

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

Julia ORTEGA BERNARDO

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

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

**Keywords:** public utilities; economic activity; Law of the European Union; economic services of general interest; EU Directive of services; Local regulations; competition rules; Judicial regional organs to control competition; regulatory power; economic operator.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—1. Cuestiones generales.—2. Cuestiones sectoriales.—3. Formas de gestión de los servicios públicos.—IV. ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y DIRECTIVA DE SERVICIOS.—V. ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.—1. Enjuiciamiento de la actividad de la Administración local cuando actúa como «poder regulador».—1.1. *Control del ejercicio de potestades administrativas.*—1.2. *Fiscalización de ordenanzas municipales.*—2. Fiscalización de la actividad de la Administración local como «operador económico».—2.1. *Actividad de la Administración local como operador económico cuando actúa una empresa concesionaria de un servicio público.*—2.2. *Administración local que actúa como operador económico realizando actividades concurrentes con la iniciativa económica privada.*—2.2.1. Actividad económica local sometida a Derecho de la competencia: el caso de los servicios funerarios.—2.2.2. Exclusión o excepción del Derecho de la competencia por el ejercicio de competencias municipales atribuidas por Ley.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2010 se han aprobado dos nuevas leyes autonómicas sobre Gobiernos locales: La *Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local de Andalucía*, y la *Ley*

8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana. Los dos textos legales contienen, como no podía ser de otra manera, una regulación relativa a los servicios públicos locales y establecen igualmente prescripciones en relación con la actividad económica de los municipios. La regulación de esta cuestión en la primera de estas leyes ha sido ya objeto de análisis y reflexión por parte de la doctrina. Como novedad legislativa con incidencia en el ámbito local, y concretamente en la prestación de servicios públicos, también hay que reseñar la aprobación de la *Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura*.

Asimismo durante este año se constata que sigue despertando interés científico el impacto de la Directiva de Servicios sobre las Entidades locales. Los trabajos doctrinales publicados al respecto se centran fundamentalmente en identificar las necesarias modificaciones que se deben introducir sobre las ordenanzas locales que regulan las diferentes actividades económicas conceptuadas como servicios, a las que resulta de aplicación la normativa europea. Aunque resulten numerosos los estudios en relación con esta concreta materia de la ejecución de la Directiva europea y de su aplicación a través del desarrollo normativo local de las dos leyes de transposición estatales, la Ley 17/2009 y la Ley 25/2009, lo cierto es que las cuestiones generales sobre los servicios públicos locales siguen ocupando una parte de la producción científica.

En relación con la jurisprudencia cabe reseñar que en el último año se han producido contados pronunciamientos referidos a la actividad local de servicio público, y ninguno relativo a la iniciativa económica de los municipios. Esta última sigue, sin embargo, siendo objeto de numerosas resoluciones de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, creados en los últimos años por las Comunidades Autónomas para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en aquellos asuntos que no exceden del ámbito autonómico.

## II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En el Informe de 2009 para el *Anuario de Derecho Municipal* ya se hizo referencia a las novedades que incorporaba al ámbito de los servicios públicos locales el proyecto de Ley andaluza de Autonomía local. En la actualidad la nueva regulación de los Gobiernos locales en Andalucía ha entrado en vigor: se trata de la *Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local*. Como se constató ya en su momento, esta norma supone un gran avance jurídico y político en la medida que ajusta el régimen local de las entidades locales de la Comunidad Autónoma al marco actual de ordenación, señaladamente al Derecho de la Unión Europea.

En la línea apuntada, la regulación que se ha realizado de la materia relativa a los servicios públicos y la iniciativa económica locales, prevista en el título II de la Ley

(arts. 26 a 49), se incardina dentro del cambio de modelo de intervención de los poderes públicos en la economía. Como declara la propia Exposición de Motivos de la Ley, el Derecho europeo exige la redefinición de las funciones de las Corporaciones locales: de prestadores de servicios a reguladores y garantes de los mismos.

En este sentido la Ley andaluza supone, como ya se constató, un gran paso al establecer una clasificación clara dentro de los servicios locales de interés general, entre los servicios públicos y los servicios locales de interés general en régimen de servicio reglamentado. En este punto no nos encontremos ante una novedad radical, pues ambas categorías se conocían ya en la práctica y por el Derecho en nuestro país, pero su regulación no se había abordado de forma tan clara y acabada en el ámbito local. Además el cambio de paradigma que supone dar, por principio, una mayor cabida a los servicios prestados por particulares y la correspondiente reducción del sector público municipal puede conducir a una transformación paulatina de las políticas municipales y a una variación de las actividades que desarrollan las Corporaciones locales.

Por otro lado, las ordenanzas cobran, por imperativo legal, un gran peso tanto en este ámbito de los servicios locales, como con respecto a los entregados a la prestación privada, los servicios reglamentados, en los que las normas locales sirven de fundamento para imponer obligaciones específicas de servicio público. En relación con los servicios públicos locales, la Ley de la Autonomía local de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone que son creados por estas normas con la finalidad de que la responsabilidad en su prestación sea asumida por la propia entidad local, aunque su gestión pueda, como es tradicional, seguir realizándose directa o indirectamente.

Asimismo, la Ley andaluza regula las distintas modalidades de prestación de los servicios públicos. Para ello se parte, como regla general, de la plena libertad municipal para decidir entre las distintas formas de gestión previstas en el Derecho, respetando las condiciones establecidas por la legislación civil, mercantil y administrativa. Resulta asimismo un progreso que se exija, en virtud del art. 33.6, que la constitución de cualquier personificación, pública o privada, venga precedida de una memoria que acredite las ventajas que ello comporta en comparación con la prestación por la propia entidad. Esta exigencia resulta además coherente con las medidas de transparencia impuestas por el art. 44 a las empresas que gestionen servicios locales de interés general, que en este punto se remite a la legislación estatal. Ha de entenderse que esa remisión se realiza a la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

Comenta las novedades que incorpora este título II de la Ley 5/2011, de régimen local de Andalucía, E. MONTROYA MARTÍN en «Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa local», *Cuadernos de Derecho local*, núm. 24, 2010, pp. 144-262. En esta contribución científica, en la que se realiza un análisis que enmarca doctrinalmente la regulación en el ámbito los servicios de interés económico general, se valora positivamente la adopción por el legislador andaluz de

las categorías globales del Derecho de la Unión Europea. También se alaba el empeño del legislador por adaptarse a las nuevas prescripciones en relación con las relaciones financieras entre las empresas de las Administraciones públicas. El análisis se detiene en los nuevos conceptos acuñados por la ley, como el de «servicios básicos», que, como la autora pone de manifiesto, no son más que las competencias en materia de servicios que el Estatuto de Autonomía andaluz (art. 92.2 de la LO 3/2007) enumera y reconoce a favor de los entes locales y blinda así frente al propio legislador autonómico. Asimismo se analiza la novedad introducida en la disposición adicional primera de la Ley, por la que se suprime la tutela autonómica sobre la constitución de monopolios locales, prevista en la legislación estatal básica de régimen local (art. 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

También son objeto de su análisis las diferentes formas de gestión de los servicios públicos que con terminología nueva regula la Ley andaluza, y entre las que destaca la inclusión de las agencias locales. Esta nueva forma de gestión constituye, como recalca la profesora MONTROYA, una aplicación en el ámbito local andaluz de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales, para la mejora de los servicios públicos. Seguidamente comenta algunas de las principales novedades que en este ámbito de la gestión incorpora la Ley autonómica: la introducción de la sociedad interlocal y de la fundación pública local como nuevas modalidades directas de gestión de los servicios públicos. En su análisis de la iniciativa económica local llama la atención su afirmación de que el ámbito territorial no es requisito de validez para su ejercicio, a diferencia de lo que ocurre con las actividades que las entidades locales asumen por ser objeto de sus competencias materiales.

Concluye este estudio con un comentario acerca de la inclusión de nuevas modalidades de entes instrumentales en el ámbito local, las cuales, aunque jurídicamente se corresponden con las estructuras organizativas previstas en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, no parecen resultar muy apropiadas, a juicio de la autora, con los tiempos en los que vivimos, de reformas sobre racionalización de estructuras administrativas que, a causa de la crisis económica, se imponen a todos los niveles administrativos.

Junto a la Ley andaluza, la otra gran novedad legislativa es la *Ley 7/2010, de régimen local de la Comunidad Valenciana*, que dedica su capítulo III del título X a la regulación de los servicios públicos y la iniciativa económica local (arts. 192 a 197). En esta materia la legislación valenciana resulta, en comparación con la andaluza, menos innovadora. Seguramente porque la Ley valenciana se ocupa más de otras cuestiones relativas a los gobiernos locales que en esa Comunidad Autónoma tienen indudable peso, como es la referida a las estructuras organizativas de la Planta Municipal. Al tipo de organizaciones jurídico-públicas locales que pueden crearse en este nivel territorial dedica esta nueva ley la mayor parte de su articulado. También a los instrumentos jurídicos que articulen las relaciones competenciales y económicas entre las diferentes Administraciones que se creen. La escasa atención que se presta al régimen de los servicios públicos locales, puede quizá compensarse en el desarrollo reglamentario de la ley, al que ésta se remite

en su disposición final cuarta. Se introduce, no obstante, en esta materia, la necesidad de la aprobación de un reglamento antes de empezar a prestar cualquier servicio público. Asimismo se prevén las garantías de acceso a los servicios públicos, de continuidad en la prestación y de recepción obligatoria de dichos servicios. Resulta igualmente relevante que los requisitos procedimentales que ha de cumplir el ejercicio de la iniciativa económica por las entidades locales resultan ser los mismos que cuando lo que se quiere emprender es un servicio público local. Por último, y ésta es otra de las grandes diferencias que presenta con respecto a la regulación sobre gestión de servicios locales prevista en la nueva legislación andaluza: se mantiene el control autonómico sobre las decisiones locales de monopolizar determinados servicios públicos. Esta tutela autonómica se autolimita en el texto legal en la medida que para el otorgamiento de la autorización ha de comprobarse si concurren circunstancias de interés público legitimadoras de la exclusión de la iniciativa privada. Se trata por tanto de verificar si en el caso concreto resulta justificada la implantación de un monopolio local. Concretamente esa legitimación se vincula al cumplimiento de ciertas razones de interés público que la propia ley cita: la imposibilidad física o económica de establecer más de una infraestructura de red para el servicio, o lo aconsejen razones de seguridad, salubridad u orden público.

Por último, resulta necesario citar la *Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura*, que fundamentalmente persigue impulsar la creación de este tipo de estructuras organizativas, que en esta Comunidad Autónoma ya habían sido satisfactoriamente utilizadas. De claro contenido reglamentista, como reconoce su exposición de motivos, la ley regula pormenorizadamente el régimen de estas organizaciones. Crea además la categoría de mancomunidad integral, teniendo en cuenta que aunque las estructuras mancomunadas se constituyen para la prestación de concretos servicios, en realidad su virtualidad va mucho más allá y puede tener una finalidad permanente en la medida que sirvan claramente para el desarrollo social, económico y cultural de sus poblaciones. En relación con las entidades locales menores, además de regular cuestiones esenciales de su constitución y régimen jurídico, la Ley extremeña también prevé los servicios públicos que pueden ejercer dentro de las competencias que se les permite asumir.

### III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

#### 1. Cuestiones generales

Las cuestiones generales sobre servicios públicos locales siguen siendo objeto de estudio por profesores y técnicos jurídicos de la Administración local. Este último año ha aparecido el libro dirigido por J. M. CARBONERO GALLARDO, *Teoría y práctica de los servicios locales*, La Ley —*El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*—, en el que se contienen dos primeros capítulos en relación con este tema. En el primero, a cargo de J. F. PARRA, se recogen los planteamientos doctrinales que han ido surgiendo para rede-

finir el concepto de servicio público y ajustarlo así a la evolución que ha experimentado la intervención pública en la economía producida fundamentalmente por el Derecho de la Unión Europea. En el siguiente capítulo, del que es autor el profesor R. RIVERO ORTEGA, titulado «El régimen del servicio público local», se analiza el sistema de fuentes del régimen local proyectado sobre la gestión de los servicios públicos en el marco constitucional y europeo, en el que se acuña la categoría de servicios de interés económico general. El análisis parte de los cambios sobre el régimen de los servicios públicos que se deriva de las sucesivas reformas estatutarias, que atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre las formas de gestión, e incluye un estudio sobre la virtualidad de la potestad reglamentaria municipal en este ámbito.

En cuanto a los pronunciamientos judiciales sobre cuestiones generales relacionadas con el tema objeto de este informe resulta de interés, en relación con la necesidad de implantar los servicios públicos locales, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 9 de abril de 2010*, recaída como consecuencia de un recurso interpuesto por un vecino con base en el art. 18.1.g) de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local. Se impugna el acuerdo del Pleno del ayuntamiento, por el que no se atendió la petición realizada de ejecución de alumbrado público ni asfaltado en una calle ni el abono de gastos de alcantarillado satisfechos para disponer de acometidas de agua limpias y desagües.

En este sentido resultaba previsible que el Tribunal se pronunciaría afirmando —con fundamento tanto en las competencias que la legislación estatal y autonómica atribuye a los municipios como en lo declarado por jurisprudencia reiterada— que la prestación de los mencionados servicios es una obligación para el municipio, en cuanto se consideran servicios mínimos o básicos. Asimismo la sentencia reitera que tal prestación puede ser exigida por los vecinos tanto para que se lleve a efecto, como para que se verifique en términos de homogeneidad e igualdad con los demás vecinos de la localidad. Para comprobar si se cumple el principio de igualdad se deja en este sentido constancia, en virtud del informe pericial practicado, de que el 90 por 100 de la población disfruta de alumbrado público y de calles pavimentadas. En definitiva, el Tribunal accede a la pretensión del recurrente en la medida que por parte del ayuntamiento demandado no se acredita que al amparo de la normativa expuesta estuviera dispensado de prestar dicho servicio básico, ni tampoco se ha probado ni siquiera alegado que concurran en dicha Corporación circunstancias, sobre todo de índole económica, que hagan imposible o de muy difícil cumplimiento la prestación de mencionado servicio. A juicio del Tribunal esto revela, por tanto, que no existía excusa o motivo que justificase el incumplimiento de las referidas prestaciones por parte del ayuntamiento. El Tribunal desconoce con qué fondos y recursos económicos se ha llevado a cabo el resto de pavimentaciones de las calles de la localidad, motivo por el cual no impone al ayuntamiento demandado que las obras de pavimentación de la calle en cuestión se sufraguen con fondos municipales, como solicita la parte actora. Entiende en este punto el Tribunal que esta condena podría implicar una discriminación respecto de otros vecinos de la localidad, si es que para la pavimentación de las demás calles se hubiera acudido al sistema de contribuciones es-

peciales. Es por ello por lo que en ese extremo no se estima el recurso y se deja a criterio y decisión del ayuntamiento el decidir con qué recursos hacer frente a tales obras de pavimentación, cuya ejecución sí se le impone en la sentencia.

El impacto de la crisis económica y financiera sobre los servicios públicos locales es lo que se plantea L. SÁNCHEZ-CERVERA DE LOS SANTOS en «¿Servicios públicos mínimos o mejor servicios públicos máximos?», en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 128, pp. 32-35. Comenta el autor el dato de la proliferación en el ejercicio 2009 del número de empresas satélites en manos de los municipios para que la acumulación de deuda local se pueda contabilizar aparte. Se informa así de que la deuda de las Administraciones públicas financiada por «vías alternativas» ha experimentado un crecimiento del 128 por 100 en la última década, hasta los actuales 197.278 millones de euros. También se indica que es especialmente alarmante el crecimiento concentrado en el último trienio (2007-2009), cifrado en 41.500 millones, esto es, el 37,5 por 100 del crecimiento total de la década. Asimismo se constata que la deuda de los ayuntamientos españoles supera los 34.456 millones de euros, la mayor parte articulada a través de créditos financieros, aunque la financiación «alternativa», a la que se ha hecho antes referencia, está cifrada en más de 29.000 millones de euros. El problema, insiste el autor, en el marco actual de restricción crediticia, es que la aplicación de estas fórmulas alternativas supone detraer recursos de las empresas. El autor, secretario-interventor local, propugna la reforma financiera local, y al mismo tiempo introducir en las normas criterios de racionalidad económica (racionalidad y proporcionalidad) en el gasto que se impongan a los gestores municipales. Piensa que los novedosos planes estatales supuestamente anti-crisis han agravado la situación, impulsando la construcción de infraestructuras que con el tiempo resultarán insostenibles desde el punto de vista económico. En la línea de la reforma del gobierno local recogida en el Libro Blanco, y posteriormente en el que fue el anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración local, cree que la interiorización autonómica del régimen local debe promover el asociacionismo municipal que permita garantizar unos servicios públicos económicamente sostenibles.

## 2. Cuestiones sectoriales

En relación a concretos servicios públicos, presentan indudable interés las cuestiones que tratan los profesores J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y M. Á. SENDÍN GARCÍA en su contribución «El servicio de transporte público local en España», en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 130, 2010, pp. 14-29.

En materia de energías renovables, se puede citar mi trabajo sobre «La intervención local en la implantación de parques eólicos», en el libro colectivo *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales* (2010), Thomson Reuters, dirigido por los profesores M.<sup>a</sup> A. TORRES LÓPEZ y E. ARANA GARCÍA, y coordinado por M. J. LÓPEZ SAKO, que tiene por objeto analizar el alcance de las competencias locales en el proceso en el que se decide la implantación de un parte eólico y en el que se entra a valorar si se han de

suprimir los controles municipales preventivos, las licencias de actividad y urbanísticas, si el parecer de la Administración local ha sido tomado en cuenta en el procedimiento previo de autorización.

En la última anualidad también se publicó la monografía sobre *Estado social y municipios, servicios públicos locales y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, La Catarata, coordinado por el profesor J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y por mí misma, en el que se realiza un estudio comparativo sobre la realización de servicios públicos sociales municipales en los dos Estados.

A nivel judicial se constata que a lo largo de 2010 apenas han recaído sentencias sobre cuestiones relativas a concretos servicios públicos locales. En este ámbito resulta de indudable interés, dentro del ámbito del servicio municipal de recogida y tratamiento de residuos urbanos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2010, que anula parcialmente la ordenanza de limpieza de los espacios públicos y de gestión de residuos del Ayuntamiento de Madrid de 27 de febrero de 2009, en cuanto imponía la obligatoriedad de los ciudadanos de colaborar en la limpieza viaria, la inspección de los contenedores de basura y la responsabilidad de la comunidad de vecinos por la infracción cometida por cualquiera de sus vecinos. Comenta esta sentencia C. ESPAÑOL FUENSANTA en *Aletheia: Cuadernos críticos del Derecho* (2010), núm. 1, pp. 76-98.

El fallo del Tribunal anuló parcialmente esta ordenanza por contravenir la reserva legal en la imposición de prestaciones personales, lesionar el derecho a la intimidad y el principio de responsabilidad administrativa individual. Este fallo condenatorio se produce, en primer lugar, porque la citada norma municipal obligaba a los vecinos a la limpieza de la acera en la franja más próxima a la fachada cuando la misma superaba un determinado ancho. También les imponía el deber de colaboración en caso de nevada. Con respecto a este punto el Tribunal Superior de Justicia considera que no es posible trasladar a los particulares esta obligación que el legislador ha impuesto al municipio —como competencia que el ayuntamiento deberá ejercer por sí mismo o a través de las distintas formas de gestión de los servicios públicos—. Se trata de una materia sometida además a reserva de ley, conforme establece el art. 31.3 de la Constitución («Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley»). Entiende el Tribunal madrileño que dicha medida contenida en la norma municipal debe ser anulada por cuanto la obligación de limpiar la vía pública es una prestación de carácter personal, y por tanto su establecimiento sólo puede hacerse por ley, no mediante una ordenanza municipal. La sentencia se pronuncia asimismo sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad por parte de la ordenanza en la medida que atribuye a las Administraciones públicas una facultad supervisora con el fin de que lleven a cabo la inspección del contenido de las bolsas de basura o demás contenedores (en este punto alegan los demandantes que los residuos aportan datos de carácter personal y numerosos indicios sobre la conducta, aficiones, comportamiento y costumbres de la persona titular de la vivienda y de las personas que con ella conviven). El Tribunal diluci-



da la cuestión determinando en qué momento los particulares pueden excluir a terceros del contenido de su vida privada. En relación con esta cuestión, la Sala estima que este momento hay que situarlo cuando los contenedores de basura son depositados en la vía pública, pues hasta entonces el particular puede recuperar sus bolsas. No obstante, se reputa que el precepto impugnado que regula estas facultades de inspección no es muy claro en relación con la forma en que la Administración podrá entrar en los lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, motivo por el que el Tribunal de justicia estima que debe ser anulado. En relación con las sanciones que la ordenanza establece sobre las comunidades de vecinos por el hecho de que uno de sus vecinos incumpla la norma municipal sobre limpieza, el TSJM entiende que en ese punto la disposición es contraria a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, en la medida que legalmente se impone que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

### 3. Formas de gestión de los servicios públicos

Las formas de gestión de los servicios públicos siguen siendo en la actualidad objeto de estudio por parte de la doctrina. En el libro ya citado, *Teoría y práctica de los servicios locales*, La Ley —El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados—, se ofrece un estudio exhaustivo de las distintas formas de gestión y se dan pautas sobre la elección de la forma óptima de gestión en cada caso. Además, y para facilitar la práctica local, se ofrecen una serie de documentos de gran utilidad para la gestión de servicios bajo distintas modalidades.

En este ámbito resulta ser de indudable interés la monografía de la profesora Diana SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, en la que se realiza un estudio profundo y riguroso de esta modalidad de gestión. Esta obra viene a responder, sin duda, al creciente interés de los entes locales por la utilización de este tipo de instrumento en la gestión de sus servicios. Entre otros motivos, por las importantes ventajas que reportan las sociedades de economía mixta, frente a otras formas gestoras, en el actual momento de crisis económica que vivimos.

Con este estudio se ha querido solucionar los problemas que esta fórmula de gestión de los servicios públicos planteaba: por un lado, la excesiva dispersión legislativa aplicable a este tipo de sociedades, fundamentalmente, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

Así, en la primera parte de la monografía se trata de estudiar el concepto, naturaleza y caracteres de las sociedades de economía mixta y se dedica especial énfasis a la aplicación conjunta de la legislación administrativa y mercantil. En caso de que este régimen

jurídico mixto pudiera dar lugar a contradicciones se defiende la aplicación de la legislación pública, con las salvedades oportunas. Después de identificar a las sociedades de responsabilidad limitada como modalidad de las formas societarias que se pueden adoptar, se especifican los posibles socios públicos y privados y el papel que los mismos pueden desempeñar en la gestión de la sociedad. Asimismo se expone en esta primera parte el régimen del capital y se delimitan tanto las actividades que pueden llevar a cabo este tipo de sociedades como su ámbito territorial.

Seguidamente, en la segunda parte de la obra se investigan los aspectos más relevantes del régimen jurídico de estas sociedades relativos a su constitución —tanto los aspectos referidos a la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos a través del que se selecciona al socio privado como de su creación desde un punto de vista jurídico-mercantil—. También se analizan su organización y funcionamiento internos con la finalidad de estructurar fundamentalmente cómo se debe organizar la participación del ente local en la administración de estas sociedades y cuáles son las principales responsabilidades de gestión del ente local en cuanto socio, así como los mecanismos de control recíproco existentes entre el socio público y el privado, aclarando cómo se articula el control interno del funcionamiento de la sociedad. Se estudian asimismo las relaciones que se mantienen con la Administración titular del servicio cuya gestión tienen atribuida y con terceras personas. Se examina el régimen de contratación y se analiza el control del funcionamiento de la sociedad a través de medios externos, y, finalmente, las cuestiones referidas a su modificación y extinción.

Por último es interesante observar cómo los economistas también atienden y estudian las cuestiones relativas a los servicios públicos locales. Así G. BEL I QUERALT, X. FAGEDA y M. MUR, se plantean en la *Revista Hacienda Pública Española*, núm. 192, 2010, pp. 33-58, «¿Por qué se privatizan servicios en los municipios (pequeños)?: Evidencia empírica sobre residuos sólidos y agua». A la conclusión a la que llegan los citados autores es que —en relación con ambos servicios— la situación financiera de los municipios influye de forma significativa en la decisión de privatizar, mientras que los aspectos ideológicos no parecen tener importancia. Asimismo, cuando se trata de municipios pequeños, tienen un gran peso en esta decisión de privatización la dispersión de los núcleos de población y la cooperación intermunicipal.

En el plano jurisprudencial, resulta de interés la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010*, Ar. 7720, en relación con la impugnación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Salamanca por el que se modifican los Estatutos de la entidad pública empresarial local «Patronato municipal de vivienda y urbanismo». La modificación estatutaria consistía en suprimir la necesidad de que formaran parte del Consejo de Administración de esta entidad pública empresarial concejales representantes de los diferentes grupos políticos designados por el ayuntamiento Pleno, así como la desaparición en el referido órgano del representante de las asociaciones de vecinos (designado por el Consejo de Administración a propuesta del presidente). En virtud de esta supresión, la parte recurrente, miembros del grupo municipal de la oposición, consideraba que se

había vulnerado el ordenamiento jurídico. Alegaban que esto ocurría en la medida que el acuerdo municipal por el que se modificaban los Estatutos se había adoptado sin la necesaria y previa motivación. Asimismo argumentaban que ningún concejal de la oposición, como consecuencia de la modificación operada, participaría en las resoluciones adoptadas por dicho órgano, y, por consiguiente, en la elaboración del presupuesto de esta entidad pública empresarial. La sentencia de instancia anula la modificación, fundando su fallo, como único motivo de la decisión, en la falta de motivación en la que incurrió el Pleno de la Corporación. Al pronunciarse exclusivamente sobre este punto, el Tribunal Supremo nada dice sobre el segundo de los motivos por el que los recurrentes discutían el acuerdo, que era el de no aplicación del principio de proporcionalidad política en el Consejo de Administración del citado organismo. En relación con la falta de motivación de la modificación estatutaria, el TS recuerda especialmente la naturaleza del Estatuto como disposición general que en uso de su potestad normativa, y como manifestación de su autonomía, pueden dictar las Corporaciones locales, y centra su examen en lo que denomina «límites sustanciales de la potestad reglamentaria». Entiende el Tribunal que el ejercicio de este poder se singulariza por su carácter discrecional, puesto que la Administración que lo ejerce goza de una mayor libertad de elección en la adopción de sus determinaciones que cuando dicta actos administrativos. Considera además que la ley no exige expresamente la motivación de las normas reglamentarias. Sin embargo, termina declarando nulo el acuerdo en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, que exige que la norma en cuestión tenga una fundamentación objetiva, lo que considera como garantía de razonabilidad de la decisión normativa. Llega a esta solución tras constatar la ausencia de esta fundamentación, en la medida que la modificación reglamentaria no justifica lo más mínimo ninguna de las supresiones que realiza en la composición del órgano de dirección de la referida entidad pública empresarial.

Igualmente la sentencia del *Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010*, anuló la modificación del art. 7 y del art. 8 del Estatuto del OAGER, Organismo Autónomo de Gestión Económica y de Recaudación del Ayuntamiento de Salamanca, al no motivarse dicha modificación de modo suficiente, lo que, a juicio del Tribunal, supuso una vulneración del principio de proporcionalidad. Se elimina la presencia proporcional de vocales según el número de grupos políticos sin decir el porqué. No se alude a que el funcionamiento del organismo no sea operativo, a que se haya satisfecho esa presencia proporcional en otros órganos o entes, etc. Simplemente se justifica la modificación en que se realiza en «defensa de los intereses de los ciudadanos salmantinos». Considera el Tribunal que ésta resulta ser una motivación insuficiente, como había declarado ya la Sala de instancia.

Unos días antes, el Tribunal Supremo en *STS de 26 de octubre de 2010* había declarado asimismo nulos los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Salamanca y de la Junta General de la Sociedad Anónima de Turismo y Comunicación, en virtud de los cuales se modificaron varios preceptos del estatuto de la referida sociedad y se designaron nuevos miembros del Consejo de la misma. Considera el Tribunal que es conforme a Derecho lo manifestado por el Tribunal de instancia cuando sostiene que es preceptiva la existencia

de un informe previo, en la medida que la modificación que se pretendía hacer era de los estatutos de una sociedad anónima por la que se gestionaba directamente un servicio público local.

También resulta de interés la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 22 de febrero de 2010*. En este caso se desestima la interposición de un recurso contra los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de un ayuntamiento que deniegan la solicitud de revisión de precios por desequilibrio económico financiero formulada por una empresa que presta por contrato con la Corporación local el servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, transporte hasta la planta de tratamiento, limpieza viaria y limpieza de centros municipales. La desestimación se fundamenta, tanto la judicial como la acordada a nivel municipal, en que el servicio en cuestión no se prestaba en virtud de una concesión sino de un concierto, al que no le resulta aplicable la revisión de precios. La *ratio decidendi* se basa en la naturaleza jurídica del contrato celebrado. La empresa que prestaba el servicio fundamentaba su recurso en que el contrato era de gestión indirecta de un servicio público por concesión y por tanto que le era aplicable la doctrina del desequilibrio económico-financiero para revisar el precio. Pero el Tribunal considera que no cabe calificarlo así, en la medida que no cumple con las características de las concesiones establecidas en el art. 115 RSCL (el contrato en cuestión no alude a las tarifas a pagar por el público, ni a las subvenciones a entregar al concesionario, ni al canon a satisfacer por el concesionario al ayuntamiento, ni a las relaciones con los usuarios, ni a sanciones, ni a causas de resolución, ni a caducidad, etc.), sino que presenta las características de un concierto a las que se refieren los arts. 143 a 147 RSCL.

#### IV. ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y DIRECTIVA DE SERVICIOS

El interés que desde el punto de vista local ha comportado la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios, debido a la necesidad de que las Administraciones y Gobiernos locales intervengan activamente en su transposición y aplicación se ha visto en cierta medida colmado desde el punto de vista científico por la aparición de numerosos trabajos que tienen como objetivo analizar su alcance y repercusión en la actividad jurídico-administrativa municipal. Ya durante el año 2009 se pudo apreciar la publicación de números dedicados monográficamente a esta cuestión. Así, la *Revista de Estudios Locales* dedicó un número, el 122, de los meses de julio-agosto, a esta materia, en la que además de integrar un análisis comparado, con los estudios del caso británico, alemán, francés y portugués, destacan los trabajos de los profesores RIVERO ORTEGA y VELASCO CABALLERO, este último en coautoría con S. SIMOU, en relación con los principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de servicios y sobre la cooperación interadministrativa, respectivamente.

El interés por esta materia no ha decaído. Y asimismo durante el año 2010 seguimos asistiendo a un debate y reflexión sobre la misma. A los trabajos ya publicados se han

sumado otros. Así, la revista de *Cuadernos de Derecho Local*, en su núm. 23, de junio de 2010, dedica varios artículos a esta problemática: P. MAHÍLLO GARCÍA, analiza «La incidencia de la Directiva de servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma», M. TÁBOAS BENTANACHS se dedica a reflexionar sobre la proyección de la Directiva de servicios en los ámbitos urbanístico y medioambiental. En ese mismo número se contiene la *Ordenanza municipal tipo reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el ámbito territorial de la entidad local*, elaborada por la Diputación Provincial de Barcelona en ejercicio de su competencia de asistencia y cooperación jurídica y técnica con los municipios.

Asimismo resulta relevante el trabajo de V. MERINO ESTRADA y P. MARTÍN FERREIRA, «Directiva de servicios y entidades locales en Castilla y León», en *Impacto de la Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Premio colección de Estudios del Consejo Económico y Social, pp. 531-595, en el que se insiste en que la adaptación a la referida norma no supone una desregularización, sino un enfoque distinto de las tareas reguladoras de las entidades locales. Esta nueva perspectiva está orientada a la eliminación de los controles innecesarios y su sustitución por otros controles más adecuados y proporcionados, como regla general, de carácter posterior. Este análisis ha sido parcialmente reproducido por MERINO ESTRADA en la última *Revista de Estudios Locales*, en el núm. 136, de enero de 2011, con el título «La adaptación de las ordenanzas locales a la nueva legislación sobre actividades de servicio».

En concreto, y por ilustrar con ejemplos, hay municipios como Vitoria-Gasteiz que ha aprobado su ordenanza ómnibus (Ordenanza de 23 de julio de 2010), de modificación de varias ordenanzas, para adaptarse a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, o las modificaciones realizadas el 13 de enero de 2011, por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, de la ordenanza reguladora de la actuación municipal frente a la contaminación acústica por ruidos y vibraciones, de la ordenanza reguladora de las actividades de desinfección, desinsectación y desratización, de la ordenanza municipal para la protección y tenencia de animales y de la ordenanza municipal sobre el civismo, el uso y la limpieza en vía pública y la protección del medio ambiente.

Y no es previsible que esta dinámica de cambios y ajustes en el ámbito local vaya a finalizar muy pronto. En este sentido hay que tener en cuenta que la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, ha venido a dar una vuelta de tuerca a este desarrollo, tanto normativo y ejecutivo, que se está llevando a cabo a nivel local, al completar y dotar de mayor seguridad jurídica al ámbito de aplicación de las licencias locales de actividad. Para ello se modifica el art. 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Pero sobre esta cuestión y su repercusión a nivel normativo y doctrinal, volveremos en el informe de la próxima anualidad.

## V. ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como ya se puso de manifiesto en el informe sobre servicios públicos y actividad económica de los municipios para el año 2009, el control que sobre este tipo de actuación municipal realizan los órganos autonómicos de defensa de la competencia resulta una novedad muy relevante.

A continuación se hace referencia a las resoluciones de los órganos administrativos competentes, recaídas a lo largo de 2010, en las que se dirimen cuestiones que afectan a la actuación de las Corporaciones locales en este ámbito del Derecho de la competencia. La mayoría de las resoluciones, a excepción de algún pronunciamiento judicial, proceden pues de órganos de carácter autonómico, creados al amparo de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Esta norma estatal fue aprobada como consecuencia de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, de la que se derivó la necesidad de establecer el marco normativo de las competencias ejecutivas estatales y autonómicas para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Los órganos administrativos autonómicos, allí donde se han creado, ejercen funciones consultivas, de control y sanción de las prácticas restrictivas de la concurrencia entre empresarios, y, por ello, fiscalizan también la actividad de los ayuntamientos, en la medida que pueden incurrir en alguna de las conductas prohibidas por la Ley de la Competencia. De este modo, y para exponer sistemáticamente el contenido de las resoluciones recaídas en el año 2010, se ha optado por distinguir entre aquellas que fiscalizan a la Administración local cuando actúa, en principio, en ejercicio de poder público, en terminología del Derecho de la competencia, como «poder regulador», de aquellas otras que enjuician la actividad económica que llevan a cabo las entidades locales, en las que éstas actúan como «operadores económicos».

### 1. Enjuiciamiento de la actividad de la Administración local cuando actúa como «poder regulador»

#### 1.1. Control del ejercicio de potestades administrativas

En el caso de la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2010, Jur 149796*, se conoce de un supuesto en el que se enjuicia una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia por la que se sanciona a un ayuntamiento que realiza una actividad que infringe las normas de defensa de la competencia. En terminología propia del Derecho de la competencia el ayuntamiento está actuando como poder regulador y no en ejercicio de una actividad de empresa. Concretamente se trata de funciones que se ejercen en el ámbito de las ferias municipales, a las cuales, conforme a la resolución impugnada, les resultan de aplicación las normas de la competencia.

Concretamente la actividad objeto de sanción consistía en la suscripción por parte del Ayuntamiento de Peralta (Navarra) de un convenio con la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra (AIFNA), con la finalidad de evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del municipio en el transcurso de varias anualidades. En su momento el órgano estatal competente en esta materia (Comisión Nacional de la Competencia), declaró la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (en la actualidad sustituida por la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, que será citada a continuación como LDC) y por el art. 6 de la citada ley, en la medida que se considera que la AIFNA incurría en abuso de posición de dominio.

Los hechos tuvieron lugar en la medida que se sustituyó el ejercicio de las competencias municipales de adjudicación directa de las licencias de las instalaciones para «atracciones y puestos de venta ambulante» durante las fiestas, por la adjudicación de la totalidad de instalaciones del recinto ferial durante las fiestas locales por parte de AIFNA. Esta sustitución se llevó a cabo en virtud de convenios de colaboración celebrados entre el ayuntamiento y la citada asociación. El dato de mayor relevancia es que los convenios de este tipo suscritos por ambas partes contenían una cláusula en la que expresamente se declaraba que la adjudicación por AIFNA de las licencias en la feria se realizaba a fin de evitar competencia entre las distintas empresas e instalaciones. A la vista de lo anterior, el órgano estatal de defensa de la competencia y posteriormente la Audiencia Nacional, cuando conoció de la impugnación la resolución de la Comisión Nacional, consideran que el acuerdo tenía una finalidad anticompetitiva manifiesta, que los propios intervinientes en el convenio conocían y expresamente incorporaron al texto del acuerdo. Si no bastara con esta cláusula, en virtud del sistema de adjudicación implantado, la Asociación en cuestión se reservaba además la facultad de «no permitir la entrada al local y no admitir en el reparto a aquellas personas que considerase oportuno». En virtud de esta facultad discrecional se constata que la entidad tenía una posición dominante en un determinado mercado y que podía fácilmente abusar de ella.

A juicio del Tribunal, la asociación recurrente resultaba concesionaria en exclusiva de la gestión y explotación del recinto ferial y tenía autonomía para adjudicar los terrenos a los industriales feriantes con arreglo a su propia normativa interna. Tales notas de exclusividad en la gestión del recinto ferial y de autonomía en el establecimiento de las normas de adjudicación conformaban una posición de dominio en el mercado relevante, que es el de las actividades feriales en las fiestas de la localidad de Peralta. Esta constatación lleva aparejada dos consecuencias ya clásicas en el Derecho de la competencia, formuladas por el TJCE (Sentencia de 9 de septiembre de 1983, asunto Michelín, caso 322/81): *a)* declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche, y *b)* incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva.

En este caso, lo que resulta especialmente interesante es que quien ha creado la posición dominante y tolerado la conducta abusiva ha sido el propio ayuntamiento, aunque no haya sido declarado expresamente por la resolución impugnada, que finalmente, sin embargo, lo sanciona al entender que incurre en conductas colusorias.

También habría fiscalización del poder regulador de una Administración municipal en el expediente que da lugar a la *Resolución de 14 de abril de 2010 del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, Expte. RA-31/2010: Tarjeta de taxista*. En este caso se denuncia al Ayuntamiento de Vigo por presuntas prácticas contrarias a la competencia por su negativa a emitir una tarjeta de taxista, que habilitaría al interesado para ejercer la profesión de taxista asalariado. En efecto, el denunciante, después de pasar las pruebas convocadas con ese objeto, solicitó al Ayuntamiento de Vigo la emisión de la referida tarjeta de taxista. Según informa el propio denunciante, el ayuntamiento de Vigo le denegó la tarjeta solicitada porque en la certificación de la vida laboral presentada figuraba de alta en otra empresa, en la que estaba trabajando hasta que comenzó su actividad en relación con el taxi. En este caso el Tribunal finalmente considera que no se aprecian indicios de incumplimiento de las normas de competencia, pues el Ayuntamiento de Vigo no está actuando en este caso como un operador, sino como órgano regulador de esa actividad. De esta manera se considera que en la medida que el Ayuntamiento de Vigo no ha llegado a acuerdos con otros operadores en un sentido restrictivo de la competencia ni está ejerciendo en este caso una posición de dominio en el mercado de provisión de servicios de taxi en la ciudad de Vigo, no se pueden aplicar los arts. 1 y 2 LDC. Al configurarse como un acto administrativo (la decisión del ayuntamiento sobre la no concesión de la tarjeta), considera el Tribunal de Defensa de la Competencia que su control debe realizarse por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no por las autoridades administrativas de la competencia.

Un tercer supuesto en el que se denuncia ante la Comisión nacional de la competencia la actividad municipal y se constata que el ayuntamiento no ha actuado como operador económico es del que conoce la *Resolución de 20 de septiembre de 2010, Expte. S/0236/10, Ayuntamiento de Calviá*. Desde la óptica de la defensa de la competencia, la conducta denunciada consistía en que el ayuntamiento estaba distorsionando la competencia en el mercado de la aplicación privada de tratamientos contra la procesionaria del pino. Concretamente el ayuntamiento estaba fomentando que los particulares llegasen a contratar el servicio con una empresa determinada, que a su vez había resultado previamente adjudicataria del concurso convocado por el mismo ayuntamiento para realizar los servicios de desratización, desinfección y desinsectación en el municipio de Calviá. Así se ofrecía a los particulares, mediante anuncio en la web oficial municipal, que aquellos vecinos que decidiesen contar con el servicio de la empresa señalada por el ayuntamiento tendrían un «precio de bajo» coste y los servicios serían supervisados por técnicos del ayuntamiento. Se añadía además que «si a pesar» de esta oferta los vecinos decidían contratar con otra empresa distinta, si bien estaban en su derecho, el ayuntamiento no supervisaría los trabajos realizados.



En este caso el expediente finaliza con la decisión de la Comisión de no incoar procedimiento administrativo sancionador, pues se concluye que el ayuntamiento no ha actuado como operador económico y su conducta no es enjuiciable en virtud de la legislación de la competencia, aunque expresamente se reconoce que su actuación ha podido provocar efectos anticompetitivos. Asimismo, y aunque no era objeto de denuncia, la Comisión aprecia otra cuestión adicional censurable desde la óptica de la promoción de la competencia. Se trata de que el ayuntamiento en cuestión haya sometido a un proceso de concurso público, y respetado los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, la provisión de los servicios de desratización y no los servicios de prevención y eliminación de la procesión del pino. En relación con esta cuestión la Comisión declara que la competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Por el contrario, la ausencia de competencia provocará ineficiencia en la gestión de los recursos públicos y por ello un mayor esfuerzo económico para la sociedad.

### 1.2. *Fiscalización de ordenanzas municipales*

En este ámbito resulta de interés la *Resolución de 20 de mayo de 2010 (Expte. 22/2010)*, del órgano competente en materia de defensa de la competencia de Cataluña, en la que se pone fin a un expediente en el que se denuncian prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, y por conductas contrarias a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, por parte del ayuntamiento de Naut Aran.

En concreto se denunciaba una afectación negativa de la competencia causada por la ordenanza reguladora de la actividad de la enseñanza del esquí en la medida que podía contener aspectos injustificadamente restrictivos de la competencia respecto del régimen de licencia municipal de la actividad de enseñanza del esquí para los profesores y de autorización municipal de la actividad de enseñanza del esquí para las escuelas de esquí y los clubes deportivos. Asimismo se alega que la ordenanza es contraria a las previsiones de la Directiva de Servicios y a una de las leyes de transposición (la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), y a los principios que propugna el Derecho comunitario relativos a la libre circulación de trabajadores y a la prohibición de establecer restricciones a la libre prestación y a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios de los estados miembros.

La denuncia se basa en que los requisitos exigidos en la ordenanza vulneran el art. 1.1. *d*) de la LDC en relación con el art. 4.2 de la LDC, relativo a la aplicación de las prohibiciones del capítulo I de la LDC a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o que sean causadas por la actuación de los poderes públicos sin amparo legal. En concreto, la ordenanza analizada

introduce significativas restricciones a la competencia no justificadas bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, en el régimen de intervención administrativa que establece. Estas restricciones se concretan en la exigencia de licencia o autorización municipal previa, estableciendo para profesores, escuelas de esquí y clubes deportivos determinados requisitos, como tener la residencia o el domicilio fiscal en algún municipio de la Vall d'Aran o de otras limitaciones y condiciones adicionales a las que ya regulan la Ley 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte y el Decreto 56/2003, de 20 de febrero, por el que se regulan las actividades físico-deportivas en el medio natural.

La resolución parte, siguiendo al Tribunal Supremo, de la plena aplicación a la Administración pública de la normativa de defensa de la competencia cuando ejerce funciones públicas sometidas a Derecho administrativo. Como cuestión previa al análisis de los hechos denunciados se determina si son aplicables a la actuación del Ayuntamiento de Naut Aran las prohibiciones establecidas en el capítulo I —arts. 1, 2 y 3— de la LDC. De esta manera y como la autoridad competente considera que el Ayuntamiento de Naut Aran ha actuado en ejercicio de una potestad administrativa reglamentaria atribuida legalmente, como es la aprobación de la ordenanza y no como operador económico —en el sentido de la disposición adicional cuarta de la LDC—. Atendiendo a estos datos, el órgano administrativo decide excluir la aplicación a la conducta del ayuntamiento de las prohibiciones establecidas en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley y, por consiguiente, acuerda no incoar un procedimiento sancionador. Todo ello sin perjuicio de que el órgano administrativo autonómico entienda que se han producido prácticas restrictivas de la competencia en un informe que sobre esta ordenanza elabora y emite, en ejercicio de las funciones de fomento y de promoción de la competencia atribuidas por el art. 2.4 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la autoridad catalana. En dicho informe el órgano llegaba a la conclusión de que la ordenanza contrariaba las normas de defensa de la competencia.

## **2. Fiscalización de la actividad de la Administración local como «operador económico»**

### *2.1. Actividad de la Administración local como operador económico cuando actúa una empresa concesionaria de un servicio público*

Un supuesto de este tipo, en el que la Administración local actúa como operador económico, es el enjuiciado por el Consejo de la Comisión Regional de la Competencia de Castilla-La Mancha, *Resolución de 9 de junio de 2009 (Expte. 01/2009-TAGUS)*, con el resultado de que se archivan las denuncias al considerar que no corresponde imponer una sanción. El supuesto es interesante en la medida que se analiza si una sociedad mercantil, concesionaria en exclusiva del servicio de abastecimiento de agua en la ciudad de Toledo, está realizando una conducta prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio. La

Comisión archiva el expediente al considerar que no procede la conducta anticompetitiva.

Otro caso similar en el que se denuncia a una empresa concesionaria de un servicio público —e igualmente se investiga pero se archiva el expediente y se resuelve que no hay lugar a sanción— es el que conoce la *Resolución del expediente 14/09, AGBAR, de 28 de enero de 2010*. El caso se inicia con una denuncia presentada contra la «Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A.» (en adelante, AGBAR). Concretamente se imputa a esta empresa la realización de conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, consistente en conductas colusorias y de explotación abusiva de la posición de dominio en la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua. Como finalmente se pone de manifiesto la actividad de AGBAR no afecta a la competencia del mercado, sino únicamente a los intereses privados del denunciante. En concreto, el denunciante consideraba que AGBAR había ejercido de manera irregular la facultad de suspender el suministro de agua a su domicilio ante el impago de las facturas emitidas por ella misma. Por otro lado, y al quedar probado que la interrupción del suministro es una potestad administrativa —que le otorgan los arts. 76.2 en relación con el 13.4 del reglamento general del servicio metropolitano de abastecimiento domiciliario de agua, como también el art. 15 de la ordenanza metropolitana de la tarifa del servicio de suministro domiciliario de agua potable—, no procede, a juicio del órgano administrativo, incoar un procedimiento sancionador.

## 2.2. Administración local que actúa como operador económico realizando actividades concurrentes con la iniciativa económica privada

### 2.2.1. Actividad económica local sometida a Derecho de la competencia: el caso de los servicios funerarios

En el caso de la *Resolución del órgano Catalán de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 2009 (Expte. 13/2009)* se trata de la prestación por parte del Ayuntamiento de Solsona de la actividad de servicios funerarios. En este supuesto, acreditada la comisión de una conducta infractora de la legislación de defensa de la competencia, se termina convencionalmente el procedimiento. La terminación convencional, con fundamento en el art. 52 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, obedece a que se ha llegado a un compromiso de las partes, especialmente de la denunciada, que en este caso es el ayuntamiento, para realizar ciertas concesiones que compensen los efectos perjudiciales de su conducta. Dicha conducta, como había quedado acreditado, resultaba contraria a las normas de defensa de la competencia y perjudicaba a una empresa privada que concurría en la prestación del mismo servicio dentro del mismo ámbito territorial.

En concreto, por los órganos administrativos que ejercen sus funciones en este ámbito, quedó claramente acreditado que el ayuntamiento en cuestión, que prestaba los servicios funerarios bajo la forma de gestión directa, y que gestionaba en exclusiva la

gestión del tanatorio, había impuesto por medio de una ordenanza municipal ciertas exacciones fiscales a las que estaban exclusivamente sometidas las empresas privadas que realizaban servicios funerarios. Además en la página web institucional del ayuntamiento sólo figuraba la empresa dependiente del municipio y se dejó constancia de que se había impedido el acceso a dicha página web a la empresa competidora.

Constatado el incumplimiento, el Ayuntamiento de Solsona se compromete a abrir el uso del tanatorio municipal a las funerarias privadas, regulando el acceso en condiciones de uso «regladas y no discriminatorias» a la infraestructura esencial para la prestación de los referidos servicios. Asimismo se obliga expresamente a que las tarifas fijadas para el uso del tanatorio sean imputadas a la cuenta de explotación o equivalente y que haya una correlación razonable entre las tarifas fijadas por las ordenanzas y el coste efectivo del uso del tanatorio.

La autoridad catalana competente consideró entonces que la terminación convencional del procedimiento era viable siempre que quedara supeditada a la verificación del cumplimiento de los compromisos mencionados. Estima por ello el órgano en cuestión que en caso contrario se podría producir una «situación de ayudas públicas indirectas con efectos anticompetitivos».

Con esta resolución el órgano catalán de defensa de la competencia quiere disuadir las conductas anticompetitivas de los ayuntamientos en los servicios funerarios, advirtiéndoles expresamente que la misma no sienta precedente. En este sentido declara que por esta vez permite una terminación convencional, pero si en situaciones futuras los ayuntamientos incurrir en conductas similares, tiene previsto imponer sanciones [«Por los motivos expuestos (...) considera que la terminación convencional del procedimiento ofrece un balance positivo (...), siempre suponiendo que, a raíz de esta resolución, los ayuntamientos gestores de tanatorios tendrán conocimiento u oportunidad de haber conocido cuál es la conducta adecuada desde el punto de vista de la competencia y que, por esta razón, en ningún caso que se pueda producir en el futuro (...) se estimaría justificada la vía de la terminación convencional de los eventuales procedimientos sancionadores incoados por infracción de la LDC por razones iguales o similares a las tratadas en este expediente»].

Estas afirmaciones hay que entenderlas dentro de un contexto, el del sector funerario, en el que ha quedado constatada la falta de competencia empresarial, a pesar de que se trate de una actividad liberalizada a partir del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. En virtud del referido Real Decreto se suprimió la consideración de los servicios funerarios como monopolio legal reservado al sector público y se permitió la entrada de otros prestadores de servicios privados sin limitación del número, bajo un régimen de autorización administrativa municipal. Los estudios e informes realizados sobre este sector han constatado grandes deficiencias en la competencia empresarial. Concretamente, el informe del año 1993 del Tribunal de Defensa de la Competencia titulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado*

por los monopolios, el estudio realizado en 2007 por la Dirección General de Defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma catalana sobre *La competencia en el sector de los servicios funerarios en Cataluña*, así como el estudio del Ministerio de Economía y Hacienda y el de Sanidad y Política social sobre los servicios funerarios en España, de junio de 2010. En el estudio catalán se pone incluso de manifiesto que en el 84,31 por 100 de los municipios analizados, que son los que concentran el 90,32 por 100 de población de Cataluña, sólo opera una empresa de servicios funerarios.

### 2.2.2. Exclusión o excepción del Derecho de la competencia por el ejercicio de competencias municipales atribuidas por Ley

Hay supuestos en los que no se acredita la infracción, no porque se considere que la conducta no sea efectivamente restrictiva de la competencia, sino porque se entiende, aunque sea implícitamente, que se trata de actividades a las que cabe no aplicar las reglas de la competencia. Es el caso de la *Resolución de 3 de junio de 2010* del órgano administrativo catalán de Defensa de la Competencia (Expte. 11/2009). En este supuesto el ayuntamiento presta un servicio que podría resultar económico, realiza una actividad de distribución de cine, concretamente la de exhibición gratuita de películas en salas de cine, dentro de los doce primeros meses posteriores a su estreno. El caso comienza con la denuncia formulada por el Gremio de Empresarios de Cines de Cataluña contra el Ayuntamiento de Barcelona por la realización de supuestas conductas prohibidas por los arts. 1 y 3 de la LDC, que pueden consistir tanto en una conducta de competencia desleal como en una conducta de falseamiento de la libre competencia. La actividad en concreto la realiza una empresa privada que resultó adjudicataria de un contrato de servicios, regulado por la normativa aplicable a los contratos del sector público, para la prestación de actividades culturales, y, entre éstas, la proyección de películas en un entorno municipal.

Lo relevante es que se está enjuiciando una actividad que se considera que tiene cabida en las competencias municipales. En concreto se entiende que la actividad resulta imputable al Ayuntamiento de Barcelona, a quien, según el órgano administrativo que conoce del caso, corresponde la titularidad de la competencia en el ámbito de las actividades e instalaciones culturales y de ocupación del tiempo de ocio, de acuerdo con el art. 66.3 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, y que se concreta, de acuerdo con los arts. 58.3, 59 y 113.1 de la Carta Municipal de Barcelona —aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre— en proporcionar ofertas culturales de interés para los ciudadanos y la promoción de iniciativas culturales en los distritos y en los barrios. Asimismo se cita el art. 25.2.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

Al tratarse de una conducta unilateral y no de un acuerdo o práctica concertada, se examina si la conducta en cuestión puede ser calificada como un acto de competencia

desleal tipificado e infringir así el art. 3 de la LDC («Falseamiento de la libre competencia por actos desleales»: *La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*). En este sentido se baraja incluso la posibilidad de que efectivamente el Ayuntamiento de Barcelona hubiera infringido el art. 15.4 de la Ley 55/2007, del cine, al haber proyectado de manera gratuita una serie de películas de una antigüedad inferior a los doce meses desde su estreno en salas de exhibición. Constatado este dato, los órganos que investigan el caso consideran que, sin embargo, no se concede una ventaja competitiva ni significativa al Ayuntamiento de Barcelona, dado que es un agente que no está inmerso en la dinámica competitiva del mercado, y que tampoco está presente la intención de eliminar un competidor o grupos de competidores del mercado, por lo que no puede calificarse como un acto de competencia desleal. Así las cosas, excluida la finalidad concurrencial de la conducta, se excluye la infracción por competencia desleal. Concretamente se utiliza el siguiente argumento en relación con este requisito: «La finalidad concurrencial de la conducta no depende del propósito o voluntad del sujeto que la realiza, sino, de acuerdo con la presunción *iuris tantum* prevista en el art. 2.2 de la LCD, de su idoneidad objetiva para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias (art. 2.2 LCD). Ahora bien, quedan fuera de la citada presunción de la finalidad concurrencial las conductas que por su naturaleza están ordenadas a la obtención de otras finalidades no concurrenciales propias del sujeto que las efectúa y, además, son objetivamente idóneas para conseguir las, aunque puedan afectar a la posición competitiva de determinados operadores [...]».

A la misma solución, y por las mismas razones y argumentos, se había llegado en la *Resolución de 8 de abril de 2010 (Expte. 10/09)*, en un expediente abierto contra el Ayuntamiento de Badalona por denuncia del mismo gremio de empresarios de cine de Cataluña. En este caso se trataba de la proyección gratuita de cinco películas. Por esta misma circunstancia, además de considerar que con esta actividad económica se podía infringir la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, de cine, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, en la medida que afectaba al interés público, se consideraba que también el ayuntamiento había podido infringir la Legislación de defensa de la competencia (art. 3 LDC).