

Julia Ortega Bernardo*

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA A LOS GOBIERNOS Y ADMINISTRACIONES LOCALES Y SUS EXCEPCIONES AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL

En este estudio, que toma como referencia básica el material empírico que proporcionan las Resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia dictadas en los últimos cinco años, se delimita el alcance con el que se aplican las normas de la competencia a la actividad de los Gobiernos y Administraciones locales y se dilucida que las mismas no se aplican exclusivamente a la actividad empresarial local sino también a la que comporta ejercicio de poder público. Asimismo se analizan los requisitos jurídico-formales y materiales que han de concurrir para que la actividad local quede exenta de la aplicación de dichas normas.

Palabras clave: Gobiernos y Administraciones locales, aplicación de las normas de defensa de la competencia, autoridades de defensa de la competencia, restricciones de la competencia, potestades administrativas, ejercicio de poder público, Derecho europeo de la competencia, conductas exentas de la aplicación de las normas de la competencia, servicio público local, iniciativa económica local, ordenanzas locales.

Clasificación JEL: K21.

1. Introducción

El principio de libertad de competencia que se deriva del artículo 38 de la Constitución española (en ade-

lante CE)¹, en la medida en que se articula a través de medios de intervención global o transversal sobre el mercado —como las normas de defensa de la competencia—, se proyecta sobre la actuación de las Administraciones públicas y obliga a eliminar otros medios de intervención pública, que pudieran ir dirigidos a implantar determinados obstáculos injustificados al mer-

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta investigación se cerró provisionalmente el 15.6.2013 (definitivamente el 1.04.2014). Ha sido elaborada en el marco del Proyecto «Desarrollo del Mercado interior a través de los Gobiernos locales», referencia: DER2012-34855 del VI Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental (convocatoria 2012) del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Así en ARROYO JIMÉNEZ, L. (2004): *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 141; CINDONCHA MARTÍN (2006): *Libertad de empresa*, Madrid, Civitas, p. 374. Esta misma idea en la STC 1986/1988, de 1 de julio.

cado, tanto con respecto al principio de igualdad de condiciones en el ejercicio de las actividades económicas, como en relación al principio de libre circulación². Aun así, la garantía de la libre competencia no es un principio absoluto, y puede resultar limitado al ponderarse con la consecución de otros fines y valores de interés general protegidos jurídico-constitucionalmente. Por ello es necesario admitir las restricciones a la competencia que pudieran imponerse por ley o derivarse de una regulación legal. Consecuentemente se acepta que las normas de la competencia no se apliquen en todos los casos a la actividad de los Entes locales, tanto a la de carácter material como a la de naturaleza jurídica³ a condición de que tales restricciones se deriven de la aplicación de una ley, es decir, encuentren amparo legal. Así se prevé expresamente en el art. 4 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC⁴).

A pesar de lo expuesto, hay que partir del dato jurídico (ex art. 4.2 LDC *a sensu contrario*) de que las normas de la competencia se aplican, *prima facie*, a la actividad con incidencia económica que desarrollan las Entidades locales, tanto a la actividad empresarial realizada directa o indirectamente por ellas, como a la que los Gobiernos locales inducen a desarrollar y a la que, con este fin, despliegan ellos mismos en el ejercicio de sus poderes públicos, normativos y ejecutivos⁵. En estas páginas se

tratará de dar cuenta de ello y de analizar el alcance e intensidad con el que se verifica dicha aplicación.

En relación a la primera premisa (aplicación a la actividad económica) no parece que pueda plantearse ninguna duda al respecto si se atiende al Derecho primario europeo (actual art.106.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) y a la jurisprudencia comunitaria⁶, en la que se declara que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. Este amplio entendimiento del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia ha sido tomado asimismo expresamente en consideración por la jurisprudencia española⁷ y se ha elevado a categoría legal con la Disposición adicional 4.1 LDC. Para el Derecho de Defensa de la Competencia, lo relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la compe-

de la regulación. Dir. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1, Madrid, Iustel, pp. 440-462, conforme a la cual no cabe fiscalizar la actuación administrativa, desde la perspectiva de las normas de la competencia, si se está en supuestos en los que la Administración actúa como poder regulador, en los que efectivamente —y esto no se puede discutir— el control pleno de la decisión primaria tanto de su contenido material como del cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, apartado 21, de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06. Vinculada con esta jurisprudencia se halla aquella otra que declara el sometimiento de las empresas públicas a las normas de competencia y las obligaciones de los Estados al respecto: Sentencias de 3 de octubre de 1985, asunto 311/84, CBEM/CLT e IPB; de 17 de mayo de 1994, asunto C-18/93, Corsica ferries/Corpo dei Piloti del Porto di Genova, y 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, Mercati Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrieli.

⁷ Esta tesis ha sido recientemente sostenida por el Tribunal Supremo, («el ejercicio de funciones públicas no exime a la Administración Pública de su sometimiento a la legislación de la competencia»), en el FJ 5 y en el FJ 6 de la STS de 14 de junio de 2013, recurso de casación núm. 3282/2010, promovido por el Ayuntamiento de Mallorca. Así, entre otras anteriores, SSTS de 4 de noviembre de 2008 (recurso 5837/2005), SSTS 19 de junio de 2.007, rec. 9.449/2.004 y 26 de abril de 2010, rec. 3359/2007, asimismo las Sentencias de la Audiencia Nacional 30 de septiembre de 2010, rec 815/2009, y 18 de febrero de 2009, rec. ° 327/2006, Ambulancias Orense, y de 11 de noviembre de 2003, rec. 839/2000.

² SORIANO GARCÍA (1998): *Derecho público de la competencia*. Madrid, Marcial Pons, p. 241.

³ Sobre su distinción GALLEGU ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH (2001): *et al. Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, p. 22.

⁴ Bajo la vigencia de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, (en adelante LDC 1989), la excepción solo era aplicable con respecto a las normas legales que ordenaban la realización de conductas colusorias, mientras que con la vigente LDC también se aplica a las conductas abusivas y desleales comprendidas en los artículos 2 y 3 LDC. No es la única excepción que se prevé a la aplicación de las normas de Derecho de la competencia, también se produce su inaplicación cuando se trata de conductas de escasa importancia, que se determinan conforme a los criterios adoptados reglamentariamente (art. 5 LDC), o cuando se produce una decisión singular de exención adoptada por la CNC con base en el art. 6 LDC.

⁵ Con esta tesis lo cierto es que se matiza en parte la concepción que se ha mantenido tradicionalmente y que sostiene, entre otros, CASES PALLARES (2010): «Regulación y competencia. Límites y conexiones». en *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones*

tencia en el mercado⁸. Tanto la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁹, como, en mayor medida, los órganos y organismos administrativos autonómicos de defensa de la competencia, allí donde se han creado¹⁰, al ejercer funciones consultivas, de control y sanción de las prácticas restrictivas de la concurrencia entre empresarios fiscalizan la actividad de los ayuntamientos, toda vez que pueden incurrir en alguna de las conductas prohibidas por las normas de la competencia.

Es cierto que siempre se podría argumentar en contra de la efectiva aplicación de las normas de la competencia a las Entidades locales en el sentido de que se podría pensar que las conductas anticompetitivas que se desarrollan a nivel local no pueden ocasionar perjuicios significativos a la competencia, debido a su menor importancia económica¹¹. Sin embargo, a estas alturas no se pone en duda, siguiendo la jurisprudencia del Tri-

bunal de Justicia de la Unión Europea, que las ventajas económicas que los Gobiernos locales confieren a sus empresas o a ciertas empresas privadas pueden tener incidencia en los intercambios comerciales entre Estados¹². Por ello, les resulta también de aplicación, en principio y salvo prueba en contrario, el régimen jurídico de las ayudas públicas previsto en el TFUE, tal y como puso de manifiesto la histórica Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, STJCE de 24 de julio de 2003, C-280/00, en el asunto *Altmark Trans*, en el que se analizaba la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las subvenciones otorgadas a empresas privadas que prestaban un servicio de cercanías de transporte urbano de pasajeros¹³. De esta manera se parte de la premisa que las subvenciones o cualquier tipo de ayuda pública a los servicios públicos locales pueden tener incidencia en los intercambios comerciales entre Estados —apartado 69 de la STJCE de 24 de julio de 2003, asunto *Altmark Trans*: «la cuantía de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros»—.

Si esto es así, a nivel comunitario, con mayor motivo en el ámbito interno. La actuación de las Entidades locales puede producir distorsiones a la competencia en el ámbito nacional y autonómico. En el ejercicio de sus funciones los órganos de defensa de la competencia, la CNC y los órganos autonómicos, pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en

⁸ Como se extrae asimismo de las propias resoluciones de los órganos de la competencia: *Resolución de 13 de octubre de 2011 del Tribunal Valenciano de Defensa de la Competencia, Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (Ref. OB 4/2009)*, Observaciones relativas a la gestión de los gastos para desplazamientos en taxi a cargo del servicio catalán de salud, y en las *Resoluciones de 4 de junio de 2009 de la CNC (expte. 2779.07)*, Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar y *de 14 de abril de 2009 de la CNC —expte. 639/08—* sobre supuestas conductas realizadas por el Consejo de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud (SESCAM) de dicha Comunidad Autónoma, en la que se pone de manifiesto que la regla general de prohibición de restricciones al Derecho de la competencia —se hace referencia concretamente a las prácticas colusorias— se aplica incluso en el «el ejercicio de otras potestades administrativas», es decir, no solo cuando la Administración actúa como operador económico sino también cuando ejerce poder regulador.

⁹ Hay que advertir que en virtud de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) en su Disposición adicional primera.

¹⁰ En la actualidad, la gran mayoría de las CCAA han asumido y ejercen funciones en materia de competencia, conforme a lo previsto en la propia Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias en este sector. Sobre esta cuestión puede consultarse el *Informe de la CNC sobre la aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia 2008-2012*.

¹¹ En este sentido se pronunció desafortunadamente la STS de 14 de febrero de 2007, R.J. 1523, siguiendo a la STS de 26 de junio de 2006, que reproduce las afirmaciones de la sentencia de instancia, STSJ de Valencia de 23 de mayo de 2004.

¹² Apartado 69 de la STJCE de 24 de julio de 2003, (C-280/00), en el asunto *Altmark Trans*. Sobre esta sentencia *Vid.* ORTEGA BERNARDO (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración pública*, núm. 169, pp. 55-98.

¹³ En este caso se sostuvo que tales subvenciones no constituían ayudas de Estado desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, no porque resultase ser una cuestión de dimensiones locales, sino porque no se trataba en puridad de ventajas. Se las consideró como compensación suficiente en contraprestación a las obligaciones de servicio público impuestas a estas empresas. Con esta sentencia se estableció una doctrina estable en relación con los requisitos (apartados 83-89) que han de satisfacer las compensaciones «económicas» a las obligaciones de servicio público para que las mismas no sean consideradas como ayudas de Estado.

prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia, ya actúen como operadores económicos, ya ejerzan poder público. Esto último se produce en aquellos supuestos en los que el control de los órganos de defensa de la competencia se verifica cuando las Entidades locales despliegan sus poderes normativos y ejecutivos. Con ello se activa un control administrativo de legalidad sobre el ejercicio de poder público¹⁴, aunque las autoridades (órganos y organismos) de la competencia no resulten competentes para inaplicar (aunque, sobre esto quepan ciertas dudas¹⁵) ni ciertamente para anular los actos administrativos o las normas infralegales dictadas por las Entidades locales. Este indiciario control de legalidad de la actuación municipal se ha reforzado en gran medida, ya que los órganos de la competencia están legitimados, a partir de la LDC de 2007, para impugnar actos administrativos y ordenanzas locales, cuando aprecien que

establecen restricciones a la competencia sin que la ley les ampare para ello. Esta legitimación se reconoce tanto a la CNC (en el derogado art.12.3 LDC, actual art. 5.4 LCNMC), como a los órganos autonómicos, —a estos últimos (art. 13.2 LDC) en relación con los «actos de las Administraciones públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos a Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley»—.

2. La aplicación del Derecho de la Competencia a las Entidades locales cuando actúan como operadores económicos

Los Gobiernos y Administraciones locales pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado en competencia con las empresas privadas¹⁶, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica (art. 128.2 CE primera frase), y conforme a lo previsto en la propia legislación básica estatal de régimen local (de acuerdo con el vigente art. 86.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en adelante LRBRL¹⁷). Ahora bien, como se ha expuesto desde un

¹⁴ En este sentido REBOLLO PUIG (2003): «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, pp. 735-739, afirma que el procedimiento de infracción ante el TDC era, bajo la vigencia de la LDC 1989, un cauce adecuado, aunque con un apoyo debilísimo y fácilmente discutible, para destruir la presunción de legalidad por falta de fundamento legal y a los solos efectos de apreciar la inexistencia de una causa de justificación que excluyera la aplicación de las normas de la competencia, y por tanto, el ejercicio de sus facultades de sanción y de imposición de cesación de las conductas restrictivas, lo que desde luego no excluiría al mismo tiempo acudir a los mecanismos ordinarios de eliminación de los actos y reglamentos, esto es, a su exclusivo control judicial.

¹⁵ Al respecto se ha producido cierta polémica. Por su parte, VICIANO PASTOR (1995): *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 526, afirmó que el TDC, en cuanto órgano administrativo, debería inaplicar el reglamento que considerara ilegal. Por el contrario, BAÑO LEÓN (1996): *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, p. 86: «El TDC, como órgano administrativo, aunque dotado de cierta independencia, no puede inaplicar los reglamentos que, como cualquier otra norma jurídica, deben ser observados y cumplidos por la Administración». Frente a la opinión del anterior, considera que todo ello no impide que el TDC ejerza sus competencias sobre el presupuesto de apreciar la ilegalidad de esos reglamentos y actos administrativos, lo que rompe la regla general de presunción de legalidad y validez de los reglamentos y actos administrativos (art. 18.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común) frente a otros órganos administrativos; REBOLLO PUIG (2003): *Reglamentos y actos administrativos...op. cit.* pp. 737, quien también abogó en su momento por una reforma legislativa que regulase con más claridad y determinación este control de legalidad que se atribuía al órgano nacional de defensa de la competencia.

¹⁶ Este tipo de actividad local tiene una importancia constatable en algunos municipios. Pone ejemplos ESPINOSA GARCÍA, J. (2011) «Servicios públicos locales y competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J. *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Madrid, Thomson Reuters.

¹⁷ Con la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), por la que se modifica la LRBRL, la iniciativa de los municipios en la actividad económica, susceptible de ejercicio al amparo del art. 128.2 de la CE, resulta visiblemente recortada. Con la introducción de nuevos requerimientos en el art. 86.1 LRBRL el legislador trata de adecuarse al principio constitucional de estabilidad presupuestaria, previsto en el art. 135 CE, y atender, con el fin de valorar su oportunidad, a las razones económicas de interés general y a la afectación de los intereses privados de esa misma índole —que no se reputan expresamente como prevalentes—. En este sentido, se han eliminado otros condicionamientos a la misma que se habían barajado como posibles en los sucesivos borradores de la reforma (tales como que dicha iniciativa pública se supeditara a la prestación de los servicios mínimos con arreglo al coste estándar de ellos fijado por el Estado). Es posible que en la eliminación de estas condiciones adicionales haya tenido que ver que cada vez resulte más visible la concepción de que la iniciativa empresarial de las Entidades locales se integra en el contenido protegido por la garantía

principio, la actuación estrictamente empresarial de la Administración¹⁸ no puede restringir, *prima facie* (art. 106.1 TFUE) el juego de la libre competencia del mercado. De otra forma, les resultarán de aplicación las normas de defensa de la competencia, que se dirigirán a reprimir estas conductas contrarias. A continuación se exponen dos sectores concretos en los que la actividad empresarial de las Entidades locales ha incurrido, ilegalmente, en estas restricciones.

El supuesto de los servicios funerarios

En el sector de los servicios funerarios se ha constatado por diferentes vías la ausencia en algunos casos de libre 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. Con esta norma se suprimió la consideración de los servicios funerarios como monopolio legal reservado al sector público (así lo declaraba el art. 86.3 LRBRL en cumplimiento de la reserva de ley ordenada por el art. 128.2 CE) y se permitió la entrada de otros prestadores de servicios privados sin limitación de número, bajo un régimen de autorización administrativa municipal. De este modo es relevante el respeto a las reglas de la competencia, tanto por parte de los Gobiernos municipales, en la regulación de estos servicios y en el otorgamiento y vigilancia de las concesiones sobre el servicio de cementerios, como por parte de las empresas privadas concesionarias de los mismos.

constitucional de la autonomía local (art. 137 CE). De hecho, en esta línea se ha pronunciado el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014, de 27 de febrero (FJ 14), sobre la LRSAL —que resulta preceptivo en esta Comunidad con anterioridad a la eventual interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma, conforme se dispone en el art. 76.3 Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, del Estatuto de Cataluña—.

¹⁸ No declarada servicio público y siempre sujeta, sin embargo, al interés público, como se puso de manifiesto en la conocida STS de 10 de octubre de 1989 (ar. 7352), sobre un caso de iniciativa privada económica del Ayuntamiento de Barcelona.

Los problemas se han puesto de manifiesto con motivo de los diferentes expedientes de infracción que se han abierto y resuelto en este ámbito¹⁹, y asimismo han sido detectados con carácter general por varios de los informes emitidos por las autoridades de defensa de la competencia, concretamente por la CNC y por la Autoridad catalana competente en la materia²⁰, expresamente referidos este sector: la existencia de un marco legal profuso, disperso y complejo que contiene una diversidad de requisitos de acceso a la actividad que además varían sustancialmente de unas Comunidades Autónomas a otras, incluso entre distintos municipios de una misma Comunidad; que dicha normativa sigue manteniendo un buen número de limitaciones a la competencia, no en todos los casos justificadas ni proporcionadas, con exigencias que desvirtúan la pretendida liberalización del sector; por último, y como consecuencia directa de lo anterior, se constata que sigue habiendo muchas situaciones de dominio del mercado protagonizadas por empresas en las que mayoritariamente intervienen los municipios.

Para ilustrar el tipo de problemas que se plantean en este ámbito puede citarse el caso del que conoce la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 (expte. 650/08), en relación con las empresas funerarias que desarrollan su actividad en la Comunidad Autónoma de Baleares y la intervención en este sector del Ayuntamiento de Mallorca²¹. En este supuesto se imputó al

¹⁹ Exclusivamente dictadas por la CNC pueden citarse los siguientes: *Expediente 650/08 Funerarias Baleares*, *expediente 495/00 Velatorios Madrid*, *expediente 502/00 Funerarias Madrid 3*, *expediente 613/06 Servicios Funerarios La Gomera*.

²⁰ El *Informe de 25 de mayo de 2011 emitido* —al amparo del art. 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia— *por la CNC ref. IPN 55/2011*, y, por otro, del *Informe de 27 de noviembre de 2011 de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia* —realizado de acuerdo con los artículos 2.4 y 8.1.b) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia *Ref.: OB 10/2011*—. Los dos informes versan sobre la reforma de la legislación en materia de servicios funerarios que debía aprobarse en cumplimiento de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

²¹ La impugnación de esta Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 (expt. 650/08), fue resuelta por las Sentencias de la Audiencia

Ayuntamiento de Mallorca, propietario del capital íntegro de una empresa funeraria, y a dicha mercantil la infracción de la prohibición de abuso de la posición dominante —regulada en el art. 6 LDC (1989)—.

Asimismo es el caso de la Resolución del órgano Catalán de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 2009 (expte. 13/2009). En este supuesto se fiscaliza la prestación por parte del Ayuntamiento de Solsona de la actividad de servicios funerarios y, ante la prueba de la comisión de una conducta infractora de la legislación de Defensa de la competencia que perjudicaba a una empresa privada, el procedimiento sancionador incoado se termina convencionalmente al amparo del art. 52 LD. En este supuesto las prácticas anticompetitivas se han realizado con el ejercicio de poder público por parte del Ayuntamiento: queda claramente acreditado que el municipio en cuestión había impuesto por medio de una Ordenanza municipal ciertas exacciones fiscales a las que estaban exclusivamente sometidas las empresas privadas que desarrollaban estos servicios en competencia con la empresa funeraria municipal. Además en la página web institucional del Ayuntamiento solo se hacía publicidad de la empresa dependiente del municipio. Asimismo, quedó 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 «regladas y no discriminatorias», y a imponer al pago de unas tarifas razonables y no discriminatorias²².

Nacional de 31 de marzo de 2010, en sendos recursos (núm. 154/2009 y núm. 144/2009), interpuestos respectivamente por el Ayuntamiento y la empresa funeraria municipal, que a su vez recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo, que ha dictado las SSTs de 14 de junio de 2013, *recurso de casación núm. 3282/2010*, y *recurso de casación 3568/2013*, que desestiman los dos.

²² Posteriormente sobre este asunto se dicta la *Resolución de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia de 25 de febrero de 2013* en la que se impone una sanción al Ayuntamiento de Solsona, por incumplimiento de la referida *Resolución de esta misma Autoridad de 30 de septiembre de 2010*, de terminación convencional del expediente nº

Igualmente es muy ilustrativa de los problemas en este sector la Resolución del Consello Galego da Competencia (CGC) de 10 de julio de 2012 (Resolución R 1/2012- Tanatorio de Valga) en la que se declara que la concesionaria de los servicios de ese tanatorio municipal ha infringido el art. 2.2 c) LDC (modalidad de abuso de posición dominante) al haber denegado injustificadamente el acceso a las salas de dicho tanatorio a las empresas de la competencia²³.

La actividad económica de transporte fluvial

De cierto interés también resulta ser la aplicación de las normas de la competencia a la actividad económica de transporte fluvial desarrollada por las organizaciones locales. Sobre este tipo de prestación se dicta la Resolución de 2 de febrero de 2009, expte. R 7/2008, del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, en la que se fiscaliza el ejercicio directo por parte de la Diputación Provincial de Lugo de la actividad de transporte fluvial de viajeros con embarcaciones de su propiedad por la «Ruta de los embalses». En este caso se denuncia a la Administración local porque en la explotación directa de los servicios aplicó durante dos anualidades precio por debajo del coste, lo que podría comportar la realización de actos de competencia desleal en perjuicio de otra empresa privada competidora en ese ámbito.

En un primer momento lo que se intenta dilucidar es si la actuación de la Diputación se realiza en el ámbito de sus propias prerrogativas y al amparo de la ley. Se cita para ello el art. 109.1 Ley 5/1997, de 22 de

13/2009. Con respecto a este mismo asunto se ha adoptado después la *Resolución de 24 de julio de 2013*, en la que se acuerda dar por finalizada la vigilancia del cumplimiento de otra Resolución anterior de 17 de julio de 2012, al comprobarse que el Ayuntamiento en cuestión había finalmente cumplido con todas las obligaciones en ella dispuestas.

²³ A este tipo de conducta también se refiere el *Consejo de la Competencia de Andalucía*, en su *Resolución de 27 de septiembre de 2012, S/12/2012*. En esta resolución queda acreditado que Tanatorios de Huelva ha abusado de su posición dominante al exigir distintos precios por el mismo servicio de alquiler de salas de velatorio, dependiendo de la empresa funeraria.

julio, de Administración local de Galicia, relativo a las competencias propias de las Diputaciones provinciales, que recoge, entre ellas, en su apartado d): «En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia». Asimismo se toman en consideración otras previsiones legales, en concreto el art. 36.1.d) LRBRL que también les atribuye «la cooperación en el fomento y desarrollo económico y social». En este punto considera el Tribunal que cabe admitir el argumento de la Diputación que sostiene que los servicios de transporte fluvial tienen por objetivo «impulsar y promover el desarrollo de las zonas ribereñas de los embalses». Sin embargo, el Tribunal gallego considera que él no es competente para resolver esta cuestión competencial, sino que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pese a lo anterior, y en contradicción con la última afirmación, el órgano autonómico pasa a enjuiciar la actividad de la Diputación y finalmente termina por considerar que se trata de una actividad económica a la que resulta de aplicación general la LDC.

En este orden de cosas, el Tribunal se plantea sucesivas infracciones de la legislación de defensa de la competencia por parte de la Diputación Provincial de Lugo. Para ello comienza valorando si tal conducta infringe alguno de los artículos de la LCD (1989), y si tiene capacidad para distorsionar gravemente las condiciones de competencia y afectar al interés público. Tiene en cuenta para ello que la conducta denunciada es esencialmente la supuesta venta por debajo del coste realizada durante varias anualidades (2002-2003). Se plantea que se haya tratado de una venta a pérdida, y si se realiza con la intención de eliminar a los posibles competidores al imposibilitarles la entrada en el mercado para ofrecer el servicio de transporte fluvial —lo que se conoce en el lenguaje jurídico-mercantil como doctrina de los precios predatorios (art. 7, en conexión con el art. 17 LDC, en su antigua versión)—, o si concurre una conducta desleal derivada de la violación de normas o competencia desleal derivada de la cláusula general o residual del antiguo art. 5 LCD.

Pues bien, en el análisis que se realiza se pone de manifiesto la dificultad práctica que resulta de aplicar estas normas (de defensa de la competencia) a las Administraciones públicas. Expresamente afirma el TDC gallego, siguiendo en esto al antiguo órgano nacional (TDC): «La dificultad proviene de que el test de recuperación de costes —probabilidad de recuperación de los costes derivados de la estrategia predatoria una vez eliminado el competidor o competidores actuales o potenciales— resulta de imposible aplicación a la actividad económica de la Administración Pública, dado que no existe razón para que la misma actúe de modo que el beneficio se incremente en el futuro».

3. La aplicación de las normas de la competencia a las Entidades locales cuando actúan como poder público

En determinadas actividades en las que se ejerce poder público

A) En la actividad convencional de la Administración

Concretamente 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 CNC por la que se sanciona a un Ayuntamiento que está actuando como poder regulador y no en ejercicio de una actividad de empresa. 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. La CNC declaró la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por los arts. 1 y 6 LDC, en la medida que se considera además que la AIFNA incurría en abuso de posición de dominio. A juicio del Tribunal la asociación recurrente resultaba concesiona-

ría 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. 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 por parte de AIFNA. Esta sustitución se llevó a cabo en virtud de convenios de colaboración celebrados entre el Ayuntamiento y la citada asociación. Tales notas conformaban una posición de dominio en el mercado relevante, que es el de las actividades feriales. 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 —como pone de manifiesto que al final resulte sancionado al quedar acreditado que incurre en conductas colusorias—.

También se aprecia infracción de las normas de la competencia por parte de la actividad convencional desarrollada por los municipios el caso de la Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2011 en la que, con base en el artículo 52 LDC, se acuerda la terminación convencional del procedimiento sancionador del Expte. S/235/10, que tiene por objeto la fiscalización de los convenios firmados durante el año 2009 entre la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y los Consejos Superiores de Colegios de arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros industriales e ingenieros técnicos industriales. Por medio de dicha resolución las partes de los convenios se comprometen a su rescisión y a abstenerse de firmar nuevos convenios que reproduzcan un contenido similar o análogo, así como a la difusión de estos hechos. En los citados convenios firmados por la FEMP con los distintos Colegios Profesionales se regulaba la prestación por parte de éstos de una serie de servicios consistentes en la verificación normativa y documental que se realiza e incorpora en la tramitación de las licencias municipales. Aunque la CNC reconoce que

los Ayuntamientos pueden negociar y firmar acuerdos de colaboración con estas entidades al amparo de la disposición adicional 5ª de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (en adelante LCP), entienden que esta cobertura legal no puede ser utilizada como argumento por las partes para vulnerar los preceptos establecidos en la legislación de defensa de la competencia, concretamente el art. 1 LDC. En este sentido la CNC considera que este precepto se ha infringido en la medida en que los visados o certificados creados o establecidos por los mencionados convenios no se encuentran en todos los casos amparados por la reserva colegial que se regula en el art. 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, aprobado con base en el artículo 13 LCP, en el que se determina en la actualidad los trabajos profesionales que obligatoriamente deben obtener el visado colegial, como excepción a la libertad de elección del cliente²⁴.

B) En la actividad local de policía de acceso y control de actividades económicas

En el sector de los servicios funerarios, además de la gestión de la infraestructura que sirve de base para su prestación, es igualmente importante que el municipio ejerza sus funciones de inspección y control con el fin de garantizar la competencia empresarial. Así se deriva de la resolución anteriormente citada, *supra* en el subapartado: El supuesto de los servicios funerarios, de 10 de julio de 2012 (Resolución R 1/2012–Tanatorio de Valga). En este caso se considera reproble la conducta de un Ayuntamiento, el cual no solo se abstuvo de adoptar medida alguna ante las reiteradas quejas motivadas por la conducta de la entidad concesionaria de la infraestructura sino que, antes al contrario, en todo momento defendió el derecho de ésta

²⁴ Similitudes con el caso anterior presenta la *Resolución de la CNC de 16 de noviembre de 2012, SANC 05/2011 Convenio Ayuntamientos (Móstoles, Madrid y San Sebastián de los Reyes) /Colegio de Arquitectos*.

a explotar la concesión en régimen de exclusiva, impidiendo el acceso a otros operadores al tanatorio de titularidad municipal.

C) En la actividad de publicidad (de información administrativa al público)

Un tercer tipo de supuestos en los que se denuncia la actividad municipal, ante un órgano de defensa de la competencia, y se constata asimismo que el Ayuntamiento no ha actuado como operador económico, es el relativo a la realización de actuaciones publicitarias municipales. De uno de estos casos conoce la Resolución de 20 de septiembre de 2010, expte. S/0236/10, Ayuntamiento de Calviá. 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, al fomentar que los particulares contratasen 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. 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. Esta solución contrasta con la que se formula en el caso de

la actuación del Ayuntamiento de Solsona en el ámbito de los servicios funerarios, Resolución del Órgano Catalán de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 2009 (expte. 13/2009), a la que ya se ha hecho referencia también *supra* en el subapartado: El supuesto de los servicios funerarios, en la que sí se entra en el fondo del asunto y se declara, con los efectos consecuentes, que hay infracción de las normas de la competencia por una conducta similar de información administrativa al público, que en este caso iba asociada además con un ejercicio de la potestad normativa municipal contrario al principio de libre competencia.

Cuando se ejerce poder normativo a través de la aprobación de Ordenanzas locales

Como se ha puesto de manifiesto los Ayuntamientos también afectan a la libre competencia y pueden inducir a prácticas contrarias a las normas de la competencia en el ejercicio de su poder normativo. En relación con los servicios funerarios lo pone de relieve la Resolución adoptada en 2012 por el órgano andaluz (Resolución de 27 de septiembre de 2012, S/12/2012) cuando declara «La intervención regulatoria pública tanto de las administraciones central y autonómica como de la administración local constituye una de las más importantes barreras a la entrada (...) En este orden de consideraciones el papel regulador de las corporaciones locales en materia de ordenamiento urbanístico puede resultar determinante en lo que respecta a la localización de las distintas actividades y, particularmente, en lo que a la construcción de tanatorios se refiere, reforzando con ello el poder de mercado de las empresas que ya disponen de instalaciones propias de tanatorios».

En relación con la regulación local de los servicios funerarios lo mismo se deriva de la Resolución de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia, expediente n.º V-13/2009, de 17 de julio de 2012, en la

que se procede a determinar²⁵ si el Ayuntamiento de Solsona ha cumplido o no las obligaciones anteriormente impuestas por esta Autoridad en una Resolución fechada a 30 de diciembre de 2010 (reseñada *supra* en el subapartado mencionado). A la vista de la información recabada, se considera que el Ayuntamiento de Solsona ha dado cumplimiento a la mayor parte de las obligaciones impuestas en relación con su potestad de Ordenanza, —ha procedido a revisar el texto de la Ordenanza número 16, relativa a la Tasa por la prestación de servicios de cementerio, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios de carácter local, eliminando ciertos conceptos que la Autoridad autonómica consideró anticompetitivos y ha retirado de la página web las referencias a la funeraria municipal—.

En este ámbito resulta asimismo 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 LDC y por conductas contrarias a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y sus leyes de transposición por parte del Ayuntamiento de Naut Aran. La denuncia se basa en que los requisitos exigidos en la Ordenanza vulneran el artículo 1.1.d) de la LDC en relación con el artículo 4.2 de la LDC. 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 imposición para los profesores, escuelas de esquí y clubes deportivos de licencia municipal previa y de 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 ya previstas en la legislación

catalana del deporte²⁶. La Resolución parte, siguiendo la jurisprudencia, de la plena aplicación a la Administración pública de la normativa de defensa de la competencia cuando ejerce funciones públicas sometidas a Derecho administrativo. Aun así, a diferencia de las Resoluciones anteriores relativas al Ayuntamiento de Solsona, la autoridad competente considera que al haber actuado el Ayuntamiento en ejercicio de una potestad reglamentaria atribuida legalmente, como es la aprobación de la Ordenanza —y no como operador económico— en el sentido de la disposición adicional 4ª de la LDC, no corresponde incoar un procedimiento sancionador, sin perjuicio de que al mismo tiempo emita, en ejercicio de sus funciones de fomento y de promoción de la competencia²⁷, un informe en el que declare que la Ordenanza resulta restrictiva de la competencia.

4. Excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a las Entidades locales

Requisitos jurídico-materiales y formales que han de cumplir las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia

El Derecho de la competencia pretende fundamentalmente garantizar la libre concurrencia empresarial. Este objetivo ha de cohonestarse con la satisfacción, en ocasiones, de otros fines de interés general. Por ello las normas de Derecho de la competencia pueden exceptuarse. Lo admite el Derecho de la UE (art. 106.2 TFUE) y lo recoge la propia legislación española (art. 4 LDC)²⁸. Los requisitos para ello son de índole material,

²⁵ Conforme a lo previsto en el art. 41 LDC y el art. 10.2.a) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia.

²⁶ Ley catalana 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.

²⁷ Art. 2.4 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia.

²⁸ El objetivo del art. 4 de la LDC, afirma MARCOS FERNÁNDEZ (2008): «art. 4: Conductas exentas por ley», en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J.M. y GUTIÉRREZ, A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cívitas, p. 26, es cohonestar la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica causan o provocan

por exigencias del Derecho de la UE; y jurídico-formal, pues, conforme al Derecho español (art. 4 LDC), se exige una norma con rango de ley.

A) La necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de la competencia y las garantías que ha de satisfacer el acto jurídico que dispone la excepción

Frente a la estricta aplicación del Derecho de la competencia caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de determinadas actividades de servicio ex art. 106.2 TFUE²⁹. El Derecho de la Unión Europea exige que tales excepciones respondan a un interés general justificado (que se concretará, desde la perspectiva del Derecho español, en la promoción y salvaguardia de otros derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales relevantes), y que tales excepciones resulten para ello imprescindibles y, por tanto, necesarias y proporcionadas con respecto al fin justificativo de las mismas. (En este sentido puede seguirse la evolución de las SSTJCE de 19 de mayo de 1993, Corbeau, asunto C-320/91, de 19 de junio de 1997, asunto T-260/94, Air Inter y de 21 de septiembre de 1999, Albany, asunto C-67/96). En aplicación del Derecho comunitario, y bajo ciertas condiciones, se permite la existencia de servicios económicos de interés

general, también en el caso de los locales, en los que se admitan excepciones a las reglas de la competencia. Así, conforme a la doctrina jurisprudencial comunitaria, resulta posible aceptar tales restricciones a la competencia, utilizando como parámetros de enjuiciamiento las razones de interés general que pueden servir como justificación. Asimismo, el Derecho de la UE establece límites sobre la forma de determinación y la cuantía en la que pueden establecerse estas restricciones al Derecho de la competencia, (jurisprudencia derivada del as. *Altmark Trans*), a fin de garantizar la seguridad jurídica y de que las distorsiones a la competencia resulten estrictamente justificadas (también desde un punto de vista económico). Señaladamente se admite una financiación extra y pública de las actividades consideradas como servicio económico de interés general cuando sirven de compensación económica a las obligaciones inherentes a la prestación de dicho servicio público y siempre que no resulten excesivas (al respecto, lo expuesto *supra* en la Introducción).

En el Derecho español hay una remisión al Derecho de la UE en este sentido, que cumple una función meramente aclaratoria. Concretamente en el art. 4 LDC, primer inciso se dispone que «sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia»³⁰. La contradicción con el Derecho de la UE solo se producirá si tales restricciones no están justificadas conforme a los parámetros sustantivos que se derivan del art. 106.2 TFUE (antiguo art. 90.2 TCE).

incidental e ineludiblemente prácticas o resultados anticompetitivos en la conducta de los agentes económicos.

²⁹ Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia solo pueden regularse e implantarse para supuestos de actividades empresariales que puedan ser consideradas, aunque no sea imprescindible su declaración expresa, como servicios de interés económico general (regulados en los artículos 14 y 106.2 TFUE, y Protocolo n.º 26 anejo al TFUE). En el TFUE se prevé que las empresas que prestan servicios esenciales para los ciudadanos desde el punto de vista de la garantía de la cohesión social y territorial, deben, por principio, cumplir las normas del Tratado, y, por tanto, las propias de la libre competencia empresarial, que comprende tanto el respeto a la libertad de establecimiento (arts. 49 y ss. TFUE) y libre prestación de servicios (arts. 56 y ss. TFUE), como de las normas de la competencia (art. 101-106 TFUE) y ayudas públicas (art. 107-109 TFUE), salvo que la aplicación de las mismas impida el cumplimiento de la misión específica de interés general que tengan encomendadas (art. 106.2 TFUE).

³⁰ Aunque puede interpretarse que esta referencia al Derecho europeo no sea más que aclaratoria, su significado no puede solo traducirse en que la aplicación de una ley nacional que ordene la realización de conductas restrictivas de la competencia puede considerarse contraria al Derecho primario de la UE si tales conductas afectan al comercio entre los Estados miembros. La doctrina mercantil lo había interpretado en ese sentido: ARPIO SANTACRUZ. (2009): «Las restricciones de la competencia que tienen su origen en la actividad normativa de los poderes públicos», en BENEYTO, J. y MAILLO, J. (Dir.), ESPER, M. (Coord.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Bosch, Barcelona. p. 405, porque incluso que se afecte al comercio europeo puede estar justificado.

B) Tipo de acto jurídico que dispone la excepción y comprobación de su adecuación

Qué tipo de acto jurídico dispone la excepción es una cuestión que naturalmente ha de determinarse atendiendo al ordenamiento jurídico interno. Desde el punto de vista del Derecho interno, es necesario que esta excepción se derive de una ley conforme al art. 4 LDC. ¿Qué leyes en nuestro ordenamiento prevén estas excepciones o de qué leyes pueden derivarse este tipo de excepciones con respecto a la actividad económica de las Entidades locales? La excepción a las normas de Derecho de la competencia puede configurarse a través de diferentes modalidades. Aquella que consiste en el otorgamiento de derechos de exclusiva (establecimiento de monopolios) para la prestación de ciertos servicios económicos está sometida no solo a la reserva de ley, que con carácter general y para todo tipo de excepciones exige el citado art. 4 LDC, sino a una expresa reserva de ley, en virtud del mandato jurídico-constitucional contenido en el art. 128.2 CE (esta última posibilidad en el ámbito local se ha activado a nivel general en el art. 86.3 LRBRL, y también a nivel sectorial, a través de legislación autonómica).

Las demás modalidades que pueden presentar las excepciones al Derecho de la competencia, como puede ser la asignación de determinadas ventajas económicas, (no reputadas como ayudas estatales conforme al Derecho de la Unión Europea) a operadores que prestan servicios públicos en forma de compensación por la prestación de servicios económicos de interés general, también han de derivarse expresamente de una ley conforme a lo dispuesto en el art. 4 LDC.

La cuestión que se plantea, es si la simple declaración legal de una actividad económica como servicio público municipal basta para entender cumplida esta reserva de ley y sirve, por tanto, como suficiente cobertura legal, aunque no se configure expresamente como excepción a las reglas de la competencia. Veremos tres ejemplos que ilustran esta cuestión y ponen

de manifiesto cuál es la práctica jurídico-normativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de pasar a ello, es preciso de nuevo subrayar que las exigencias materiales que se traducen en que las excepciones a las normas de la competencia estén justificadas en fines de interés general y resulten indispensables, proceden, en primer lugar, como se ha expuesto, del Derecho primario de la UE y de la interpretación que de las mismas ha realizado la jurisprudencia comunitaria. La realidad es que en Derecho interno primariamente resultan aplicadas por el legislador que adopta la decisión³¹, con mayor o menor densidad regulativa, cuando regula las posibles excepciones a las normas de la competencia con respecto a determinadas actividades económicas y empresariales que se desarrollan a nivel local por motivos de interés general. El único órgano administrativo encargado de verificar la justificación de las mismas y de pronunciarse valorativamente sobre ellas (aunque sin efectos vinculantes) es la CNC, en virtud del art. 26.c) LDC (derogado y sustituido en este punto por el art. 5.2 LCNMC) que le asigna la realización de informes sobre la actuación del sector público y, en general, la actuación como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos³².

³¹ Como es de sobra conocido, el control de las leyes es un control posterior de constitucionalidad que solo compete al TC (art. 161.a) CE), dejando a un lado la hipotética, pero posible, intervención del TJUE en caso de que ésta fuera recabada (bien por la vía de la cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE, bien por medio de una denuncia contra España y el consiguiente recurso de incumplimiento, arts. 258-260 TFUE). El problema que se plantea es que el canon del control de las leyes viene dado, fundamentalmente, por la interpretación que a la excepción del art. 106.2 TFUE ha elaborado la jurisprudencia de este Tribunal, lo que, en principio, no resulta un parámetro de enjuiciamiento para el TC.

³² De hecho, con motivo de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios, y las modificaciones operadas en diferentes sectores, la CNC se ha venido pronunciando sobre la legislación sectorial reguladora de los servicios funerarios. Asimismo, con vistas a la reforma de la LRBRL, la CNC se pronunció sobre la necesidad de que se suprimiera el monopolio de lonjas y mercados centrales (*Informe de 9 de enero de 2013 sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino*).

Ejemplos de actividades económicas susceptibles de ser prestadas por las Entidades locales en las que se admiten excepciones a las normas de la competencia por resultar configuradas como servicios públicos

A) El supuesto de los servicios deportivos

En relación con estos servicios se pronuncia la STS de 14 de febrero de 2007, (Secc. 4ª, Sala de lo Cont.-Admvo.), RJ. 1523, que sigue la doctrina sentada por la STS de 20 de junio de 2006 (Secc. 4ª, Sala de lo Cont.-Admvo.) sobre un asunto muy similar: en ambos casos se trata de sendos recursos de casación interpuestos por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra las correspondientes desestimaciones por parte del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de los recursos interpuestos contra la denegación presunta por parte del Ayuntamiento de Burriana y de Villareal, respectivamente, de la solicitud de cese de explotación de los servicios ofertados en instalaciones deportivas —bajo la modalidad de clases de *aeróbic* e instalaciones de *fitness*— por parte de los citados municipios, salvo excepciones basadas en razones de justicia social³³.

Esta jurisprudencia, que sigue el sentido de las diversas resoluciones emitidas sobre esta cuestión por

el antiguo TDC³⁴, es un claro ejemplo de la necesidad de clarificación en la distinción conceptual entre los servicios públicos locales y la iniciativa económica municipal. Se trata en estos casos de actividades de competencia municipal susceptibles de ser prestadas en concurrencia con los particulares, en relación a las cuales se trata de dilucidar si un Ayuntamiento, por razones de interés general —fomento del deporte—, puede establecer unos precios que no cubran el coste de la actividad, aunque esto pueda suponer un perjuicio económico para las empresas que concurren en el sector y ofrecen estos servicios a precios de mercado. La única justificación de que puedan fijarse estos precios «políticos» radica en este especial interés general que reviste la prestación de actividades deportivas —vinculadas a la educación cívica y sanitaria de la población—, como pone de manifiesto que el desarrollo de esta actividad haya sido atribuido legalmente como competencia a los Entes locales en calidad de servicio público —en los vigentes arts. 25.2./) y 26.1.c) LRBRL y correspondientes de la Ley 4/1993 de la Comunidad Valenciana del Deporte—. La declaración legal de una actividad como servicio local lleva aparejada que su prestación puede ofrecerse a un precio inferior al de mercado, pues, a juicio de los Tribunales —de instancia y, posteriormente, el Supremo—, ello encuentra cobertura jurídica suficiente en el entonces vigente artículo 45.2 Ley 39/1988, de Haciendas locales. Estos casos constituyen un claro ejemplo de que el servicio público que se presta en concurrencia no se ha de desarrollar siempre con respeto absoluto a las reglas de la competencia, que sí resultarían, en todo caso, de aplicación si se tratara de una actividad propia de la iniciativa económica municipal.

La nueva redacción del art. 86.3 LRBRL incluye seguramente por ello, junto a las supresión del servicio de calefacción y del de mataderos, la eliminación de la posibilidad de implantar el monopolio de mercados y lonjas. De esta manera se modifica el ámbito objetivo de la reserva de servicios esenciales que, en aplicación del art. 128.2 CE, la LRBRL establece (en el vigente art. 86.3 LRBRL se enumeran ahora tan solo los servicios de abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros). Asimismo, entre las razones que cabe aducir en contra de la reserva, podrían también aludirse a las que se encuentran en un *Informe emitido por la Autoridad Catalana de la Competencia de 16 de julio de 2012 – titulado Consideraciones generales relativas a una consulta planteada por un ayuntamiento de la provincia de Barcelona sobre los mercados municipales (CO 49/2012)*.

³³ Un análisis de estas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en ORTEGA BERNARDO (2006): «Competencias, servicios públicos...op. cit».

³⁴ (R 477/01, Centros Deportivos Almazora; R 493/01, Centros Deportivos Castellón; R 554/03, Centros Deportivos Almazora 2; R 572/03, Servicios Deportivos Logroño; R 529/03, Centros Deportivos Castellón; R 625/04, Centros Deportivos Castellón; R 653/04, Deportes Alva; R 648/05, Centros Deportivos Benicarlí, y R 673/05, Deportes Valladolid).

B) En el caso de los servicios educativos que consisten en la impartición de clases de inglés

Otra excepción a las reglas de la competencia tiene lugar con el servicio municipal de «impartición de cursos de inglés a cargo de un Ayuntamiento», declarada por Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), en Resolución del 20 de febrero de 2009, (Exp. 18/2008, del SGDC), en relación con el Ayuntamiento de Ferrol. Esta Entidad local fue denunciada por otros potenciales competidores en el mercado de academias de idiomas, imputándole presuntas prácticas restrictivas de la competencia, en la medida que los cursos se impartían gratis por una empresa privada contratada por el Ayuntamiento a estos efectos. Las razones expuestas por los denunciantes para sostener que se trataba de una práctica restrictiva de la competencia se centraban en argumentar que la impartición de cursos era una actividad empresarial, como ponía de manifiesto el dato de que fuera prestada por una empresa privada, y que su oferta se realizara de modo general sin tener en cuenta los niveles de renta de la población a la que iba destinada y a precios inferiores a los de mercado. El Tribunal autonómico archivó la denuncia y resolvió que no había lugar a la incoación de un expediente administrativo sancionador. Consideró que razones de interés público —el fomento del aprendizaje del inglés entre los escolares del término municipal— justificaban la realización de esta actividad por parte del Ayuntamiento en régimen de excepción a las reglas de la competencia. Se trataría del ejercicio de competencias en materia de educación y cultura, amparado en los artículos 28 LRBRL³⁵ y art. 86.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia. Por este motivo resultaría admisible, desde una perspectiva jurídica, incluso su prestación gratuita. En este punto, la gratui-

dad se fundamentaría además, como se ha expuesto, en la Ley de Haciendas Locales (en el vigente art. 44 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 4 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en adelante LHL) que permite ofertar los servicios públicos a un precio inferior a su coste real (precios políticos).

Posteriormente ha conocido del asunto la STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2012, (JUR/2012/104636). De esta sentencia, que confirma los razonamientos del órgano autonómico de defensa de la competencia³⁶, se deriva lo mismo: que la citada actividad no es susceptible de sanción porque no infringe el Derecho de la competencia, en la medida que se trata de una actividad exenta conforme al art. 4 LD.

C) La actividad de exhibición de películas al público

Otro de los supuestos en los que no se acredita la infracción del Derecho de la competencia aunque la conducta sea efectivamente restrictiva de la competencia, porque se entiende, aunque sea implícitamente, que se trata de actividades de competencia municipal o de servicio público a las que cabe no aplicar las reglas de la competencia es el caso que fiscaliza la Resolución de 3 de junio de 2010 del órgano administrativo catalán de defensa de la competencia (expte. 11/2009, Ayuntamiento de Barcelona, exhibición gratuita de películas). En este supuesto el Ayuntamiento presta un servicio económico, realiza una actividad de distribución de cine, concretamente la de exhibición gratuita de películas en salas dentro de los 12 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 (y una empresa privada concesionaria)

³⁵ Derogado por la LRSAL, aunque se sigue permitiendo que los Ayuntamientos asuman competencias «complementarias», como las que disponía este artículo, si cumplen con las condiciones establecidas en el nuevo art. 7.4 LRBRL.

³⁶ Para llegar a esta conclusión, el Tribunal, siguiendo al TS, las SSTs de 27 de octubre de 2005, RJ 7613, y de 4 de noviembre de 2008, RJ 338, afirma que las Administraciones públicas se someten, *prima facie*, plenamente al Derecho de la competencia también cuando actúan como tales.

por la realización de supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 3 de la LDC y consistentes en una conducta colusoria y en una conducta de falseamiento de la libre competencia por actos desleales al efectuar la proyección gratuita de cuatro películas los meses de verano.

Al considerar la Autoridad catalana que se trata de una conducta unilateral y no de un acuerdo o práctica concertada, se examina si la conducta en cuestión podría ser calificada como un acto de competencia desleal tipificado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, que afectase al interés público e infringir así el artículo 3 de la LDC. En este sentido se baraja incluso la posibilidad de que efectivamente el Ayuntamiento de Barcelona hubiera infringido el artículo 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 12 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 (*sic*), ni 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.

Lo decisivo del asunto, a efectos de la inaplicación de las normas de la competencia, es que se considere que la actividad fiscalizada se encuentra integrada dentro de las competencias municipales y que no quepa reputarla como iniciativa económica pública. En concreto se entiende que la actividad —que resulta en todo caso imputable al Ayuntamiento de Barcelona, a quien, según el órgano administrativo que conoce del caso, corresponde la titularidad de la competencia— se desarrolla en el ámbito de las actividades e instalaciones culturales y de ocupación del tiempo de ocio, de acuerdo con el artículo 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 artículos 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) LRBRL, que permite atribuir competencias a los municipios en materia de cultura³⁷.

5. Conclusiones y valoración final

A) En el ejercicio de sus funciones los órganos de defensa de la competencia, la CNC y los órganos autonómicos pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia, bien cuando actúen como operadores económicos, bien cuando ejerzan poder público, en la medida en que se produzcan restricciones a la libre competencia y las mismas no se encuentren amparadas en una ley. Las posibles restricciones a la competencia que puedan establecerse mediante convenios y normas de desarrollo de rango inferior a ley deben interpretarse como infracciones de las normas de la competencia si carecen del amparo legal a los efectos del artículo 4 de la LDC. La menor importancia económica de las conductas anti-competitivas que se desarrollan a nivel local no implica en todo caso que no se puedan ocasionar perjuicios significativos a la libre competencia.

B) La función de fiscalización que ejercen los órganos que controlan la competencia no se aplica solo al ejercicio de actividades de índole económica emprendidas por la Administración sino que se extiende al ejercicio del poder público por parte de las organiza-

³⁷ A la misma solución, y por las mismas razones y argumentos se habría llegado en la *Resolución de 8 de abril de 2010*, en un expediente (el 10/09) 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.

ciones jurídico-públicas. Abarca así también el control del poder regulador del que disponen las organizaciones locales en la medida en que a través del mismo se dispone o fija el marco y el ámbito en el que despliegan sus empresas tanto los particulares como las propias Administraciones, y en la medida, por tanto, en que por medio del mismo se deben crear y promover las condiciones adecuadas para que las actividades económicas se desarrollen en un espacio de mercado abierto, regido por el principio de libre competencia.

C) En el proceso de aplicación de las normas de defensa de la competencia se pone de manifiesto la dificultad práctica que resulta de aplicar estas normas a las Administraciones públicas, porque en ella se tienen en cuenta intenciones subjetivas o presunciones legales que no cabe, en principio, predicar de los sujetos jurídico-públicos, que no cuentan con autonomía de la voluntad —así ocurre, por ejemplo, en el caso de la supuesta aplicación de la legislación de competencia desleal para verificar la utilización de precios predatorios (en el supuesto de la actividad de transporte fluvial) o para apreciar una finalidad concurrencial (en el caso de la actividad de exhibición gratuita de películas de cine)—. Por ello la aplicación a las organizaciones jurídico-públicas del Derecho de la competencia no puede fijarse en estos elementos de valoración sino que debe anclarse en la existencia o no de un interés preponderante con base jurídico-constitucional y legal suficiente que justifique y, en el caso concreto, compense la restricción u obstáculo que se produce sobre la libre competencia.

D) De la praxis jurídico-administrativa se desprende que las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia tienen efectos directivos en las decisiones que adoptan las Entidades locales, justamente porque su incumplimiento comporta una serie de consecuencias desfavorables; sobre todo, porque a partir de la LDC (2007), los órganos y organizaciones pueden impugnar actos y disposiciones reglamentarias por las que se establezcan restricciones de la competencia sin fundamento legal suficiente.

E) A causa de ese control de legalidad, que se ejerce inicial o indiciariamente sobre la actividad de las Entidades locales utilizando como parámetro las normas de defensa de la competencia, las autoridades de la competencia pueden llegar claramente a dirigir y condicionar la actividad jurídica local, pues promueven e incluso «ordenan» la modificación de determinadas normas locales, conduciendo a la derogación de parte de las mismas, y podrían conducir, análogamente, a la revocación o revisión de oficio de los actos administrativos, realizados por parte de las propias Administraciones que los hubieran dictado. Con todo, es cierto que los órganos de la competencia con base en la LDC solo pueden declarar prohibida la conducta, pueden dictar órdenes de cesación o de remoción de sus efectos, y/o pueden sancionar a las Entidades locales cuando resultan infractoras, pero no pueden actuar directamente y anular un reglamento o un acto administrativo, por lo que, sin intervención de la propia Administración autora del acto o disposición o de la respectiva instancia judicial, la norma o el acto podrían mantenerse y generar nuevas conductas anti-competitivas.

F) De las resoluciones de los órganos autonómicos de la competencia se desprende una cierta inseguridad y falta de uniformidad a la hora de fiscalizar la actividad de las Entidades locales cuando ejercen poder público. En algunos casos la infracción de las normas de la competencia por medio de Ordenanzas locales o de la actividad de información administrativa al público es fiscalizada, corregida y sancionada; en otros, sin embargo, aunque se informe de ello, no se controla con tanta intensidad.

G) Se exige una base legal para que resulten admisibles las restricciones a la competencia que cabe derivar de la actuación de las Administraciones locales, o porque incurren materialmente en ellas, ya porque las inducen en el ejercicio de su poder público, ya sea porque jurídico-formalmente las imponen en ejercicio de su poder normativo o estrictamente administrativo. El amparo de norma legal que exige el

Derecho de la competencia no se identifica, evidentemente, con el que fundamenta, conforme al principio de legalidad, el ejercicio de la actividad y de los poderes administrativos, sino con el que justifica las restricciones a la libre competencia en fines de interés general que se consideran preponderantes. El Derecho de la competencia español impone unos requisitos jurídico-formales a las posibles restricciones a la competencia que se establezcan en el ámbito local, y que los condicionamientos jurídico-materiales son producto del Derecho de la Unión Europea y derivan de la jurisprudencia del TJUE en aplicación del art. 106.2 TFUE.

H) Todo parece apuntar a que en nuestro Derecho la declaración de servicio público local (incluso la declaración de una materia como de competencia local) sirve como cobertura legal en tanto que la misma se puede vincular al establecimiento de ciertas restricciones a la competencia. En la medida que esto es así, podría entenderse que la declaración de servicio público lleva aparejada, por ejemplo, la posibilidad de que se satisfagan precios inferiores a los establecidos por el mercado. Se deriva del art. 44.2 LHL.

I) En este marco el monopolio que, con respecto a determinados servicios autoriza el art. 86.3 LRBRL es un tipo de modalidad restrictiva de la competencia, que exclusivamente puede implantarse en relación a las actividades que se enumeran en el mismo, y sobre aquellas otras que se declaren previamente en virtud de una ley estatal (sectorial) o autonómica, en cumplimiento de la reserva de ley constitucional prevista en el art. 128.2 CE.

J) Desde la perspectiva del Derecho de la competencia resulta de especial trascendencia que la ley establezca la calificación jurídico-administrativa de la actividad local como de servicio público o competencia municipal propia de contenido prestacional, por cuanto con ello cabría entender que se trata de una actividad susceptible de ser excluida de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia, frente a su consideración como mera iniciativa pública local en

la economía, lo que significaría y se traduciría en una plena aplicación de las mismas.

K) De las resoluciones dictadas al respecto por los órganos administrativos encargados de la aplicación del Derecho de la competencia se extrae que la cobertura general que proporciona la regulación legal contenida en la legislación de régimen local, estatal y autonómica permite eximir de la aplicación de las normas de defensa a cualquier tipo de actividad relacionada con la prestación de servicios públicos locales, con independencia de la intensidad con la que el interés público esté presente en su desenvolvimiento o interese este servicio a las empresas competidoras existentes en el mercado. La práctica jurídico-normativa pone de manifiesto que la exigencia de ley para excepcionar la aplicación del Derecho de la Competencia se ha interpretado de forma laxa, lo que también se puede asociar al dato de que hasta hace poco (hasta la reforma en la LRBRL introducida por la LRSAL) ha existido un entendimiento abierto, generoso y flexible de las competencias que podían asumir en su ámbito de intereses las Entidades locales y de los servicios públicos que correspondía prestar a los municipios.

Referencias bibliográficas

- [1] ARPIO SANTACRUZ, J. (2009): «Las restricciones de la competencia que tienen su origen en la actividad normativa de los poderes públicos», en BENEYTO, J. ; MAILLO, J. (dir.) y ESPER, M. (coord.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Barcelona, Bosch.
- [2] ARROYO JIMÉNEZ L., (2004): *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- [3] CASES PALLARES, L. (2010): «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones de la regulación*. Dir. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1, Madrid, Iustel.
- [4] CINDONCHA MARTÍN, A. (2006): *Libertad de empresa*, Madrid, Civitas.
- [5] COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2008): «La tutela judicial de la defensa de la competencia» en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. La Ley, Madrid.

[6] ESPINOSA GARCÍA, J. (2011): «Servicios públicos locales y competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J. *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Madrid.

[7] GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH, A. *et al.* (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid.

[8] GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011): «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia». GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir). *Derecho de la competencia y regulación en la Actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Madrid.

[9] MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2008): «artículo 4: Conductas exentas por ley», en MASSAGUER, J.; FOLGUERA,

J.; SALA ARQUER, J.M. y GUTIÉRREZ, A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cívitas.

[10] ORTEGA BERNARDO, J. (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración pública*, núm. 169, pp. 55-98.

[11] REBOLLO PUIG, M. (2003): «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid.

[12] SORIANO GARCÍA, J.E. (1998): *Derecho público de la competencia*. Marcial Pons, Madrid.

[13] VICIANO PASTOR, J. (1995): *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant Lo Blanch, Valencia.