. Estudios y Comentarios 2014*—, que con ella se plasma una nueva tipología de competencias que se reconoce a los municipios en sustitución de las competencias complementarias, ahora suprimidas y que se fundamentaban en el derogado art. 28 LRBRL de 1985. A su juicio el legislador estatal ha partido del equívoco de que los municipios ejercían un cúmulo de competencias impropias (lo que se observa claramente en el preámbulo) cuando ello realmente no era cierto. En su opinión se ha confundido la noción de «competencia impropia» con la de «actividades complementarias», cuando estas últimas sí que estaban recogidas expresamente en el art. 28 LRBRL, y, por consiguiente, disponían de un título jurídico para su ejercicio. Y además pone de relieve que estas actividades «complementarias» no eran propiamente hablando actividades «duplicadas», puesto que la LRBRL habilitaba a los Ayuntamientos para que desplegaran una serie de actividades adicionales sobre políticas públicas que podían ejercer otras Administraciones que, por los motivos que fueran, no alcanzaban o no tenían la intensidad suficiente para dar prestaciones necesarias a sus ciudadanos.

En definitiva, resulta muy claro que este tipo residual de competencias surge ante el vacío dejado por las modificaciones introducidas por la LRBRL, al redefinir y limitar la cláusula general de competencias del art. 25.1 LRBRL y eliminar las competencias complementarias previstas en el art. 28 LRBRL. Así, con el nuevo art. 7.4 LRBRL se sigue permitiendo ampliar la cartera de servicios que prestan los Ayuntamientos, y sigue siendo posible considerar a los Ayuntamientos como «descubridores de competencias» (según terminología acuñada por M. ZAFRA).

Si se considera que la iniciativa económica municipal que se desarrolle en un determinado sector de actividad se subsume en este nuevo art. 7.4 LRBRL entonces el ejercicio de una nueva y concreta actividad empresarial por parte del municipio estaría por ello igualmente sometido a las condiciones estipuladas en dicho precepto. Esto es, cabría entender que para poder asumir de ahora en adelante cualquier actividad económica

habría de verificarse, conforme a lo dispuesto en este apartado, además de que no se trate de una actividad riesgosa para la Hacienda municipal en su conjunto, que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea de la misma actividad por otra Administración pública. Estos requerimientos se traducen (*ex art. 7.4 LRBRL*) en la sujeción a nuevas modalidades de control de legalidad que consisten en el sometimiento por ese motivo a los dos informes previos que con carácter vinculante se han de emitir por parte de la Administración competente por razón de la materia y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera. Estos informes deberán incorporarse al expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad que se exige para la prestación de cualquier servicio local no previsto en una ley. De hecho, en cada municipio es necesario realizar una tarea interpretativa para saber, cuando se quiera implantar un nuevo servicio municipal, si cabe desarrollarlo como competencia propia —con fundamento en la ley y con arreglo a las determinaciones previstas en ella— o no cabe, a efectos de cumplir entonces con los informes que requiere el citado art. 7.4 LRBRL.

Por ello, para esclarecer los posibles interrogantes que plantea esta regulación del ejercicio de las competencias distintas a las propias, las organizaciones supramunicipales, Diputaciones provinciales y Comunidades Autónomas han comenzado a dictar directrices para procurar una aplicación uniforme de la legislación en este punto, con el fin de determinar en qué casos sería necesario iniciar este expediente, que incluiría los dos informes referidos, y para precisar también cuáles son los criterios básicos sobre los cuales se puede identificar la existencia de una ejecución simultánea del mismo servicio o una duplicidad. En esta línea, hay que citar, al menos, la *Circular de 11 de marzo de 2014, de la directora de Relaciones con las Administraciones Locales y de los Registros Administrativos del Gobierno Vasco, referente al sistema de ordenación de las competencias municipales y al régimen foral vasco tras la entrada en vigor de la LRSAL*. También en la Diputación provincial de Huesca, en Información y servicios: Área de Asesoría Jurídica, pueden encontrarse recomendaciones interpretativas sobre estas cuestiones en la *Primera circular informativa relativa a la LRSAL* (<http://www.dphuesca.es>, último acceso 17 de marzo de 2014).

Ahora bien, hay que entender que los condicionantes a los que se refiere el art. 7.4 LRBRL son exigibles a las nuevas competencias que se asuman, y no a las que vinieran ejerciéndose con fundamento en el art. 28 LRBRL (ahora derogado) y/o en la cláusula general de competencias del art. 25.1 LRBRL (que en su nueva redacción deja de serlo y se aplica exclusivamente en el marco de las competencias propias). Aunque sobre esta cuestión también hay opiniones divergentes. Así entiende que el régimen del art. 7.4 sólo se aplica a las «nuevas» competencias tanto la *Circular del Gobierno Vasco* ya referida (p. 5), como la *Circular de la Diputación provincial de Huesca* (p. 4). Lo mismo opina la *Fundación Democracia y Gobierno local* en su «Guía práctica sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local (LRSAL)», febrero 2014 (p. 33). También JIMÉNEZ ASENSIO lo ha interpretado así. La aplicación retroactiva de las previsiones del art. 7.4 LRBRL a situaciones preexistentes plantea objeciones formales (la propia literalidad del precepto) y materiales o estrictamente jurídicas —la supresión

de las competencias complementarias existentes se realizaría ya en todo caso cuando se pusiera en riesgo la propia sostenibilidad de la Hacienda municipal en los términos del art. 116 bis.2.a) LRBRL—. Asimismo hay que tener en cuenta que de interpretarse retroactivamente ello supondría la puesta en marcha de prácticas ineficientes, puesto que no resultaría ni viable económicamente ni razonable que todos los municipios solicitaran para cada una de las actividades complementarias que ejercen los mencionados informes preceptivos y vinculantes a los que se refiere el art. 7.4 LRBRL. Comportaría una sobrecarga excepcional por el aumento adicional de trabajo de los órganos competentes para emitirlos. A pesar de ello, éste es el criterio mantenido por los impulsores de la ley —así se expresa la *Nota Explicativa de la Reforma Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas de 5 de marzo de 2014*—. También lo sostiene la FEMP (Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial de la FEMP, «Requisitos para el ejercicio de competencias distintas de las propias y delegadas tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local»).

Por último, hay que advertir que si se califica una nueva actividad económica municipal como una competencia subsumible en esta cláusula general condicionada del art. 7.4 LRBRL, habría que plantearse también la posibilidad de considerar aplicable el art. 116 bis.2.a) LRBRL, de modo que si el municipio incumpliera los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública o la regla del gasto tendría que formular un plan económico-financiero, que incluiría entre sus medidas la supresión de dicha concreta iniciativa local («supresión de las competencias que ejerza la Entidad local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación»).

En todo caso conviene reseñar aquí las dudas que se han formulado sobre la constitucionalidad del art. 116 bis.2 LRBRL, que dispone el contenido mínimo que ha de encontrarse en el plan económico-financiero que han de formular las Entidades locales, con el fin de corregir las desviaciones en las que hayan incurrido en materia de déficit, deuda y/o regla del gasto. En concreto, M. MEDINA GUERRERO «La redefinición de las relaciones intergubernamentales», *¿Un nuevo modelo de Gobierno local? Municipios, diputaciones y Estado Autonómico*, Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2014, p. 78, considera que al tratarse de medidas adicionales y complementarias, aunque más específicas, que las fijadas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria, deberían haberse aprobado por ley orgánica. Lo mismo estima el *Consell de Garanties Estatutàries* en su Dictamen 8/2014. Considera que dada su conexión con el art. 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria (contenidos de los planes económicos-financieros de las Administraciones públicas), este precepto debería haberse adoptado conforme a lo previsto en el art. 135.5 CE.

### III. SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

#### 1. Los servicios públicos locales después de la LRSAL

##### 1.1. *La implantación de servicios públicos en las materias enunciadas en el art. 25.2 LRBRL: la naturaleza y efectos de la lista*

El art. 25.2 LRBRL, con la reforma introducida por la LRSAL, enumera las materias sobre las que los municipios deben ejercer sus competencias propias, conforme a lo que disponga la ley, la cual, además de determinar los términos en los que éstas se ejercen deberá previamente haber evaluado la conveniencia de la implantación de los servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera (art. 25.3 LRBRL), garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública (art. 25.5 LRBRL), lo que asimismo deberá ir acompañado de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad y eficiencia, y por la previsión los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades locales sin que pueda suponer un mayor gasto administrativo (art. 25.4 LRBRL).

Con la nueva enumeración del art. 25.2 LRBRL se reduce la lista de materias que hasta ahora eran objeto de estas competencias (suprime por ejemplo la materia genérica sobre «seguridad en lugares públicos»), se modifican algunas expresiones con la finalidad de precisar restrictivamente el ámbito objetivo material sobre el que se proyectan las competencias propias municipales (*v. gr.* la promoción y gestión de viviendas se delimita y restringe a partir de ahora a las de protección pública y con criterios de sostenibilidad financiera, el transporte público de viajeros se limita al transporte colectivo de viajeros), y, finalmente, en algunos casos en la lista se incorporan y especifican algunos ámbitos materiales concretos (así, dentro de la protección del medio ambiente urbano, se mencionan expresamente la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica). La lectura que ha realizado la Administración General del Estado de este apartado segundo del art. 25 LRBRL es que el mismo contiene una enumeración abierta de las competencias locales (así en la *Nota Explicativa de la Reforma Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas de 5 de marzo de 2014*, se dice textualmente que «Sin perjuicio de lo que puedan prever las leyes sectoriales estatales y autonómicas, el apartado 2 del art. 25.2 recoge las materias sobre las que pueden ejercer competencias propias los municipios»). Esta misma interpretación es la que mantiene R. JIMÉNEZ ASENSIO en su blog <http://www.estudiconsultoria.com/>, de 3 de marzo de 2014, cuando considera que el régimen jurídico de las competencias, en la redacción dada por la LRSAL, debe ser interpretado a la luz del sistema de distribución de competencias compartidas sobre régimen local entre Estado y Comunidades Autónomas, y que éste no ha sufrido ningún cambio, por lo que el listado de materias competenciales no es cerrado



ni tasado. No hay, por tanto, a su juicio, ningún impedimento a que el legislador sectorial, estatal y autonómico, pueda adicionar nuevas materias a las previstas en el citado art. 25.2 LRBRL. Por lo mismo puede interpretarse que tanto el legislador autonómico de régimen local, como incluso los propios Estatutos de Autonomía, que en ocasiones han reconocido ámbitos materiales a favor de las Corporaciones locales, distintos y adicionales a los previstos en la legislación básica estatal de régimen local ahora reformada, puedan aumentar el listado recogido en el art. 25.2 LRBRL.

Desde luego, la cuestión no está siendo en absoluto pacífica. No sigue esta interpretación la propia FEMP en los documentos publicados en su página web ([www.femp.es](http://www.femp.es)). Tampoco resulta ser ésta la opinión de la *Fundación Democracia y Gobierno Local*, en su *Guía práctica sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local (LRSAL)*, ya que, aunque expresa y claramente no se pronuncia en este sentido, lo cierto es que esto parece desprenderse cuando literalmente afirma en relación con las competencias provinciales lo siguiente: «Al no preverse en este art. 37 LRBRL un listado de competencias delegables a las Diputaciones provinciales por parte de las CCAA (al contrario de lo que ocurre con los municipios en el art. 27 LRBRL), cabe entender que esta regulación de mínimos de las competencias provinciales puede ser considerablemente ampliada por el legislador autonómico».

Por su parte, el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014 es de la opinión de que se trata de un listado cerrado y tasado de materias competenciales, lo que además es tachado de inconstitucional. En el FJ 6.º del Dictamen se afirma que se podría pensar que la lista de materias prevista en la LRBRL a favor de los municipios es una fórmula de carácter abierto, debido a la expresión que se contiene en el mismo de «en todo caso»; sin embargo, a juicio de este órgano, una interpretación sistemática de este precepto ofrece un resultado contrario. Conforme a ella la lista del art. 25.2 no es una regulación básica de mínimos, sino fijadora de un máximo competencial. Un análisis conjunto del art. 25 LRBRL y del art. 27 LRBRL (materias delegables por las Comunidades Autónomas y el Estado entre las que se incluyen algunas de las suprimidas del listado del art. 25.2 LRBRL), las disposiciones primera (traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de salud, en concreto, en la gestión de la atención primaria de la salud), segunda (traspaso de competencias a las Comunidades en relación con los servicios sociales y de promoción y reinserción social), y de la DA 11.<sup>a</sup> (transferencia también a las Comunidades Autónomas en relación con determinados servicios municipales de inspección sanitaria) hace posible constatar, a juicio del Consell, que la eliminación por ley del Estado de determinados ámbitos materiales del art. 25.2 LRBRL se corresponde con su automática atribución (llevada a cabo por la misma ley estatal) a las CCAA, lo que implica el desapoderamiento a las CCAA de la posibilidad de determinación legislativa de un núcleo adicional de competencias propias a los municipios en esas materias. Esta constatación le lleva a sacar dos conclusiones, que se mueven en dos planos distintos. Por un lado entiende que este traslado competencial ordenado por el Estado en la legislación básica es inconstitucional, puesto que sustrae competencias a los municipios para atribuírselas a las Comunidades, cuando tales ámbitos materiales (su desarrollo



y ejecución) corresponden estatutariamente a las Comunidades Autónomas. El vicio de inconstitucionalidad que se arguye en relación con ello consiste en disponer de las competencias autonómicas, sin fundamento jurídico para hacerlo, cuando además las propias Comunidades Autónomas han atribuido tales ámbitos materiales a los municipios, bien por la vía estatutaria, como en el caso de Cataluña, bien por medio de su legislación de régimen local o de la sectorial. También tacha de inconstitucional por este motivo esta regulación M. SALVADOR CRESPO, «El nuevo sistema de competencias de los entes locales: redefiniendo las relaciones intergubernamentales», *¿Un nuevo modelo de Gobierno local? Municipios, diputaciones y Estado Autonómico*, Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2014, p. 40. De esta misma opinión es M. ZAFRA VÍCTOR, «Doble inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Autonomía local», *¿Un nuevo modelo de Gobierno local? Municipios, diputaciones y Estado Autonómico*, Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2014, p. 25, quien afirma que se «está limitando el libre ejercicio de una competencia autonómica e imponiéndole unas condiciones restrictivas en la asignación de competencias a los municipios». Este autor piensa que con esta regulación, análogamente a lo que ocurriera con el supuesto de la LOAPA, «el legislador estatal cruza el umbral de las bases y se coloca como legislador de armonización toda vez que no delimita en negativo (señalando mínimos) las competencias autonómicas sino en positivo (fijando máximos)» o también cuando dice «la novedad (innovación) [...] radica en haber invertido los términos: el Estado garantiza que el mínimo reconocido como núcleo esencial a los municipios no será aumentado por las Comunidades Autónomas». En definitiva viene a afirmar (p. 34) que con el solo título competencial sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, el Estado no puede delimitar en positivo las competencias autonómicas y que debería seguir para ello el procedimiento del art. 150.3 CE.

Por otro lado (volviendo a las conclusiones del Consell) entiende el referido órgano consultivo catalán, que también se vulnera la garantía constitucional de la autonomía local, por sí misma, al suprimir competencias municipales del listado de materias anteriormente atribuidas. En la misma línea ZAFRA VÍCTOR, «Doble inconstitucionalidad del Proyecto...», *op. cit.*, p. 34, considera que al despojar casi al 90 por 100 de los municipios de la prestación de la casi totalidad de sus servicios mínimos se vacía de contenido la garantía constitucional de los arts. 137 y 140 CE.

Para finalizar, y poner un punto y aparte a la discusión de esta cuestión, ha de señalarse que, al menos para el caso del País Vasco —conforme a lo previsto en la DA 8.<sup>a</sup> de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en su nueva redacción dada por el núm. 4 del art. 2 de la LRSAL que literalmente menciona a las «instituciones vascas»—, se permite expresamente, por lo que respecta a su correspondiente ámbito competencial, atribuir competencias como propias a los municipios, con sujeción, en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LRRL. Por ello, atendiendo a esta disposición adicional —y salvo que por parte del legislador estatal se quisiera (y pudiera) establecer a partir de ahora un sistema de atribución de competencias (estatal-autonómico) que resultara «asimé-

trico» en su punto de partida, esto es, que el Estado dispusiera diferencias en el régimen de asignación de competencias municipales según qué Comunidades Autónomas, lo que fácilmente parece descartable—, resulta entonces que este dato del derecho positivo vigente permite entender que el listado de materias competenciales del art. 25.2 LRBRL no es exhaustivo y, por tanto, no impide que se atribuyan, bien por vía estatutaria, bien en la legislación autonómica (sectorial o de régimen local) nuevas materias y competencias a los municipios en aquellos ámbitos sectoriales de titularidad autonómica.

Por eso, más que un repliegue competencial, salvo en algunas materias en las que así se dispone expresamente [en las referidas a las DT 1.<sup>a</sup> —en relación con la atención primaria a la salud—, 2.<sup>a</sup> —servicios sociales, aunque en estos dos casos se prevé la posibilidad (apdo. 5 de las disposiciones) de que se mantenga la competencia municipal y el coste se realice con cargo a la Comunidad Autónoma—, y 3.<sup>a</sup> —servicios de inspección sanitaria—], la reforma va encaminada hacia una reformulación, en términos de sostenibilidad y eficiencia económica.

El problema que se suscita es cómo compaginar la pretensión del Estado, de testear y reformular con arreglo a estos principios de eficiencia económica y de razonabilidad en la gestión administrativa, todas las competencias locales asignadas a los municipios, —tanto cuando se trata de sumar competencias al mínimo básico establecido de forma menguante por el legislador estatal de régimen local, como cuando se trata de precisar legislativamente aquellas que resultan integradas en el listado básico de materias previsto en el art. 25.2 LRBRL—, con lo ordenado en la DT 2.<sup>a</sup> de la LRBRL, primer párrafo (conservación de las competencias municipales hasta tanto no disponga otra cosa la correspondiente legislación estatal y autonómica), que no ha sido modificada por la LRSAL, y el correspondiente principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos. Todo apunta a que esa pretensión quede en agua de borrajas, y que la evaluación por razones de eficiencia, y buena administración de las competencias que se asignan a los municipios dispuesta en los arts. 25.3, 4 y 5, lo sea con respecto a las leyes, del Estado y de las CCAA, que se aprueben en el futuro y no con respecto a las ya aprobadas —tanto a las leyes que atribuyen competencias referidas a las materias del art. 25.2 LRBRL, como a las restantes que se asumen adicionalmente conforme a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía, o en la legislación autonómica— de régimen local o sectorial. Esta interpretación que se sostiene aquí sobre que los municipios seguirán ejerciendo sus competencias con independencia de que se refieran o no a materias que figuran en el listado del art. 25.2 LRBRL en tanto que son atribuidas por la legislación sectorial en vigor y existe financiación para ellas es la que también sostiene y avala la citada *Circular de 11 de marzo de 2014, de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y de los Registros Administrativos del Gobierno Vasco* (p. 4).

Si tal financiación no existe, o se pone en riesgo la estabilidad de la Hacienda municipal, entonces sí se tendrían que aplicar los mecanismos dispuestos en el art. 116 bis.2 LRBRL que forman parte del contenido obligatorio del Plan de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera.

*1.2. La asunción de la coordinación de los servicios públicos y de la prestación de nuevos servicios por la Diputación provincial*

La regulación de los servicios públicos locales se ha visto también modificada de forma trascendental por la reforma de la LRBRL introducida por la LRSAL. En su nueva redacción el art. 26.1 LRBRL establece los servicios que, de manera obligatoria, deben prestar los municipios, atendiendo a factores demográficos —con la supresión para todos los municipios del servicio de control de alimentos y bebidas, del servicio de mercado en los demás de 5.000 habitantes y de la prestación de los servicios sociales en los municipios de menos de 20.000 habitantes, que constituyen la mayoría—. Asimismo en su apartado segundo este precepto regula las formas de intervención en la prestación de los servicios de recogida y tratamiento de residuos, abastecimiento de agua potable domicilio, tratamiento de aguas residuales, entre otros, con respecto a los municipios de menos de 20.000 habitantes, de la Diputación provincial, o entidad equivalente, principalmente para desempeñar la función de coordinarlos y reducir su coste efectivo. Esta coordinación no puede llevarse a cabo sin el acuerdo de los municipios afectados, y puede ser desarrollada a través de la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Pues bien, el problema es que la decisión última sobre la forma de prestación la realiza el MHAP sobre la propuesta de la Diputación y la propia conformidad de los municipios afectados, teniendo también en cuenta el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma, si es la Administración que ejerce la tutela financiera. Aun así, cualquier municipio con población inferior a 20.000 habitantes, puede llegar a asumir la prestación y coordinación de estos servicios cuando la Diputación considere acreditado que el referido Ente local puede desarrollar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente.

Para el cálculo del coste efectivo de los servicios el nuevo art. 116 ter LRBRL prevé que se tendrán en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios, conforme a los datos de la liquidación del presupuesto del ejercicio inmediatamente anterior y que la fórmula de cálculo se desarrollará por Orden del Ministerio de Hacienda. Hay que tener en cuenta que la Diputación Provincial tiene que realizar, en todo caso, el seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por «todos los» municipios de su Provincia y cuando detecte que son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración.

En este sentido conviene recordar que la utilización del criterio del coste efectivo en la reforma de la LRBRL proviene de que el Dictamen del Consejo de Estado (núm. 567/2013), de 26 de junio, pusiera serios reparos al coste estándar, que barajaron los diferentes Anteproyectos de la LRSAL (tanto por lo que respecta a la regulación de su establecimiento y determinación como por la posible vulneración de la autonomía municipal). A diferencia del coste estándar, el efectivo no es un parámetro previamente

fijado sino que calcula caso por caso, al tomar como referencia el resultado de aplicar unos costes directos e indirectos conforme a los criterios establecidos por orden ministerial. Se ha dicho que se trata de un parámetro menos incisivo que el coste estándar, pero también se le critica que supone llevar precariedad y provisionalidad a las competencias municipales para la prestación de servicios (así para M. ZAFRA VÍCTOR, «Doble inconstitucionalidad...», *op. cit.*, p. 15). Se ha afirmado —en síntesis de lo dicho por A. BOIX PALOP, «Tres notas explicativas sobre el sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: limitación de la autonomía local, recentralización y redefinición de los mercados de provisión de servicios locales», *Diario de Derecho Municipal*, 7 de enero de 2014—, que la reforma es un intento de modificar la forma de prestar los servicios públicos locales y aspira a crear mercados de ámbito provincial para la prestación de los servicios públicos, se presupone que con el incentivo de eliminar posibles focos de corrupción y de pura ineficiencia económica, al implantarse a partir de la reforma economías de escala —en relación con esto último cabría decir que la dispensa de los servicios públicos municipales a favor de una organización de estructura supramunicipal ya estaba prevista en el art. 26.2 LRBRL, si bien lo cierto era que este mecanismo se activaba por iniciativa del municipio afectado, sólo en los casos que él mismo adjudicara que no podía implantar el servicio obligatorio en cuestión—. Al respecto también se ha comentado que esta nueva regulación sobre la prestación de servicios tendrá consecuencias cualitativas, por cuanto no es lo mismo que se centralice la contratación de ciertos servicios a que lo hagan los Ayuntamientos individualmente. El tamaño y origen de las empresas que van a concursar no será el mismo en un caso y otro. Se piensa que esta centralización fomentará la prestación a través de una gestión más indirecta, y, por tanto, privada, en manos de empresas más grandes. Los economistas —se cita, en este sentido, frecuentemente los estudios de BEL, en este caso GERMÁ BEL (2013), «Local government size and efficiency in capital-intensive services: what evidence is there of economies of scale, density and scope?», *The Challenge of Local Government Size*, Edward Elgar—, han señalado que dependiendo de unos servicios u otros, tendrá más sentido un modelo u otro, pero no siempre la solución debe pasar por agregar territorialmente la prestación. En cualquier caso, BOIX PALOP pone de manifiesto que la solución final de la reforma legal aprobada va en la línea de no imponer sino fomentar o «forzar» el que cada vez más municipios pequeños decidan delegar en las Diputaciones provinciales más y más servicios. En principio, nada objeta a que así se haga si efectivamente hay mejoras en la eficiencia, al tiempo que reconoce los mecanismos ahora dispuestos con esta finalidad (publicidad y transparencia en el coste efectivo de cada servicio conforme al art. 116 ter 3 LRBRL) pueden ser útiles para detectar donde pueda lograrse.

Al respecto de esta regulación, el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014, sostiene (FJ 7.º) que, siguiendo la doctrina del TC hay que considerar la prestación de los servicios mínimos obligatorios como parte del núcleo esencial de la autonomía local, y que el dato de que en todo momento se exija la conformidad del municipio afectado cabe concluir que se respeta su capacidad decisoria. Ahora bien,

en cuanto a lo que respecta a la emisión de un informe por parte de la Comunidad Autónoma, entiende que tales previsiones exceden del contenido que materialmente ha de presentar una norma básica, por cuanto afectan a un aspecto de la organización de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en el ámbito de los servicios relacionados con los Entes locales. También califica de inconstitucional el apartado 2 del art. 26 LRBRL [y por conexión el art. 36.2.a) LRBRL, sobre el que se pronuncia en el FJ 9.º] cuando condiciona la posibilidad de volver a asumir la prestación de servicios por el municipio a que la Diputación provincial considere acreditado que él mismo puede prestar el servicio a un coste efectivo menor que el derivado de la forma de prestación propuesta por la Diputación, pues considera que esta condición no es exigible desde la perspectiva del cumplimiento de estrictos requisitos de sostenibilidad financiera. A su juicio, carece de justificación reducir la capacidad de cada municipio de adoptar las decisiones que crea más pertinentes para prestar sus servicios, así como que éstas se supediten a unos criterios económicos que derivan en un reforzamiento de la posición de las Diputaciones.

Para M. ZAFRA VÍCTOR («Doble inconstitucionalidad del Proyecto de Ley...», *op. cit.*, p. 23), no se explica bien una regulación dirigida a potenciar las economías de escala provinciales si, en última instancia, depende de la conformidad de cada municipio y la consiguiente complejidad de discriminar al prestación conjunta del servicio para algunos municipios y la asistencia singularizada a los municipios que no se sumaran a la prestación coordinada. Por su parte, L. E. FLÓREZ DOMÍNGUEZ, «El proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Novedades de la versión definitivamente aprobada (primera parte)», *Diario de Derecho Municipal*, Iustel (10 de septiembre de 2013) considera que la solución de atribuir al Ministerio facultades que no le pertenecen degrada la autonomía local a mínimos preocupantes.

En este sentido ZAFRA VÍCTOR, «Doble inconstitucionalidad...», *op. cit.*, p. 34, considera que la regulación de las competencias provinciales en el Proyecto incurre en una contradicción insalvable: simultáneamente se atribuye a la misma Entidad local competencia para asistir a la generalidad de los municipios de su provincia con baja capacidad de gestión —así en el art. 36 LRBRL se le asigna esta función de asistencia [art. 36.1.h) LRBRL] junto a una serie de nuevas funciones de carácter material [así en la letra e), los servicios de administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes]—, y, por la misma causa, baja capacidad de gestión municipal, se le atribuye, suplantando a los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, la directa prestación del servicio (art. 26.2 LRBRL).

Sin embargo, es de otra opinión M. MEDINA GUERRERO, «La redefinición...», *op. cit.*, p. 69, considera que tanto en el supuesto de coordinación de los servicios municipales como en el de asistencia en la prestación municipal de estos servicios el carácter voluntario de estas vías de intervención provincial permite entender que no hay una vulneración de la autonomía local. Entiende en este sentido MEDINA GUERRERO que, en realidad, «el art. 26.2 LRBRL no encierra sino un mecanismo más propiamente cooperativo,

en cuanto su proyección práctica depende de la aquiescencia del ente coordinado». Se diferenciarían así estos dos supuestos —que él considera complementarios pero a su vez también distintos—, de aquel otro previsto en el art. 116.3 bis LRRL, al que el propio art. 36.1.e) LRRL también se remite, en el que la coordinación de los servicios obligatorios se impone en todo caso, si bien se trata, conforme a la literalidad del precepto, de una medida que se adopta cuando los servicios presenten un carácter supramunicipal, y se tenga que formular un plan económico-financiero por incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública o de la regla del gasto.

En relación con esto, el último autor citado pone de manifiesto que la reforma de la LRRL atribuye a las Diputaciones un papel activo en el entramado institucional en materia de disciplina fiscal que resulta singularmente intenso en el caso de que las medidas tengan una dimensión supramunicipal, lo que significa, a su juicio, introducir en el ámbito de la tutela financiera, como tercer integrante a la institución provincial

## **2. Formas de gestión de los servicios públicos municipales**

En relación con las formas de gestión de los servicios públicos es necesario aludir al trabajo de H. VOLLMANN, «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?», *Cuadernos de Derecho local*, núm. 31, pp. 70-80, en el que se lleva a cabo un recorrido histórico de la gestión de los servicios públicos en los Estados europeos. En este estudio se pone de manifiesto cómo esta gestión ha pasado de las manos de los particulares al sector público (primero local y luego estatal), volviendo, después, otra vez a los particulares. No obstante, en los últimos años se pone de relieve que de nuevo hay un aumento del sector público, señaladamente del municipal. Esto es debido, a juicio del autor, a que se entiende que éste tiene una capacidad de gestión superior o, al menos, igual al sector privado, y a causa también de la preferencia «ética» otorgada por los ciudadanos a la gestión pública, pese a la resistencia de los gestores privados a abandonar el mercado y a la existencia de una nueva oleada de privatizaciones promovidas en los países del sur de Europa en el marco de la actual crisis económica y financiera.

### *2.1. La racionalización de las estructuras organizativas locales*

En relación con las formas de gestión de los servicios públicos municipales, como ya se puso de manifiesto en el Informe de la anualidad 2012, los objetivos de la reforma de la LRRL se dirigen a racionalizar la estructura organizativa de la Administración local, por lo que se pretende la revisión del conjunto de las entidades instrumentales del sector público local. En este marco se adoptan, en la DA 9.<sup>a</sup> LRRL, medidas que consisten en impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las Entidades locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste



(así, en el apartado primero). En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria, se exige (apdo. 2.º) su saneamiento a través de un plan de corrección, y en caso de que no se produzca, obliga a proceder a su disolución (con fecha tope a 1 de diciembre de 2015, salvo en el caso de ciertos servicios esenciales). Asimismo se prohíbe (apdo. 3), por razones de eficiencia y de racionalidad económica, crear organizaciones instrumentales de «segundo nivel», esto es, que se encuentren a su vez dirigidas o creadas por otras organizaciones que hayan constituido las Entidades locales, y se obliga a disolver las existentes.

En relación con ellas, el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014 considera que la disolución automática de estas entidades vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma, por cuanto impiden su participación y tienen una eficacia ejecutiva directa, y exceden con ello la competencia legislativa del Estado otorgada por el art. 149.1.18 CE.

Asimismo, el art. 85.2 LRBRL antes de enumerar la distintas formas de prestación de los servicios públicos —gestión directa (por la propia Entidad local, por organismo autónomo local, por entidad pública empresarial y por sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública) e indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicio público— impone que se opte por la forma más sostenible y eficiente. Asimismo se somete el empleo de las formas en las que se produce aplicación del derecho privado a que la sostenibilidad y eficiencia con respecto a las otras formas de gestión directa (al amparo del derecho público) quede acreditada por medio de una memoria justificativa, en cuyo expediente han de constar los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recibido (específicamente el informe del interventor local de acuerdo con lo previsto en el art. 4 LEPSF), los cuales han de ser igualmente publicados. A este respecto A. BOIX PALOP, «Tres notas explicativas sobre el sentido...», *op. cit.*, critica que para que se pueda optar por ciertas modalidades de prestación directa de los servicios públicos locales se exija esta memoria y que se exima de este requisito cuando la opción elegida es la gestión indirecta. La crítica concretamente de la evidencia empírica —que se extrae del Informe realizado por el Tribunal de Cuentas de fiscalización de servicios públicos locales sobre el ejercicio 2010, en el que se constata que se ha producido una generalizada situación de sobrecoste en los casos de servicios prestados por empresas privadas en comparación con los servicios homologables prestados por Ayuntamientos en forma de gestión directa—.

Esta nueva regulación de las formas de gestión de los servicios públicos se reputa conforme a la CE por el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014 (FJ 13), por cuanto a su juicio cumple con la doctrina constitucional formulada en la STC 143/2013, de 11 de julio, en el sentido de que se ajusta plenamente a los principios generales de gestión financiera dispuestos en el art. 31.2 CE.

En relación con una concreta forma de gestión de los servicios públicos locales, la de las sociedades mercantiles locales, damos cuenta aquí de la publicación de la monografía sobre «El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades



Mercantiles Locales», de la que son autoras las profesoras M. DOMÍNGUEZ MARTÍN y B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, que contiene un completo estudio teórico y práctico sobre los principales elementos de su régimen jurídico actual, tanto sobre las cuestiones organizativas, sobre como las referidas al ámbito de la contratación.

## 2.2. *La cooperación a través de consorcios*

La constitución de consorcios, prevista asimismo como una forma de cooperación económica, técnica y administrativa entre los municipios y la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas se prevé en el art. 57 LRBRL, que la configura como una opción subsidiaria, que sólo puede emplearse cuando no pueda formalizarse la cooperación interadministrativa a través de un convenio. Asimismo se supedita a que con ello se permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. Esta nueva regulación del régimen de los consorcios contenida en la LRBRL es criticada por el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014, en su FJ 11, que considera que se trata, en síntesis, de exigencias demasiado gravosas.

En relación con la constitución de convenios, la Comisión Nacional de la Competencia se manifestó especialmente crítica en su Informe de 13 de marzo de 2013, *IPN 88/13, al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, en el que se proponía el empleo excepcional de este instrumento, por cuanto podría resultar perjudicial para la competencia, al no existir posibilidades de ofertas alternativas, y, con ello, inconveniente para la prestación eficiente del servicio en sí. Las razones que aduce para ello son la insuficiente publicidad, aunque sus críticas van dirigidas más bien a los supuestos en los que la actividad convencional se realiza con operadores privados, y no cuando tiene exclusivamente lugar en el marco de las relaciones interadministrativas —objeto de regulación por el art. 57 LRBRL—.

## 2.3. *La supresión de determinados monopolios locales*

En la nueva redacción del art. 86.3 LRBRL se han eliminado determinados servicios que anteriormente se encontraban desde 1985 en la lista de los reservados a favor de las Entidades locales por esta norma legal —en cumplimiento del mandato de reserva de ley para implantar tal exclusión de la competencia en el mercado en el ámbito de los servicios esenciales establecido en el art. 128.2 CE—. Concretamente se trata de los servicios de suministro de calefacción y mataderos y del servicio de «mercados y lonjas centrales». Esta supresión modifica y reduce el ámbito material sobre el que se proyecta la citada reserva.

En este sentido la Comisión nacional de la competencia ha valorado positivamente la eliminación de estas reservas locales en su, ya citado, Informe de 13 de marzo de 2013, *IPN 88/13, al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Admi-*

nistración local. Como ya se puso de manifiesto (en el *Informe del Anuario municipal de 2012*, pp. 352-354), la eliminación del servicio de «mercados y lonjas centrales» está en línea con lo propuesto en el *Informe de 9 de enero de 2013*, elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia con base en el art. 26.1 LDC, *sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino*, en el que se recomendaba expresamente al Gobierno la supresión de los mercados centrales de abastos de la lista de actividades reservadas a los municipios. En este informe se declaró que esta reserva carecía de justificación suficiente, ante el dato de que habían aparecido canales alternativos que abastecían a la población local de productos frescos y de primera necesidad. En el referido Informe de la CNC se ponía asimismo de relieve que, aunque el modelo de explotación centralizada podía generar eficiencias derivadas de la coordinación y de la estabilidad de las actividades realizadas a través de un solo mercado mayorista (o Merca) como centro de contratación al por mayor, resultaba igualmente evidente que, en términos generales desincentivaba la competencia entre los diferentes Mercas, entre los mayoristas en destino, y sobre los demás operadores económicos que intervenían en la distribución de productos hasta su consumo final.

#### IV. INTERVENCIÓN MUNICIPAL EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS

##### 1. La modificación introducida por la LRSAL

En relación con la intervención municipal en las actividades económicas privadas es de especial relevancia la modificación del art. 84 bis LBRL que pasa a detallar con más precisión en qué supuestos puede exigirse por el Ayuntamiento licencia u otro medio de control preventivo para el ejercicio de una actividad (al igual que en la redacción anterior de este artículo), y se parte de la regla general de no someter a licencia previa el ejercicio de actividades. La nueva redacción describe con más rigor los supuestos en los que sí podrá exigirse licencia o cualquier otro medio de control preventivo, en términos muy similares a los supuestos que establece la reciente Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Se podrá exigir licencia, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, o protección del medio ambiente, o por razones de escasez de recursos naturales, dominio público, o en función de la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas o cuando el número de operadores económicos sea limitado.

Las instalaciones o infraestructuras físicas sólo se someterán a autorización cuando sean susceptibles de generar daños en el medio ambiente, entorno urbano, seguridad, salud pública y patrimonio histórico artístico. Este artículo recoge un listado no taxativo de características de las instalaciones que permitiría evaluar la necesidad de exigir licen-

cía o control previo, como por ejemplo, la potencia eléctrica de la instalación, su aforo o la contaminación acústica que pudiera producir la instalación.

## **2. La aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado**

En este ámbito resulta especialmente relevante la aprobación y entrada en vigor de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado. En virtud de esta ley no resulta aplicable a la regulación de los requisitos de acceso y ejercicio a una actividad privada económica, la del municipio en el que se realiza dicha actividad, sino la normativa —autonómica y local— vigente y aprobada en el municipio de origen, en el que se haya establecido por primera vez la actividad. Con arreglo a esta norma se dota de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones tomadas por la autoridad competente de origen. El principio de eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de dicha de autoridad supone, como expresamente se declara en su Exposición de motivos, el reconocimiento implícito de actuaciones de las autoridades competentes de otras Administraciones públicas, distintas a aquellas del lugar donde se realiza la actividad.

Hay que tener en cuenta que el ámbito de aplicación de esta Ley se extiende a todas las actividades económicas, y no sólo a las organizadas empresarialmente. La novedad central de esta legislación radica, por tanto, no en garantizar la unidad del mercado en el territorio español estableciendo un régimen jurídico básico sobre las actividades económicas (basado en los principios de necesidad y proporcionalidad en la regulación de los requisitos de acceso y ejercicio de la actividad), que garantizase la igualdad en el ejercicio de estas actividades, sino que con ella se implanta el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa y de su ejecución y regulación por la Administración del territorio de establecimiento de la actividad, que prevalecen en su aplicación frente a los medios establecidos y ejercidos por las demás. Recoge la orientación inicial de la Directiva 2006/123, en la que se barajó la imposición de dicho principio. Esto no lleva a la supresión de divergencias normativas en la regulación de las actividades económicas salvo que resultasen necesarias y desproporcionadas —lo que ya se ha conseguido, al menos en parte, con la legislación que transpone de la Directiva de servicios, para el ámbito de las actividades de servicios—, sino a una concurrencia y competencia entre marcos regulatorios de las distintas Comunidades Autónomas y municipios, que comportará previsiblemente que las actividades económicas se vayan a establecer en aquellos lugares donde el modelo regulatorio aplicable haya resultado más eficiente, por menos gravoso y en el que los procedimientos se hayan simplificado, al haberse eliminado regulaciones innecesarias. Se incentiva, en definitiva, que se localicen las empresas en los territorios con menor regulación o con aquella más favorable a su actividad económica, en los que se exijan menos requisitos para su desarrollo. Se evitarán así las normas de establecimiento de aquellas Comunidades y municipios que resulten más onerosos para las empresas y para la actividad económica en cuanto a tal. Con ello se está promoviendo

que los distintos Gobiernos y Administraciones incrementen su calidad normativa, al tiempo que se compagina y admite la diversidad regulatoria, pues lo que se activa es el principio de eficacia nacional de las decisiones regulativas y ejecutivas que se adoptan por la Administración local y autonómica del territorio de origen, principio que se basa asimismo en el de mutuo reconocimiento y parte de la confianza mutua.

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

En este ámbito hay que hacer especial mención de la publicación en 2013 del *Informe de la CNC sobre la Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012*. Este Informe incorpora la información que ha sido presentada al Consejo de Defensa de la Competencia durante los últimos cinco años (2008-2012) y pone en conocimiento del público cuál ha sido la evolución en la aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero por las distintas autoridades de la competencia de las Comunidades. Resulta especialmente relevante el dato de que en la actualidad la gran mayoría de las CCAA han asumido y ejercen funciones en materia de competencia, conforme a lo previsto en la propia Ley 1/2002, de coordinación de competencias inter-administrativas en este ámbito.

### 1. En el sector de los servicios funerarios

Que la prestación de los servicios funerarios sigue siendo una fuente de conflicto lo pone de manifiesto la *Resolución de 4 de octubre de 2013 de la CNC* (SAMAD/12/10, Tanatorios Coslada) en la que se sanciona a una empresa, concesionaria del servicio público municipal de gestión y explotación del tanatorio de Coslada, que se niega a permitir el uso de las instalaciones de esta infraestructura, a personas que hayan contratado los servicios de empresas que no tuvieran licencia otorgada en el término municipal. El dato de que en este caso se trate de una resolución de la Comisión Nacional, no puede hacernos interpretar que se trate de una conducta que alteraba la competencia fuera del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Lo que sucede en este supuesto, es que la Autoridad de defensa de la competencia fue suprimida por el art. 9 de la Ley madrileña 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. De esta forma, en esta Comunidad Autónoma se cuenta con un Servicio de la Competencia, que se encarga exclusivamente de la instrucción de los expedientes, mientras que su resolución resulta competencia de la CNC.

Entre las resoluciones dictadas por los organismos de defensa de la Competencia sobre este servicio municipal destaca la *Resolución dictada por la Autoridad catalana de Defensa de la competencia de 25 de febrero de 2013* en la que se impone una sanción al

Ayuntamiento de Solsona, por incumplimiento de la *Resolución de esta misma Autoridad de 30 de septiembre de 2010*, de terminación convencional del expediente núm. 13/2009, declarado por la *Resolución de 17 de julio de 2012* (Resolución expediente núm. I 3/2012, Ayuntamiento de Solsona —reseñadas respectivamente en el correlativo *Informe del Anuario de Derecho municipal 2010*, pp. 409-410, y en el de 2012, p. 360—, que se basaba en el hecho acreditado de que si bien el Ayuntamiento de Solsona había cumplido de manera satisfactoria con ciertos compromisos, en cuanto que había modificado el contenido de la Ordenanza que regulaba la actividad de servicios funerarios en el sentido de las Resoluciones de la CNC, y había dado acceso a las funerarias privadas al tanatorio que explotaba, habría también seguido realizando conductas anticompetitivas. Señaladamente se entiende como probado que aunque el Ayuntamiento cumplió formalmente con la eliminación de las tasas que discriminaban negativamente a las funerarias privadas con respecto a las municipales, siguió cobrando una tasa a las privadas no recogida en la Ordenanza reguladora, de la que no había evidencia que se cobrara a los servicios funerarios ofrecidos directamente por el municipio. Con respecto a este mismo asunto se adopta posteriormente la *Resolución de 24 de julio de 2013*, en la que se acuerda, de conformidad con el art. 41.1 de la LDC, en relación con el art. 10.2 Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de Defensa la Competencia, dar por finalizada la vigilancia del cumplimiento de la Resolución anterior de 17 de julio de 2012, al comprobarse que el Ayuntamiento en cuestión ha cumplido con todas las obligaciones en ella dispuestas.

## **2. Alcance de la aplicación del Derecho de la competencia cuando se ejerce poder público**

De gran interés en materia de defensa de la competencia, y en relación con el sector de los servicios, resultan ser la *STS de 14 de junio de 2013, recurso de casación núm. 3282/2010*, que desestima el interpuesto por el Ayuntamiento de Baleares contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2010 (recurso núm. 154/2009), y la *STS de 14 de junio de 2013, recurso de casación 3568/2013*, que también desestima el interpuesto por la empresa funeraria municipal contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2010 (recurso núm. 144/2009), ambas dictadas en relación con la impugnación de la *Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de marzo de 2009 (expt. 650/08)* (a la que ya se hizo referencia en el Informe del *Anuario de Derecho municipal de 2009*). En esta Resolución de la CNC se imponía una sanción de multa, conjunta y solidariamente a ambas organizaciones, de 500.000 euros «por haber obstaculizado la competencia en el mercado de servicios funerarios». En síntesis, a juicio de la CNC la empresa funeraria municipal y el Ayuntamiento de Mallorca, éste en cuanto propietario del capital íntegro de aquella «a la que gobierna a través del Pleno del Ayuntamiento y del titular de la Concejalía de Sanidad e Infraestructuras» habrían incurrido en infracción de la legislación de defensa de la Competencia al impedir la actividad de los posibles competidores, reales o potenciales, que quisieran desarrollar dichos servicios funerarios en Palma de Mallorca.

En los FFJJ 5.º y 6.º de la referida STS de 14 de junio de 2013, recurso de casación núm. 3282/2010, el TS aclara una cuestión que es trascendental en este ámbito: la relativa a con qué alcance se aplica el derecho de la competencia a las Administraciones públicas cuando su actuación comporte restricciones a la competencia, si tal actuación no es en concepto de operador o agente en el mercado, sino en ejercicio de sus potestades administrativas públicas, con plena habilitación legal. En este punto y siguiendo doctrina anterior —cita el TS para ello las SSTS de 19 de junio de 2007 (rec. 9449/2004) y de 4 de noviembre de 2008 (rec. 5837/2005), que aunque se refiere a un Colegio Profesional contiene criterios aplicables a las Administraciones Públicas—, se declara que «el ejercicio de funciones públicas no exime a la Administración Pública de su sometimiento a la legislación de la competencia, ni la habilitación legal con que actúan las Administraciones Públicas implica por sí sola la aplicación del art. 2 LDC».

Este resultado contrasta y resulta contradicho, en principio, con determinadas afirmaciones, contenidas en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de abril de 2013 (*Expte. Ir. Mad 04/12, Bus exprés*), cuando literalmente afirma que son actividades sustraídas del ámbito de las potestades sancionadoras de la Autoridad de la competencia las que lleva acabo el Consorcio Regional de Transportes de Madrid (CRTM), organismo autónomo de la Comunidad de Madrid, creado por Ley 5/1985, de 16 de mayo, por cuanto «no son disociables del ejercicio por dicho órgano de prerrogativas de poder público otorgadas de forma expresa mediante Ley».

Todo ello, sin perjuicio de que se cite jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (entre otras STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/2011, *Compass-Datenbank GmbH*), para sostener que «un organismo público puede considerarse una empresa sólo por lo que respecta a una parte de sus actividades, cuando éstas deban calificarse de actividades económicas y tal actividad puede disociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público. Por el contrario, si dicha actividad económica es indisociable del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo permanecen actividades vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas».

Y ello con independencia también de que la actividad fiscalizada en la referida Resolución de 30 de abril de 2013 no pueda resultar susceptible como tal de ser considerada anticompetitiva. En concreto, considera la CNC que la fijación de tarifas por la prestación del servicio de transportes no presenta por sí misma indicios de que la misma pueda alterar la competencia en el mercado de transporte público de pasajeros en el trayecto aeropuerto Madrid-Barajas en el ámbito de la Comunidad de Madrid —que es el mercado al que concierne la actividad administrativa denunciada—, y, por consiguiente, decide no incoar el procedimiento sancionador y archivar el expediente en cuestión.