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

Julia ORTEGA BERNARDO

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

Palabras clave: servicios públicos; actividad económica; Derecho de defensa de la competencia; Autoridades autonómicas en materia de defensa de la competencia; ayudas públicas.

Keywords: public services; economic activity; competition Law; regional authorities for competition's Law enforcement; state aids.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A NIVEL LOCAL: 1. La aplicación de la legislación de la competencia a la actividad administrativa de contratación: 1.1. La licitación de una concesión demanial por la vía de urgencia no es un supuesto contrario a la legislación de defensa de la competencia.—III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: 1. Actividades municipales prestacionales que carecen de la naturaleza de servicio público municipal: 1.1. Los servicios de aparcamiento subterráneo. 2. El servicio público de pago por móvil en las áreas de aparcamiento reguladas. 3. Servicio de gestión de residuos: 3.1. Restricciones impuestas a la libertad de empresa por los municipios: requisitos que ha de cumplir la obligación establecida por Ordenanza local de entregar los residuos urbanos no domiciliarios a los sistemas municipales de gestión. 3.2. Nulidad de la atribución por Ordenanza de facultades que implican ejercicio de autoridad a personal laboral y no funcionario. 3.3. Limitaciones al traslado de la gestión privada de residuos fuera del territorio insular por razón de la implantación de un servicio público. 4. Servicios públicos de cementerios: 4.1. El servicio de crematorio. 5. Servicio de aguas: 5.1. No cabe autorización gubernativa para la celebración de una consulta popular por parte de un ayuntamiento a fin de que se pregunte a los vecinos si estos desean mantener la concesión otorgada a una empresa para la gestión de los servicios de ciclo interior del agua en ese municipio.—IV. REQUISITOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DE LA INICIATIVA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: 1. Actividades funerarias: 1.1. Procedimiento administrativo previo exigible para el ejercicio de la iniciativa pública económica cuando se trata de prestar actividades funerarias por parte de una mancomunidad de municipios y viabilidad de que las mismas se realicen, conforme a lo previsto en los estatutos, fuera del ámbito territorial de los municipios mancomunados. 1.2. Servicios de mantenimiento y acondicionamiento de las instalaciones municipales de velatorio.—V. ACTIVIDAD DE FOMENTO: LAS AYUDAS LOCALES: 1. Sobre la legalidad de las subvenciones municipales otorgadas a un Consorcio que integra entre sus fines la independencia del País Vasco con respecto al Estado.—VI. MEDIDAS ADOPTADAS FRENTE A LOS MUNICIPIOS EN GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2016 es notable el número de sentencias que tienen relación con la prestación de los servicios públicos o de actividades que pretenden serlo. Como ya ocurriera el año anterior (en 2015) se encuentra algún pronunciamiento judicial en relación con la obligación establecida por Ordenanza de adherirse de forma obligatoria a los sistemas públicos de gestión de residuos urbanos, en el que igualmente se procede a anular los preceptos de la Ordenanza local porque ello se dispone sin la suficiente y razonada motivación en términos de mayor eficiencia tanto económica como medioambiental.

Asimismo resulta de especial interés la controversia jurídica que han suscitado ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco las ayudas de distintos municipios de esta Comunidad a un Consorcio local y que se han saldado con diferentes soluciones jurídicas dependiendo del procedimiento utilizado en cada caso para su adopción. Asimismo es reseñable que se haya aceptado judicialmente la realización de una iniciativa pública local en la actividad económica fuera del territorio de los municipios integrados en una mancomunidad, que venía asumiendo en la práctica como tal la realización de dicha actividad empresarial.

En cuanto a las resoluciones de las Autoridades de la Competencia no puede decirse que durante este último año se hayan incrementado con respecto a la actividad de las distintas entidades locales, más bien su número es escaso. De indudable calidad resulta de todos modos algún pronunciamiento en este sentido, que pone de manifiesto la indefectible aplicación de esta legislación de defensa de la competencia a la actividad de los Gobiernos locales.

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

En relación con la aplicación de la legislación de defensa de la competencia a los Gobiernos locales es necesario señalar, como recuerda la *Resolución de 28 de septiembre de 2016 del Consejo de defensa de la competencia de Andalucía*, Expediente S/10/2016, Ayuntamiento de Córdoba, que la garantía de la libre competencia, como principio que se deriva del art. 38 de la Constitución Española, resulta de aplicación a la actuación de las Administraciones públicas, obligadas a eliminar todos aquellos medios de intervención pública que pudieran suponer obstáculos injustificados al mercado, y en especial, tanto en lo referente al principio de igualdad de condiciones en el ejercicio de las actividades económicas como en relación al principio de libre circulación. No obstante, este principio puede resultar limitado al ponderarse con la consecución de otros fines de interés general protegidos constitucionalmente. Para que tal restricción opere, será necesario que la misma venga impuesta por ley o derivarse de una regulación legal, tal como lo dispone expresamente el art. 4.1 de la LDC. Igualmente se recuerda que conforme

al art. 4.2 de la LDC, las prohibiciones establecidas en dicha ley serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal. En consecuencia, toda actividad con incidencia económica que desarrollan directa o indirectamente las Administraciones públicas está sujeta a las normas del Derecho de la Competencia.

En relación con la aplicación de la normativa de defensa de la competencia es asimismo destacable que en el seno del Consejo de Defensa de la Competencia —órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado, a través de la CNMC, con las Autoridades de la Competencia de las diferentes Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la normativa de competencia, que se reúne anualmente (la última sesión fue en febrero de 2016)—, tanto la CNMC (Comisión Nacional de Mercados y la Competencia) como las Autoridades autonómicas pusieran de manifiesto que en el año anterior se había producido un paulatino incremento de los casos abordados por estas Autoridades. También se evidenció que el 25 por 100 de los casos que investigaron tuvieron por objeto prácticas en las que está implicada la Administración.

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

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, en la *Resolución de 28 de septiembre de 2016*, Expediente S/10/2016, dictada en relación con el Ayuntamiento de Córdoba ha seguido esta misma doctrina, conforme a la cual la actividad de contratación que realizan las Administraciones públicas no está, en principio, exonerada de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Así, lo ha afirmado en la conclusión de diversos expedientes, entre los que cabe citar la Resolución S/05/2011, Universidad Internacional de Andalucía: «Todo ello no viene sino a confirmar que la actuación de las administraciones públicas en materia de contratación, además de a las normas administrativas que le sean de aplicación e independientemente de las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas, deberá adecuarse y podrá enjuiciarse conforme a lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia».

1.1. La licitación de una concesión demanial por la vía de urgencia no es un supuesto contrario a la legislación de defensa de la competencia

Que la mera licitación de una concesión demanial por un procedimiento abierto y de tramitación urgente conforme a la TRLCSP no es un acto administrativo al que pueda aplicarse, en principio, la legislación de defensa de la competencia se desprende de la *Resolución de 28 de septiembre de 2016 del Consejo de defensa de la competencia de*

Andalucía, Expediente S/10/2016, Ayuntamiento de Córdoba. Esto es así porque no cabe aplicación del art. 1 LDC en la medida que los hechos denunciados atañen a un acto unilateral, y el análisis de la legalidad de las conductas desde la perspectiva de este artículo exige que se trate de acuerdos bilaterales o plurilaterales, pero no de decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto, como ocurre en el caso que nos ocupa, debiendo exigirse en todo caso que dichos acuerdos procedan de un concierto de voluntades plurales e independientes entre sí.

Tampoco se puede calificar la actividad administrativa de licitar una concesión como subsumible en el tipo infractor contenido en el art. 2 LDC, así lo sostiene el órgano de defensa de la competencia andaluz. Ello es así, porque la aplicación del art. 2 precisa de dos presupuestos. En primer lugar, se necesita que la empresa se encuentre en posición de dominio en el mercado. En segundo término, dicha empresa en posición de dominio debe haber llevado a cabo una conducta considerada abusiva. Por posición dominante se entiende la situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente, que le permite actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores. Ejemplos de explotación abusiva de una posición dominante son la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los mismos. La LDC no prohíbe la mera posición dominante, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

En este contexto, el órgano de la competencia aclaró que el Ayuntamiento de Córdoba no actúa como operador en el mercado de prestaciones de servicios de restauración y atención a visitantes en el término municipal de referencia, ni directamente ni a través de la participación en el capital de otra empresa. Por ello, no podría alegarse que la actuación del ayuntamiento trataría de favorecer una hipotética posición de dominio a través de la restricción de las actividades de sus competidores reales o potenciales. A este respecto también se indica que el hecho de que un ayuntamiento tenga la potestad administrativa de conceder una determinada concesión no implica que exista un mercado de concesiones ni que la potestad de concederlas otorgue al ayuntamiento una posición dominante en el mercado relevante. Si el ayuntamiento limitara o dificultara el otorgamiento de concesiones de uso y/o explotación de un bien demanial, podría considerarse que está introduciendo barreras de entrada, pero no que está actuando abusivamente en un mercado en el que no actúa como operador. En este sentido, en relación con licencias de ocupación de vía pública, se cita normalmente la Resolución del extinto TDC de 20 de marzo de 1998, *Cruz Roja de Fuengirola*.

En cuanto al art. 3 LDC, que faculta a las Autoridades de la competencia a sancionar los actos de competencia desleal que afecten al interés general, también se desecha en

su aplicación porque no se dan los presupuestos para la misma. En este punto también se recuerda que la Autoridad nacional ha venido reiterando en sus resoluciones, que la aplicación de la Ley de Competencia Desleal corresponde a los Tribunales de Justicia, y que la Autoridad de Competencia solo está facultada para realizar el reproche de deslealtad competitiva cuando: *i*) exista un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; *ii*) dicho acto restrinja, altere o distorsione la libertad de competencia en el mercado, y *iii*) el acto de competencia desleal tenga entidad suficiente para afectar el interés público.

III. SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En materia de servicios públicos locales, los estudios jurídicos publicados durante el año 2016 abordan sobre todo la cuestión de la remunicipalización. En ellos se ha tratado de afrontar el fenómeno de vuelta a lo público que se ha producido en diversos ayuntamientos españoles, y en muchos europeos. Se observa que después de una tendencia hacia la gestión indirecta de los servicios públicos a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada, recientemente se ha ido volviendo a la idea de que la gestión de estos servicios debe ser reasumida por medios públicos o de gestión directa.

Entre los artículos publicados sobre esta cuestión hay que mencionar varios, contenidos en los núms. 58-59 de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Iustel, febrero-marzo 2016): de J. TORNOS MÁZ, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», de J. M.^a GIMENO FELLIU, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario de F. A. CASTILLO BLANCO, «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados; y F. J. VILLAR ROJAS «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales». En *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40 de 2016 se publicó el artículo de J. PONCE SOLÉ sobre «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones». También hay que referirse al contenido en el último *Anuario de Derecho Municipal* (núm. 9) del que somos autoras M.^a DE SANDE PÉREZ-BEDMAR y J. ORTEGA BERNARDO: «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», que asimismo ha sido publicado en *Revista de Información Laboral*, núm. 6. Por último, se debe reseñar igualmente el artículo de A. GARRIDO JUNCAL, titulado «Competencias y servicios públicos locales: el nuevo panorama en España tras la LRSAL», publicado en *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. extra 1 (ejemplar dedicado a: «XXX aniversario de la Carta Europea de Autonomía Local»).

1. Actividades municipales prestacionales que carecen de la naturaleza de servicio público municipal

1.1. Los servicios de aparcamiento subterráneo

Que los servicios de aparcamiento subterráneo no constituyen un servicio público es lo que se deriva de la *STS de 26 de mayo de 2016* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), RC 2876/2014, RJ 2016/2657, en el recurso interpuesto por la sociedad anónima Barcelona de Serveis Municipals, S. A., que trae causa de la desestimación de las solicitudes con respecto a la rectificación de autoliquidaciones del Impuesto sobre Sociedades, en los ejercicios de 1999 a 2002.

El Tribunal Supremo viene afirmar que no resulta de aplicación la bonificación prevista en el art. 32.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación con el art. 25.2 de la LBRL al considerar que la gestión de aparcamientos públicos subterráneos no se integra en el ámbito de las competencias municipales en materia de ordenación del tráfico de vehículos en la vía urbana. Hay que tener en cuenta que la Administración tributaria sí viene admitiendo la inclusión del servicio de aparcamiento público en superficie (zona azul, zona verde) en el ámbito de las competencias de ordenación del tráfico del art. 25.2 LBRL.

A juicio de la recurrente, de la nueva redacción del art. 25.2.g) de la LBRL, aprobada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, se derivaría que las medidas de ordenación del tráfico incluyen la gestión de aparcamientos en superficie y también en subterráneo, al referirse genéricamente el tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. De entenderse así, resultaría de aplicación la bonificación del 99 por 100 prevista en el art. 34.2 del Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (actual art. 34 de la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). En este precepto se prevé una bonificación del 99 por 100 a las rentas derivadas de la prestación de cualquiera de los servicios comprendidos en el apartado 2 del art. 25 o en el apartado 1.a), b) y c) del art. 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de competencias de las entidades locales territoriales, municipales y provinciales, excepto cuando se exploten por el sistema de empresa mixta o de capital íntegramente privado.

Al analizar la cuestión controvertida, el TS considera que lo más importante es determinar si concurre el elemento objetivo para poder disfrutar de la pretendida bonificación, es decir, la constatación de que la cuota a bonificar proceda de ingresos derivados de la prestación de alguno de los servicios públicos municipales enumerados en el apartado 2 del art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y más concretamente del entonces apartado 2.b) del expresado artículo (*Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas*). En este punto se considera que la actividad de explotación de aparcamientos, si bien puede colaborar a descongestionar el tráfico de ve-

hículos en la vía pública y puede ser una actividad cuya promoción por el ayuntamiento sea recomendable o incluso necesaria, no constituye por sí misma una actividad integrada en el concepto «ordenación de tráfico de vehículos y personas en la vía urbana». Se realiza así una interpretación restrictiva del requisito comprendido en el art. 32.2 de la Ley 43/1995, en relación al art. 25.2. *b*) de la LRRL. Se sostiene de esta forma que en el concepto de «ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías públicas» no puede incluirse el conjunto de operaciones relacionadas con la construcción y explotación de un aparcamiento para vehículos. Por el contrario, el servicio público de gestión municipal susceptible de bonificación fiscal se refiere a la actividad de ordenación del tráfico en la vía pública, sin perjuicio de que el municipio pueda desarrollar esa labor relativa a los aparcamientos al amparo de lo dispuesto en el (entonces vigente) apartado 1 del art. 25 LRRL.

Con esta interpretación el TS considera que ni en materia de bonificaciones tributarias ni en la de potestades administrativas cabe hacer una interpretación extensiva. En cuanto a lo primero porque las bonificaciones y exenciones constituyen una excepción a la obligación general de contribuir. Todo beneficio fiscal ha de ser objeto de interpretación restrictiva, al configurarse como el establecimiento de excepciones al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, en este caso al principio de igualdad en materia tributaria, en orden a hacer efectivo el principio de contribución general de todos al sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE). Respecto a lo segundo porque las potestades (poderes que se atribuyen con un fin público y solo en la medida en que son necesarios para su realización) administrativas se confieren por ley, para el cumplimiento de unos fines específicos, y su ejercicio puede dar lugar a límites al ejercicio de las libertades públicas constitucionales de los ciudadanos.

2. El servicio público de pago por móvil en las áreas de aparcamiento reguladas

En relación con este servicio de cobro por móvil en las zonas de estacionamiento regulado en la vía pública se ha elaborado un *Informe de 17 de junio de 2016* (OB 25/2016) por parte de la Autoridad de la Competencia de Cataluña, a solicitud de la consulta realizada por una empresa particular. El Informe se emite en el marco de la función de promoción de la competencia que corresponde a este organismo, y de conformidad, por tanto, con lo previsto en la legislación autonómica de defensa de la competencia —art. 2, apartados 1 y 4, y art. 8.1. *b*) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoritat Catalana de la Competencia—. En este informe se analiza este servicio de cobro, y se llega a la conclusión de que es un servicio conexo al servicio de gestión de las áreas de aparcamiento reguladas, el cual habría de ser considerado como un servicio público de titularidad de los ayuntamientos conforme a lo previsto en el art. 25.2. *g*) de la LRRL:

«2. El municipio ejercerá en todo caso competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano».

En este informe se llega a la conclusión de que la propia naturaleza del servicio de gestión de estacionamiento regulado conduce a que habitualmente sea prestado por el propio municipio (ya sea en régimen de gestión directa o indirecta). También se afirma que la gestión del cobro (por ejemplo el pago por móvil) del servicio no resulta imprescindible que sea realizada por el mismo operador que gestiona el área de aparcamiento regulado —ya sea este una empresa municipal o un operador privado—. Asimismo se considera que no se aprecia ningún impedimento para que diferentes operadores puedan llevar a cabo la gestión del cobro del estacionamiento de los vehículos en vía pública en régimen de concurrencia (resulta perfectamente compatible que diferentes opciones tecnológicas estén conectadas con el gestor de las áreas de aparcamiento, de tal manera que recauden en nombre de este los importes que correspondan). Se insiste, justamente, que en caso de que los poderes públicos apostaran por la opción de que un único operador económico gestionara el cobro para el estacionamiento de los vehículos en la vía pública, esto debería justificarse en términos de necesidad y proporcionalidad de esta elección, en la medida que la misma conlleva una evidente restricción de la competencia. No se dice por qué ha de justificarse en estos términos la decisión, salvo cuando se afirma que la «opción de una reserva monopolística para la prestación del servicio implica una importante restricción a la competencia (eliminación de la competencia EN el mercado), que lejos de ser neutra, puede muy probablemente implicar un daño en términos de pagar un sobreprecio por este servicio, así como de limitar las opciones de elección por parte de consumidores y usuarios». Finalmente se reconoce que en caso de que el servicio se decida prestar en régimen de concurrencia (multioperador), los poderes públicos deben dispensar un trato equitativo a los operadores que compitan entre sí. Específicamente se dice que es necesario que no los traten de forma discriminatoria, ya sea con una menor visibilidad en el mobiliario urbano, o en la web oficial del ayuntamiento en relación con este servicio, o a través de informaciones divulgadas por los propios controladores en relación con el uso de un operador.

3. Servicio de gestión de residuos

3.1. *Restricciones impuestas a la libertad de empresa por los municipios: requisitos que ha de cumplir la obligación establecida por Ordenanza local de entregar los residuos urbanos no domiciliarios a los sistemas municipales de gestión*

En la STSJ de Andalucía de 10 de marzo de 2016, rec. núm. 523/2014, se declara (FD 5.º) la nulidad de la regulación contenida en la Ordenanza Municipal de Limpieza Pública y Gestión de Residuos Municipales, aprobada por el Ayuntamiento de Sevilla, al entenderse que la misma impone obligaciones de adhesión al sistema público de gestión de residuos que se han adoptado sin una motivación suficiente en los términos que exige el vigente art. 12.5.c) de la LRSC. Como ya se puso de manifiesto en el *Informe de 2015 del Anuario de Derecho municipal* (pp. 379-381) sobre esta cuestión, este precepto

requiere específicamente que la imposición de la entrega obligatoria de los desechos al sistema público local resulte justificada por razones de mayor eficiencia y eficacia —económica y ambiental— en la gestión de los residuos. Ello es así por cuanto en el ámbito del servicio público municipal de recogida y tratamiento de residuos [obligatorio según el art. 26.1. *b*) LBRL en municipios con más de 5.000 habitantes], la legislación sectorial —la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados—, regula, como regla general, que la gestión de los residuos sea asumida por el productor de los mismos. De manera que el productor de los residuos puede elegir efectuar la gestión bien por sí mismo, bien encargarla a una persona o entidad privada o registrada, o bien entregar los residuos a una entidad pública de recogida para su posterior tratamiento. Como excepción a este régimen se permite en algunos casos, específicamente en los supuestos de los residuos comerciales no peligrosos y domésticos industriales, la imposición por Ordenanza de la entrega forzosa de los residuos a los sistemas públicos municipales de gestión [art. 12.5. *c*) y art. 17.3 LRSC], siempre que ello resulte justificado por razones de mayor eficiencia y eficacia —económica y ambiental— en la gestión de los residuos.

En concreto, y relacionado con el asunto del que conoce la STSJ de 10 de marzo de 2016 hay que mencionar que ya se había efectuado una denuncia sobre el cierre del mercado de gestión de los aceites usados ante el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía. Al respecto se dictó entonces la *Resolución de 16 de diciembre de 2015, S/13/2015 LIPASAM*, que se pronunció ya en su momento sobre este asunto considerando que no existía, sin embargo, una infracción de la legislación de defensa de la competencia.

3.2. *Nulidad de la atribución por Ordenanza de facultades que implican ejercicio de autoridad a personal laboral y no funcionario*

En la misma *STSJ de Andalucía de 10 de marzo de 2016*, también se anula otro precepto de la Ordenanza referida a la gestión de residuos del Ayuntamiento de Sevilla, al considerar que las funciones que le son atribuidas por la Ordenanza al personal laboral de una sociedad anónima municipal engloban cierta facultad que supone el ejercicio de potestades públicas que están reservadas por ley a los funcionarios públicos, conforme establece el art. 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. En concreto se trataba de la facultad de acceso que se reconoce a ese personal, aunque sea identificado, a instalaciones o ámbitos sujetos a inspección en materia de residuos, pues se considera que ese tipo de actuación implica ejercicio de autoridad, al servir como punto de partida a las correspondientes inspecciones.

3.3. *Limitaciones al traslado de la gestión privada de residuos fuera del territorio insular por razón de la implantación de un servicio público*

En relación con las limitaciones que se pueden imponer a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento para garantizar un adecuado servicio de

gestión de residuos, concretamente de los residuos eléctricos y electrónicos resulta de interés la *STS de 1 de marzo de 2016*, rec. 3102/2014. En esta sentencia, se conoce del recurso de casación contra la *STSJ de Baleares de 19 de junio de 2014*, Sentencia núm. 350/2014, JUR 195693, en la que se enjuiciaba igualmente la conformidad a derecho de una autorización otorgada a una entidad gestora de un sistema integrado de gestión de residuos (en adelante, SIG) procedentes de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), que son residuos que se recogen selectivamente y cuyo destino normalmente consiste en su valorización, esto es, en su reciclaje. En este caso lo que se discute es que en la autorización que la Comunidad Autónoma concede a este gestor privado se impongan limitaciones al traslado de residuos a otra Comunidad Autónoma distinta a las Islas Baleares, u a otra isla distinta de Mallorca.

En su momento la entidad gestora del Sistema integrado de gestión alegó que la prohibición de trasladar los residuos a otra Comunidad Autónoma u a otra isla no se podría hacer derivar ni del planeamiento sectorial ni de la legislación básica estatal (art. 22 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados), y además infringiría los principios de libre competencia, libre circulación de bienes y unidad de mercado.

Por su parte, la Comunidad Autónoma consideraba que a la posibilidad de que los residuos hubieran de ser transportados fuera de Mallorca para su tratamiento, resultaba contraria al Plan Director Sectorial de gestión de residuos; y que en este sentido el principio de territorialidad en materia de residuos se hallaba previsto tanto en el art. 16 de la antigua Ley de residuos 10/1998 (también aplicable al caso por razón del tiempo en el que sucede la controversia), como en el Plan Director Sectorial. En este último se configuraba, a su juicio, la gestión de residuos como un servicio público insular en Mallorca, que se prestaría en régimen de gestión indirecta a través de una empresa concesionaria, «MAC Insular, S. L.», que en realidad se viene dedicando a la explotación de la única planta de tratamiento existente para la gestión de estos residuos. Sostenía en este sentido que el Plan Director Sectorial para la gestión de los residuos de construcción-demolición, voluminosos y neumáticos fuera de uso de la Isla de Mallorca (*BOIB* núm. 141, de 23 de noviembre de 2002) —que incluye los derivados de aparatos eléctricos y electrónicos en la categoría de «residuos voluminosos»— responde a la finalidad de evitar el transporte de los residuos, al ubicar en el territorio balear las instalaciones oportunas, de acuerdo con el principio de proximidad, y al configurar la gestión de estos residuos como un servicio público insular, de manera que sobre el transportista recaiga la obligación de entregar los residuos en las plantas de tratamiento gestionadas por el Consell de Mallorca.

Cuando finalmente tanto el Tribunal Superior de Justicia, como el TS se pronunciaron sobre este asunto declararon ambos que las limitaciones al traslado de residuos que se imponen al SIG no se desprenden de la legislación de residuos ni tampoco del Plan mencionado, ni se derivan del principio de proximidad, que no obliga de forma indubitada a que los residuos recogidos en la isla deban de ser necesariamente tratados o gestionados en la isla. Consecuentemente en estos pronunciamientos judiciales se declara que cualquier limitación que pudiera derivarse de dicho principio, y de los correspon-

dientes instrumentos normativos, debe interpretarse en el sentido de que el tratamiento de estos residuos que se realiza en la Isla de Mallorca puede corresponder en exclusiva al concesionario contratado por el Consell Insular, pero no que todo tratamiento de los residuos recogidos en Mallorca (y el resto de las Islas) deba realizarse por el mismo gestor en la propia isla.

4. Servicios públicos de cementerios

4.1. El servicio de crematorio

En relación específicamente con la actividad de crematorio se pronuncia la *Resolución de 23 de mayo de 2016 del Tribunal de la Competencia de Castilla-La Mancha* (Expte. TC/SAN/2/2016). Se trata de un expediente abierto como consecuencia de una denuncia de un empresario presentada contra el Ayuntamiento de Ávila ante la negativa de autorizar la instalación de un crematorio privado. A este respecto el Tribunal de la Competencia de Castilla y León considera que constituye un acto administrativo la denegación de la autorización que se ha adoptado por parte del Ayuntamiento de Ávila, y que, por tanto, él mismo, como Tribunal de Defensa de la Competencia, no puede impugnar el acto administrativo denunciado, al carecer de personalidad jurídica. Por ello acuerda que se traslade el asunto y que se inste su impugnación por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Siendo cierto que este Tribunal de Defensa de la competencia es un mero órgano de la Consejería, a tenor de lo dispuesto en el Decreto 5/2009, de 15 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León por el que dicho tribunal se crea y se enuncian sus funciones, no se entiende muy bien que no pueda asumir la competencia de impugnación de actos administrativos prevista en el art. 13.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a favor de los órganos y organizaciones de defensa de la Competencia autonómicos (art. 13.2: «Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados»).

Por otro lado, habría que advertir que la decisión de este asunto está estrechamente conectada con el dato jurídico-normativo de que, aunque se entendiera que la actividad de crematorio no está liberalizada ni se encuentra sometida al régimen de libre mercado —establecido con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, que liberalizó las actividades funerarias— y, por el contrario, se resolviera que se trata de una actividad de servicio público comprendida dentro del *servicio de cementerios* [art. 25.2.k) LRBRL], tampoco podría excluirse, *prima facie*, que su ejercicio se realizará por empresas particulares. Esto es así ya que no se trata de una actividad integrada entre los servicios públicos locales declarados como reservados y susceptibles de monopolio

local con base en el vigente art. 86.2 LRBRL, de los que quepa excluir su prestación por empresas particulares en régimen de mercado. Cuestión distinta, que también habría que dilucidar, es la que se invoca por parte del Ayuntamiento de Ávila, sobre si existen parcelas de suelo que, desde una perspectiva urbanística, pudieran ser empleadas para este fin. En este sentido hay que tener en cuenta que se trata de la solicitud para implantar un equipamiento comunitario no previsto como tal en el instrumento de planeamiento urbanístico —Plan General de Ordenación Urbana— aprobado en este municipio.

5. Servicio de aguas

5.1. *No cabe autorización gubernativa para la celebración de una consulta popular por parte de un ayuntamiento a fin de que se pregunte a los vecinos si estos desean mantener la concesión otorgada a una empresa para la gestión de los servicios de ciclo interior del agua en ese municipio*

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en *STS de 29 de noviembre de 2016* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a) Sentencia núm. 2526/2016, de 29 de noviembre, JUR 2016/264133, cuando desestima el recurso que se interpone contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2015, que deniega la autorización para celebrar la consulta popular solicitada por el Ayuntamiento de Cogollos Vega (Granada) cuyo objeto era: «¿Desea Vd. que el Ayuntamiento de Cogollos Vega mantenga la concesión otorgada a la empresa Aguasvira, S. A., para la gestión de los servicios de ciclo integral del agua en este municipio, acordada por convenio suscrito por el anterior alcalde, D. Gonzalo hasta el año 2027 sin acuerdo plenario?».

Además de las cuestiones relativas al ámbito y régimen jurídico de las consultas populares, se entiende que la denegación es conforme a derecho porque, a juicio del TS, la pregunta no tiene por objeto un asunto propio de la competencia municipal, como exige el art. 71 de la LRBRL. Según este tribunal la pregunta guarda una relación indirecta con un servicio público contenido en el listado que establece el art. 25.2.c) de la Ley de Bases de Régimen Local, en tanto relativo a «abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales». Conforme a la opinión jurídica del Tribunal Supremo, tal y como está formulada la pregunta, esta no se ciñe al ámbito propio de una competencia sobre esa materia, ni pretende la participación ciudadana sobre cómo se gestiona el servicio de gestión integral del ciclo del agua, sino que en realidad, suscita una cuestión que afecta a unos concretos convenios en su momento suscritos por el Ayuntamiento demandante con el Consorcio, en particular en lo relativo a la adhesión del municipio de Cogollos Vega para la prestación de los servicios del ciclo integral del agua a través del ente instrumental del Consorcio, la sociedad de economía mixta Aguasvira, S. A. En definitiva, el Tribunal Supremo afirma que las decisiones sobre la continuidad, o no, de esa forma de prestación del servicio y sobre la legalidad de la for-

ma de acordar aquella, en tanto que en el propio enunciado de la pregunta se introduce una toma de posición sobre la misma, son cuestiones ajenas al ámbito de competencias propias municipales, y, por tanto, no son asuntos sobre los que se pueda consultar a los vecinos de un municipio a través de este instrumento participativo como es la consulta popular.

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

1. Actividades funerarias

1.1. Procedimiento administrativo previo exigible para el ejercicio de la iniciativa pública económica cuando se trata de prestar actividades funerarias por parte de una mancomunidad de municipios y viabilidad de que las mismas se realicen, conforme a lo previsto en los estatutos, fuera del ámbito territorial de los municipios mancomunados

En la *STSJ de Castilla y León de 29 de febrero de 2016*, núm. 314/2016, RJCA 2016/281, la cuestión esencial que se dilucida consiste en aclarar cuál resulta ser el procedimiento aplicable para el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica por parte de una mancomunidad, integrada por varios municipios, que se constituyó para la prestación de servicios funerarios.

En este recurso de apelación, a diferencia del fallo del tribunal de instancia, se declara conforme a Derecho el acuerdo de la referida Mancomunidad de servicios funerarios por el que se modifican sus Estatutos con el fin de ampliar el ámbito territorial de su actividad empresarial fuera de su ámbito inicial de ejercicio de competencias. En resúmenes cuentas, el TSJ entiende que resulta conforme con el ordenamiento jurídico la referida modificación estatutaria que sirve de base para que la Mancomunidad desarrolle esa actividad económica incluso fuera de su territorio. Y que lo haga además a través de una empresa, sociedad de economía mixta, que se habría constituido conforme al art. 85 LRBRL, con anterioridad a la modificación de los Estatutos, y con respecto a la que se había acordado por concurso la entrada de un socio privado minoritario. En concreto, la Mancomunidad en cuestión ejerce su actividad funeraria a través de la mercantil Serfunle, S. A., en la que la Mancomunidad ostenta el 51 por 100 del capital social y el 49 por 100 restante le corresponde a otra mercantil (Grupo Memoria), al que le fue adjudicado tras concurso convocado para la selección de un socio accionista.

Hay que tener en cuenta que la modificación estatutaria y el procedimiento que se sigue para su adopción sirven, a juicio del TSJ, a modo de expediente en el que se acredita la conveniencia y oportunidad de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia, en conformidad con lo dispuesto en el art. 86.1 LRBRL. Este expediente, regulado en el art. 86.1 LRBRL (en su versión

anterior a la LRSAL, Ley 27/2013, que era la vigente en el momento de la aplicación al caso), ha de seguirse en este supuesto, al tratarse de una actividad económica que se presta en régimen de libre competencia con otros empresarios privados, esto es, al tratarse de una iniciativa pública en la actividad económica.

Se trata de una actividad económica porque, como reconoce la propia STSJ de Castilla y León de 29 de febrero (FJ 1.º), va más allá de los servicios públicos del art. 25 LRBRL, lo que se explica debido a la evolución de la configuración normativa de las actividades funerarias. En este sentido se recuerda que tales actividades pasaron de ser un servicio público a liberalizarse, a convertirse en una mera actividad económica realizada en régimen de mercado y de libre competencia, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, y posteriormente según lo regulado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. En este punto se pone de manifiesto, que en sintonía con este cambio, y a mayor abundamiento, que en la actualidad, la expresión «servicios funerarios» ha sido sustituida tras la nueva redacción del apartado *k)* del art. 25 LRBRL dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, por la de «Cementerios y actividades funerarias». En este punto la sentencia es muy precisa al recordar que tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, la prestación de los servicios funerarios (mortuorios) quedó liberalizada y ello sin perjuicio de que los ayuntamientos —que conservan la competencia— pudieran someter a autorización la prestación de dichos servicios. Además explica de forma muy clara que la liberalización efectuada en materia de servicios funerarios no impide en modo alguno la iniciativa pública en esa actividad económica por parte de las entidades locales conforme al art. 128.2 de la Constitución. También se trae a colación, desde la perspectiva autonómica, el art. 22 del Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León, en el que se señala que «1. Los servicios funerarios tendrán la consideración de servicios básicos para la comunidad y podrán ser prestados por las Administraciones Públicas, por empresas públicas, mixtas o privadas, y en régimen de concurrencia competitiva».

Asimismo se pone de manifiesto que la referida Ley 24/2005 profundizó en la liberación de la prestación de los servicios funerarios; especialmente en cuanto a la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado de cadáveres, que podrían a partir de ese momento realizar las empresas de cualquier ayuntamiento sin límites territoriales. En relación con esta cuestión se argumenta en la sentencia que con esta modificación estatutaria (impugnada en el proceso) lo que se pretende es que las actividades funerarias desarrolladas por la Mancomunidad puedan realizarse expresamente fuera del ámbito territorial que determinan las competencias de las Administraciones locales que conforman la referida Mancomunidad. Pues bien, en este punto, una de las afirmaciones que se extraen de la sentencia es que el ejercicio de un servicio liberalizado puede desarrollarse por la Administración local en un espacio territorialmente ajeno, aunque de alguna forma conectado, a su competencia. El TSJ llega a esta conclusión aunque parte de que la mancomunidad de municipios constituye «un instrumento asociativo, con naturaleza de entidad Local» (arts. 44 y 3 LBRL y art. 29 de la Ley 1/1998 de Régimen

Local de Castilla y León) que permite a diversos municipios la ejecución en común de obras y servicios concretos, que son de su competencia, estando delimitada por su objeto dentro de las competencias propias de los ayuntamientos que las constituyen, y por su ámbito territorial, que lógicamente no puede exceder del de aquellos (art. 12.1 LRBRL). Lo definitivo para que el TSJ llegue a permitir la realización extraterritorial de las actividades funerarias por una mancomunidad es considerar que ya se había instaurado —conforme lo establecido el propio art. 22 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, con el propósito de profundizar en la liberalización de los servicios funerarios— la «eficacia extraterritorial de las autorizaciones municipales regladas» a las que los ayuntamientos pueden someter la prestación de estos servicios, de modo que tal autorización con eficacia extraterritorial pueda ser obtenida por cualquiera de las empresas que un ayuntamiento haya habilitado respectivamente para realizar dicha actividad «en todo el territorio nacional». Además, a juicio del tribunal, queda demostrado que en este caso sí se puede acreditar la existencia de un punto de conexión, que según él, ha de existir entre los fines de la Mancomunidad, los servicios de la empresa mixta y el ámbito territorial de competencias de la entidad local. En este caso el punto de conexión consiste en que, conforme a la modificación estatutaria, propuesta y aprobada, el traslado ha de tener necesariamente origen o destino final en el territorio de la Mancomunidad, siendo intrascendente, dada la singularidad del servicio en cuestión, la condición de vecino o no del fallecido o familiares.

Finalmente, el TSJ de Castilla y León tampoco considera que se trate de una modificación sustancial de los Estatutos de la Mancomunidad de conformidad con lo establecido en los arts. 37 y 38 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León», en la medida que el art. 38.4 de esta Ley prevé que: «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, tendrán carácter sustancial las modificaciones de los Estatutos que afecten a la representatividad que los Ayuntamientos tengan en los órganos de gobierno de la mancomunidad, a los criterios para las aportaciones financieras y aquellas otras que los propios Estatutos determinen».

Por último, hay que tener en cuenta que la actividad funeraria de la Mancomunidad ya había sido recurrida, desde un punto de vista jurídico-mercantil, puesto que esta entidad local, con anterioridad a la modificación estatutaria, había venido llevando a cabo traslados de cadáveres desde otros municipios a cualquiera de los municipios mancomunados. Este recurso finalizó ante la jurisdicción civil, cuando la STS de 24 de julio de 2012 dictada en el recurso de casación 1404/2009, resolvió varias acciones de competencia desleal que se interpusieron bajo el argumento de que la mancomunidad realizaba actuaciones ilegales al prestar sus servicios fuera de su ámbito territorial. En esta STS se llegó a la conclusión de que, aunque tales actuaciones contravenían lo dispuesto en los estatutos de la referida Mancomunidad, no se podía considerar que se tratara de un acto de competencia desleal, cuya existencia solo puede ser verificada si se obtiene una ventaja competitiva que se produce mediante infracción de una norma legal; lo que no procedía en este caso, al tratarse de la infracción de una norma con efectos estrictamente internos, organizativos, no oponible ni invocable por terceros.

1.2. *Servicios de mantenimiento y acondicionamiento de las instalaciones municipales de velatorio*

En relación con la adjudicación directa por contrato de servicios, de los servicios de mantenimiento y acondicionamiento de las instalaciones municipales de velatorio por parte del Ayuntamiento de Serranillos (Ávila) a una empresa municipal, en la *Resolución de 7 de julio de 2016*, el Tribunal de la Competencia de Castilla y León dictamina que el encargo realizado puede encajar en la adjudicación directa de un contrato menor que prevé el art. 138.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de Contratos, por lo que archiva la denuncia de práctica contraria a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

V. ACTIVIDAD DE FOMENTO: LAS AYUDAS LOCALES

1. **Sobre la legalidad de las subvenciones municipales otorgadas a un Consorcio que integra entre sus fines la independencia del País Vasco con respecto al Estado**

En relación con esta cuestión nos encontramos con varias sentencias del TSJ del País Vasco. En todas ellas, desde diferentes supuestos impugnatorios, se dilucida la legalidad de varias ayudas o subvenciones municipales otorgadas por diversos ayuntamientos a la entidad local Consorcio Udalbiltza.

En la primera de ellas en el tiempo, en la *STSJ del País Vasco de 19 de enero de 2017*, núm. 5/2016, JUR 2016/71465, se enjuicia la ayuda que se había entregado en concepto de subvención por parte del Ayuntamiento de Otxandio, al impugnarse la renovación del convenio de colaboración suscrito entre ambas entidades locales. El Tribunal decide anular la renovación del convenio por no ser conforme al ordenamiento jurídico, y condena al citado ayuntamiento a obtener la devolución de las cantidades abonadas en su ejecución.

En la sentencia se parte de la legalidad de la concesión de ayudas municipales a entidades legalmente constituidas, como en el caso de un Consorcio constituido sobre la base del art. 87 LRBR por su relación con la esfera de intereses a que debe servir la entidad local. Ello justifica la ayuda en cuestión, en la medida que un consorcio es una forma o instrumento de organización común del que pueden servirse las entidades locales para realizar actuaciones o gestionar servicios en que estén mutuamente interesadas. También se basa el Tribunal de la consideración de que en ese supuesto no cabe hablar de actuación instrumental del Consorcio subvencionado al servicio de fines ajenos a la entidad local que otorga la subvención, o de concesión o utilización fraudulenta de esta, sino que la acción de fomento municipal debe entenderse amparada por la convergencia de sus competencias y fines con los inherentes a la acción consorcial subvencionada.

Sin embargo, el TJ del País Vasco anula en este recurso de apelación la subvención concedida por considerar que se ha realizado con infracción de los arts. 8.1 y 22.1 de la Ley 38/2003, general de subvenciones, aplicable al caso, además de su carácter básico (DF 1.^a1), por la naturaleza de la prestación comprometida en el convenio de colaboración con el Consorcio Udalbiltza: de subvención. De esta manera considera la sentencia que al tratarse de una aportación dineraria realizada por esa Administración a favor de una entidad (Consorcio) de naturaleza diferente para desarrollar actuaciones de interés común a ambas, que la destinataria tiene atribuidas en sus estatutos; tal aportación está comprendida en el ámbito de la Ley 38/2003, general de subvenciones, de conformidad con el art. 2.1 y 2 de esa norma. Y por ello, teniendo la ayuda prevista en el mencionado convenio el carácter de subvención no podía comprometerse su otorgamiento sin la aprobación previa del plan de estratégico previsto por el art. 8.1 de la Ley 38/2003; y además la concesión de la ayuda requería la convocatoria pública de un procedimiento de concurrencia, acorde a las bases aprobadas por el órgano convocante (art. 22.1 de la misma Ley). Además de seguirse ese procedimiento, sujeto a los principios enunciados por el art. 8.3 de la Ley 38/2003, se debe acreditar que el solicitante se encuentra en la situación que justifica la concesión de la subvención y que cumple los otros requisitos previstos por las bases reguladoras de la convocatoria y, en su caso, que no se halla incurso en ninguna de las causas que impiden la obtención de la ayuda (art. 13.1 y 2 de la Ley 38/2003).

La sentencia además matiza que, sin embargo, no puede entenderse que el incumplimiento del requisito de publicidad previsto por el art. 18.1 de la Ley 38/2003 afecte a la validez del acuerdo municipal que aprobó ese convenio y con ello autorizó la subvención y su ejecución.

Posteriormente el mismo *TSJ de País Vasco*, en *Sentencia de 25 de enero de 2016* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) Sentencia núm. 13/2016, JUR 2016/71876, declara la legalidad de una subvención similar concedida por el Ayuntamiento de EA. En este supuesto lo impugnado es el acuerdo de aprobación definitiva del presupuesto en el que el referido ayuntamiento había integrado la ayuda municipal al Consorcio. En este caso el Tribunal considera que como la subvención controvertida se haya prevista nominativamente en los Presupuestos de la entidad local, ha de admitirse su concesión directa. De manera que la ayuda puede otorgarse sin que fuera necesaria la aprobación previa del Plan Estratégico a que se refiere el art. 8.1 de la Ley 38/2003 y sin la convocatoria de un procedimiento de concurrencia para su otorgamiento con arreglo a las bases, también previamente aprobadas [art. 22.2.a) de la misma Ley].

Así, y con independencia de que el Ayuntamiento de EA haya aprobado un Plan Estratégico, previamente o *a posteriori*, no pueden estimarse infringidos ni el art. 8 (apdos. 1 y 3) de la Ley 38/2003, ni tampoco el art. 16 de esa misma norma, ya que se considera que el convenio de colaboración a que se refiere ese precepto no es un requisito de validez de la concesión directa, sino el instrumento hábil para establecer las condiciones y obligaciones que asume el beneficiario y a cuyo cumplimiento se haya supeditada el disfrute o consolidación de la ayuda.

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

Por otro lado, la sentencia pone de manifiesto que como cualquier partido político —por poner un ejemplo— el Consorcio tiene acceso a las ayudas previstas por la Ley de financiación de esas entidades, o cualquier asociación o fundación cultural, social o recreativa —por poner otro— puede ser contratada o subvencionada por las Administraciones públicas concernidas por sus actividades, cualquiera que sea la ideología o postulados de unos y otros. Por ello, también el Consorcio Udalbiltza tiene derecho a ser subvencionado por el ayuntamiento demandado, aunque los objetivos y acciones previstos por sus estatutos, y su propia constitución, se enmarquen en una determinada estrategia política independentista. La cuestión, a juicio del tribunal, es si la actividad subvencionada no por si sola sino por su relación con la esfera de intereses a que debe servir la entidad local justifica la ayuda en cuestión, dado que la acción de fomento municipal debe entenderse amparada por la convergencia de sus competencias y fines con los inherentes a la acción consorcial subvencionada. En este sentido se cita además la Sentencia de 25 de octubre de 2005 del Tribunal Supremo que resolvió el recurso de casación (núm. 3026/2003) interpuesto contra la sentencia dictada con fecha de 23 de diciembre de 2003 (rec. 72/2001), que examinó la validez del acuerdo de 27 de diciembre de 2000 de la Diputación Foral de Gipuzkoa que concedió una subvención a Udalbide Elkarlan Elkartea. La cita viene justificada porque en esa sentencia del Tribunal Supremo aun reconociendo la identidad de fines entre Udalbiltza y la asociación subvencionada, desestima la pretensión de la Abogacía del Estado de que se declare la nulidad del acto recurrido por cuanto «habrá de reconocerse a Udalbide una pluralidad de finalidades entre las cuales ha de admitirse la promoción lingüística, cultural, económica y sociológica que aparecen expresamente proclamados y que son los invocados para justificar la subvención otorgada, a tenor de las competencias reconocidas a la Diputación Foral que han quedado expuestas. Al menos otra cosa no se ha acreditado por parte de la Administración del Estado que en cuanto a este extremo concreto ha limitado su actividad al campo de las meras alegaciones».

En este sentido el TSJ considera que lejos de haber acreditado la recurrente que la actividad subvencionada no se compadece con los intereses a los que debe atender la entidad local, hay que apreciar una conexión *ratione materiae* entre la acción fomentada y las competencias que la legislación de régimen local atribuye a esas entidades, sin perjuicio del control *ex post* del destino de la ayuda a la realización de la actividad prevista o causa de su concesión, de conformidad con las condiciones y obligaciones asumidas por la subvencionada en el convenio de colaboración (art. 16 de la Ley 38/2003).

Para el TSJ tampoco cabe apreciar la vulneración del principio de lealtad institucional, en la medida en que no puede sostenerse que el planteamiento de objetivos que no casen con el marco constitucional vigente, a salvo su revisión, deslegitime la acción de fomento objetivamente justificada.

Por último, en relación con el mismo Consorcio, la *STSJ del País Vasco de 22 de junio de 2016* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) Sentencia núm. 277/2016 de 22 de junio, JUR 2016/202950, se desestima también el recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia en fecha de 29 de julio de 2015, desestimatoria a su vez del recurso contencioso-administrativo interpuesto en este caso contra el Decreto del Ayuntamiento de Anoeta de 3 de marzo de 2014, por el que se acuerda realizar una aportación económica por importe de 3.000 euros a favor del Consorcio Udalbiltza. En este supuesto se considera inexistente la alegada infracción del art. 8.1 de la Ley General de Subvenciones, en tanto que esta ley no resulta aplicable al caso, al tratarse, según se indica en el Decreto recurrido, del abono de la cuota ordinaria correspondiente al año 2014, en la condición del ayuntamiento de miembro del Consorcio, y por tanto, sin naturaleza subvencional.

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

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha elaborado el *Informe de 13 de diciembre de 2016* (UM/266/16) en relación con la reclamación presentada, al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, por la falta de consideración por parte del Ayuntamiento de Villena de los ingenieros técnicos industriales como técnicos competentes para suscribir certificados para la obtención de licencias de segunda ocupación de vivienda. En concreto la reclamación se presenta contra cinco resoluciones, de fecha 11 de noviembre de 2016, del Ayuntamiento de Villena, por las que se deniega la licencia de segunda ocupación a los solicitantes porque la persona que emitió el informe técnico preceptivo, ingeniero técnico industrial, carecería de competencia para ello.

En este informe considera la CNMC que la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones públicas para el desarrollo de una actividad concreta, como en este caso, la exigencia de la titulación de arquitecto o arquitecto técnico para la expedición de certificaciones técnicas, en particular, certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) así como del art. 4 de la Ley 40/2015, de Régimen jurídico del sector público. Entienden además que dicha restricción no resulta proporcionada ni justificada porque no ha sido fundada por la Administración en ninguna de las razones imperiosas de interés general

del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. En todo caso, y aunque en este supuesto hubiera concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional, en la línea de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada en las SSTJUE de 22 de enero (C-31/00) y 16 de mayo (C-232/99) de 2002. En el informe se concluye recordando que en el caso de que la autoridad competente no rectificase su criterio, la Comisión estaría legitimada para interponer contra la actuación administrativa el recurso especial al que se refiere el art. 27 de la LGUM en relación con el art. 127 *bis* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y pedir su nulidad.

En relación con la legislación de garantía de unidad de mercado, hay que citar las siguientes aportaciones doctrinales publicadas durante el año 2016: de J. NARBÓN FERNÁNDEZ, «Los discutibles presupuestos económicos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175; de L. COSCULLUELA MONTANER, «El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016 (ejemplar dedicado a: El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea) y el de N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, titulado «La Audiencia Nacional cuestiona la arquitectura jurídica de la Ley de Unidad de Mercado», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2016.

Asimismo en el libro colectivo *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016* coordinado por F. LÓPEZ RAMÓN se encuentran publicados varios trabajos sobre el tema: «Mecanismos para la defensa de la unidad de mercado: el procedimiento de reclamación de los operadores económicos», de I. URRUTIA LIBARONA; «Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso», de M. RODRÍGUEZ BEAS; «Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado», de A. B. CASARES MARCOS, y «Las vías alternativas de recurso en el ámbito de la unidad de mercado», de I. GONZÁLEZ RÍOS. También resulta reseñable el artículo de M. BASSOLS COMA sobre «Los medios de defensa de los operadores económicos ante la libertad de establecimiento y circulación en el marco de la ley de garantía de la unidad mercado», de *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal: RI-SHUR*.