

LA ACTIVIDAD DE LOS MERCADOS CENTRALES MAYORISTAS DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESERVAS MUNICIPALES DE ACTIVIDAD *

Juan Manuel CONTRERAS DELGADO DE COS
Subdirector Adjunto de la Subdirección de ayudas públicas
e informes de proyectos normativos de la CNMC

Yara SUÁREZ BARRIENTOS
Subdirectora del Sector Postal de la CNMC

1. INTRODUCCIÓN

*La Constitución Española, a pesar de garantizar la autonomía municipal, no contiene referencias explícitas a las competencias locales, municipales o provinciales*¹. Ha tenido que ser la legislación ordinaria, fundamentalmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL en adelante) la que diseñó un modelo competencial local², diferenciando entre *competencias propias, atribuidas e impropias*.

Si bien las *competencias propias* solo pueden ser determinadas por Ley, de acuerdo con el art. 7 de la LBRL³, las *competencias atribuidas* se ejer-

* Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, sin que puedan ser atribuidas por tanto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

¹ A diferencia de lo que sucede con los listados competenciales contenidos en los arts. 148 y 149 (C. 78) en relación con la distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el art. 140 precisa que: «La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto».

² Se regula fundamentalmente en los arts. 7, 25 y 36 de la *Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*.

³ Art. 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL en adelante): «1. Las competencias de las entidades locales *son propias o atribuidas por delegación*. Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades locales territoriales sólo podrán ser determinadas por Ley. 2. Las competencias propias se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su

cen en los términos de la delegación, que puede incluir técnicas de dirección y de control de oportunidad, y que, en cualquier caso, debe respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la entidad local. Por su parte, las *competencias impropias son las* que, estando atribuidas a la Administración autonómica o estatal, en algunos casos son asumidas o complementadas por los Ayuntamientos atendiendo a situaciones de especial necesidad por ser la Administración más próxima al ciudadano.

Este modelo competencial ha provocado ciertos problemas, como situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas y de disminución de recursos de las Haciendas locales. Para intentar corregirlas, además del Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (el APL) del que después hablaremos, recientemente se han producido dos relevantes actuaciones normativas muy vinculadas con el ámbito financiero: por un lado, la reforma del art. 135 de la Constitución de 1978, que introdujo una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en España y restringe la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); por otro, el desarrollo normativo por Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, de tres principios rectores de la actuación económico financiera de todas las Administraciones Públicas españolas: el principio de estabilidad presupuestaria⁴, el principio de sostenibilidad financiera⁵ y el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos⁶. A partir de lo anterior, se ha iniciado un proceso de reestructuración del sector público local⁷ que ha afectado tanto a la sostenibilidad de las finanzas públicas como a la dimensión del sector público.

Por su parte, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁸ vino prestando especial interés a la regulación de las funciones atribuidas a los entes locales y su incidencia en términos de afectación a la competencia efectiva. Como resultado de dicho interés, ha publicado dos informes en el año 2013: el primero, de 9 de enero de 2013, en el que se cuestiona la

programación y ejecución con las demás Administraciones públicas. 3. Las competencias atribuidas se ejercen en los términos de la delegación, que puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad que, en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad local».

⁴ Se define como la situación de equilibrio o superávit estructural de las Administraciones Públicas.

⁵ Delimita la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros de las Administraciones Públicas. Con ello se pretende reforzar la estabilidad, no solo en un momento coyuntural, sino con carácter permanente.

⁶ En función del mismo, la elaboración y aprobación de las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación que afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberá valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios anteriores

⁷ Acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las entidades locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012.

⁸ Como es bien sabido, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sustituido a la CNC en sus funciones.

reserva de una de las actividades que tradicionalmente ha sido de titularidad municipal, *Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino* (en adelante, el *Informe Mercas*⁹); otro, de carácter más general, de 13 de marzo de 2013, referido al nuevo texto legal presentado por el gobierno, el *Informe de Proyecto Normativo de 13 de marzo de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (en adelante, el *IPN 88/13*¹⁰ sobre el *APLRSAL*).

Partiendo de estas fuentes, a lo largo de este artículo se expondrá la visión que, desde el punto de vista de la promoción de la competencia, merecen los cambios que se plantean actualmente en cuanto a la reestructuración del sector local y la pervivencia de reservas municipales de actividad. A continuación, se analizarán en detalle las implicaciones para la competencia efectiva de la regulación actual de una de las funciones tradicionalmente más representativas de los Ayuntamientos, la relativa a los mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino, señalizando una serie de recomendaciones de cara a su posible reforma.

2. EL ACTUAL PROCESO DE REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL

A. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

El Anteproyecto de Ley¹¹ (APL) que fue remitido para informe de la CNC en febrero de 2013 era un texto que presentaba un *contenido heterogéneo*: por un lado, contenía importantes modificaciones de la LBRL (art. 1); por otro, modificaba puntualmente el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (art. 2).

Pero además, se modificaban diversas leyes, entre las que cabe citar la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen

⁹ Disponible en la página web de la CNMC (www.cnmc.es).

¹⁰ Disponible en la página web de la CNMC (www.cnmc.es).

¹¹ Esta versión del texto ha ido posteriormente sufriendo variaciones, como consecuencia del proceso de elaboración normativo dentro de los propios departamentos ministeriales y también por las enmiendas que en su momento pudieron producirse en relación con el proyecto de ley presentado en las Cortes. Salvo referencia expresa en contrario, las observaciones que se puedan recoger en este artículo se refieren al contenido de dicho texto inicial. En el momento de elaboración de este artículo, el texto se encuentra en las Cortes, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-58-1.PDF, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (6/09/2013).

Local (en adelante, TR) y, por último, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Para centrar el análisis en el tema del artículo, según se manifestaba en el APL se perseguían los siguientes *objetivos*:

- a) *Clarificar las competencias municipales evitando duplicidades.* Se pretendía corregir la actual indeterminación de la responsabilidad de los gobiernos locales en el ejercicio de las denominadas *competencias impropias*. El APL planteaba como solución que las entidades locales sólo pudieran prestar servicios no obligatorios o impropios cuando esté garantizada la prestación de los obligatorios.
- b) *Racionalizar su estructura organizativa.* Se reforzaban las competencias de las Diputaciones provinciales, en especial con respecto a los municipios inferiores a 20.000 habitantes. Para las entidades locales saneadas se establecían limitaciones al ejercicio de la iniciativa pública de la actividad económica. Además, se limitaba la creación de entes instrumentales para las entidades locales sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste a aprobar a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

En el régimen de las competencias delegadas se introducían dos novedades. Por una parte, sólo se podrán delegar competencias cuando se mejore la eficiencia de la gestión pública, se contribuya a eliminar duplicidades y sea conforme con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por otra parte, se vincula la delegación de competencias con la necesaria financiación de la actividad o servicio que se delega. De forma análoga, el APL vincula a la sostenibilidad y eficiencia la elección por las entidades locales de la gestión directa o indirecta de los servicios públicos.

- c) *Garantizar un control financiero-presupuestario más riguroso y transparente.* Se incluyen entre los principios que orientan al legislador sectorial, estatal o autonómico, los ya mencionados de estabilidad presupuestaria, equilibrio y sostenibilidad financiera. Como novedad, las leyes sectoriales, incluidas las autonómicas, que determinen las competencias propias municipales deben ir acompañadas de una memoria económica. Esta memoria debe reflejar el impacto financiero sobre las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del servicio o actividad de que se trate. Asimismo, para evitar duplicidades, la ley básica local ordena que dichas leyes establezcan con precisión el servicio o actividad a atribuir como competencia municipal.

Además, mediante Real Decreto, se establecerá el *coste estándar*¹² de los servicios prestados por los entes locales, la periodicidad y el procedimiento en que deberán ser evaluados y las condiciones en que se publicitarán su coste y eficiencia. Asimismo, se precisa que

¹² En la versión del Proyecto de Ley que ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, se han eliminado todas las referencias que se realizaban al coste estándar, permaneciendo en cambio todas las exigencias relativas a la determinación del coste efectivo de los servicios.

las evaluaciones de los costes de los servicios contempladas en el APL deberán expresar su coste real y efectivo. Este coste se comparará con el coste estándar de los servicios con independencia de la forma, proporción y cuantía en que finalmente sean financiados.

- d) *Favorecer la iniciativa económica privada.* Se limita el uso de regímenes de autorización o licencia para ejercer una actividad económica a casos en que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas por motivos de protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, de seguridad o salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

Además, se elimina la reserva legal de actividad para las entidades locales en suministro de calefacción y de mataderos, mercados y lonjas centrales, manteniéndose, en cambio, para el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. Por otro lado, se somete a informe de la autoridad de competencia correspondiente la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas a las entidades locales.

B. EL IPN 88/13 DE LA CNC SOBRE EL APL DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En líneas generales, el IPN 88/13 *valoraba positivamente determinadas medidas* incluidas en el APL, entre las que se encontraban la limitación impuesta a la creación de nuevos entes instrumentales, las medidas para evitar la generalización de actividades económicas por parte de éstos, la eliminación de licencias o autorizaciones en aquellos casos no justificados y sobre todo, la eliminación de ciertas reservas legales¹³ de actividad para los entes locales.

No obstante, el informe también ponía de manifiesto de forma palmaria la existencia de ciertos *aspectos en los que consideraba necesario profundizar*: la justificación de la reserva legal de actividad para ciertas actividades, la apertura al mercado en la provisión efectiva de los servicios de titularidad local, la competencia en el acceso a la prestación del servicio, los procedimientos utilizados en las privatizaciones parciales o totales de empresas públicas encargadas de prestar servicios públicos locales, el ejercicio de la iniciativa económica pública en concurrencia con prestadores privados, la deseable excepcionalidad de la figura de los convenios, el reforzamiento del análisis del impacto competitivo¹⁴ en las decisiones de las

¹³ En concreto, el suministro de calefacción y, en línea con lo recomendado por el reciente Informe de la CNC sobre competencia en el servicio de mercas, los mataderos, mercados y lonjas centrales.

¹⁴ El nuevo art. 86.1 LBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida sobre la neutralidad competitiva y las posibles ventajas o desventajas derivadas de la propiedad pública del

entidades locales y, por último, la sustitución de las referencias al coste estándar por la necesidad de que los servicios prestados por las entidades locales se realicen en mayor competencia.

Por su relación con el objeto de este artículo, desarrollaremos brevemente las observaciones relativas a la *justificación de la reserva legal de actividad* y las implicaciones que cabe vislumbrar del ejercicio de la *iniciativa pública económica en concurrencia con otros prestadores privados*.

a) *La reserva legal de actividad: implicaciones para la competencia*

El art. 128.2 de la Constitución Española «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Así, a diferencia de la actividad económica simple, es decir la participación de la Administración en la actividad económica como un sujeto más, *la reserva de servicios esenciales* al sector público sí requiere la existencia de una norma de rango legal que prevea tal reserva, lo que implica que las Corporaciones Locales, que no son titulares de la potestad legislativa, no pueden prestar un servicio en régimen de monopolio si no existe dicha reserva previa por una Ley.

Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas. Una forma especialmente intensa de ejercer dicha iniciativa supone el que se levanten barreras legales de entrada a terceros operadores, de forma que se constituya en una reserva legal de actividad.

En nuestro Derecho, la reserva de actividad supone una prohibición a los operadores privados de ser titulares de empresas en el sector sobre el cual opera la reserva. Es decir, la reserva legal de servicios esenciales afecta a la titularidad y no a su ejercicio, de forma que la utilización o explotación del recurso se puede confiar a otros sujetos jurídicos de acuerdo con las distintas modalidades de gestión previstas en la normativa¹⁵.

operador económico en cuestión. Sin embargo, la mención del art. 86.1 LBRL es la única referencia en el APL a la valoración previa del impacto sobre la competencia de la actividad a emprender por la entidad local. La CNC considera que existen otras decisiones públicas, consecuencia del ejercicio de potestades contempladas en la LBRL, que resultan susceptibles de afectar igualmente a la dinámica competitiva de determinados mercados y por tanto deberían valorarse previamente de la misma manera. En consecuencia, se propone realizar cambios en lo referente a realizar una mención expresa de principios tales como el de salvaguarda de la libre competencia y el de garantía de unidad de mercado y además, realizar un análisis de mercado en muy variados supuestos, como por ejemplo, la elección de las formas de gestión más eficientes, las reservas legales de actividad y las medidas de racionalización del sector público local.

¹⁵ Así lo explicitan el art. 95 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local («Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, *podrán ser gestionados directa*

Haciendo uso de esta posibilidad, el art. 86.3 de la LBRL precisa que se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; *mercados* y lonjas *centrales*; transporte público de viajeros»¹⁶. Además, se precisa que el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

Desde la óptica de competencia, más allá de que en determinados supuestos sea oportuno cuestionar la titularidad pública o privada de dichos servicios, se enfatiza especialmente que *la reserva de los mismos a favor de las entidades locales debe ser compatible, en la mayor medida posible, con el fomento de la competencia efectiva*. Esto, básicamente, significaría dos cosas:

Por un lado, que sería *recomendable que se estableciera en la normativa la obligación de valorar periódicamente, atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción, la conveniencia de mantener dicha reserva legal*. Y en caso de que dicha autoevaluación planteara discrepancias o demostrara abiertamente que el mantenimiento de la reserva no se justifica, la regulación debería permitir que el ente local, en pleno ejercicio de sus competencias, optara por levantar dicha barrera y permitir el juego de otros operadores¹⁷.

Por otro lado, que *el hecho de que exista dicha reserva legal no implica que obligatoriamente deba gestionarse de forma directa por el ente local*, ya con sus propios servicios centrales o con entidades o empresas públicas adscritas al mismo. Al contrario, desde el punto de vista de competencia, la CNC estima que el APL debería establecer la obligación de analizar *ex ante* determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de

o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercitados por gestión directa») y el art. 13 del Real Decreto 1882/1978 de 26 de julio, sobre canales de comercialización de productos agropecuarios y pesqueros para la alimentación («Los mercados mayoristas a los que se aplican las normas establecidas en el presente real decreto de acuerdo con el artículo décimo se regirán, *cualquiera que sea su modo de gestión*, teniendo en cuenta el respeto a la protección de los consumidores y a la salud pública. En los mercados gestionados mediante empresa mixta municipal, las tarifas deberán cubrir el costo del servicio asegurando su total financiación. Los recursos que se obtengan en la explotación de los mercados se aplicarán a su sostenimiento y a mejorar sus condiciones de comercialización»).

¹⁶ Los *mataderos* desaparecieron de la enumeración del art. 85.3 LBRL mediante Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996, así como del art. 26 de la LBRL, por lo que ya no son servicios obligatorios de los Ayuntamientos; la mención a los *servicios mortuorios* contenida en el núm. 3 del art. 86 ha sido suprimida conforme establece el art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE de 8 de junio); en lo que se refiere al *suministro de gas*, desapareció en la redacción dada por Ley 34/1998, de 7 de octubre (BOE de 8 de octubre), del sector de hidrocarburos.

¹⁷ Obviamente, desde un punto de vista teórico, el hecho de que se efectúe una evaluación periódica contemplaría la posibilidad de una vuelta a la situación de reserva legal siempre que las circunstancias excepcionales que justificaban la reserva legal estuvieran de nuevo presentes y fueran debidamente acreditadas.

oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos o la escasa importancia relativa de los activos específicos que pudieran implicar costes de entrada (en particular, de los costes hundidos).

Cuando, entre otros, existan dichos elementos, se recomienda que el APL establezca que las entidades locales deberían optar por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación por operadores privados. Al mismo tiempo, debería asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales¹⁸ de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes.

De manera análoga al caso de la gestión indirecta¹⁹, *el APL debería asegurar que si la entidad local optase por una estructura instrumental con participación pública y privada en la prestación del servicio en cuestión, los procesos de privatización se realicen de acuerdo con procesos de selección competitiva adecuadamente diseñados*²⁰. Se entenderá que dicha adecuación se produce cuando, al menos, favorezcan y no restrinjan injustificadamente la concurrencia empresarial y no limiten innecesaria, desproporcionada o discriminatoriamente el acceso a la condición de socio privado.

Por último, pero no por ello menos relevante, conviene recordar igualmente, más allá de posibles conductas exentas por ley, la indudable sujeción de los operadores públicos a las normas de competencia, tanto desde el punto de vista de la persecución de posibles conductas anticompetitivas o abusos de posición de dominio²¹ como desde la óptica de ayudas públicas²².

¹⁸ Para un detallado estudio de las implicaciones para la competencia de los entes instrumentales o medios propios, se puede consultar el informe de la CNC sobre medios propios y encomiendas de gestión de junio de 2013, también disponible en la web de la CNMC, www.cnmc.es.

¹⁹ Existen ejemplos de tales análisis a nivel de autoridades de competencia regionales. Uno de ellos es el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía núm. I 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), disponible en la web de la entidad: www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/. En el mismo se recuerda que el art. 97 el RDL 781/1986 precisa que en la memoria que habrá que preparar para el ejercicio de una actividad económica se determinará la forma de gestión y su prestación efectiva en régimen de monopolio, justificándose su conveniencia.

²⁰ También en este caso puede consultarse la Guía de contratación pública y competencia, disponible en www.cnmc.es.

²¹ Por ejemplo, en el ámbito de los servicios funerarios, entre los numerosos pronunciamientos de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y de su predecesor el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) relativos a conductas restrictivas de la competencia en dicho sector, han existido algunos en que se ha sancionado a un operador de carácter público. Es el caso de la Resolución de la CNC 650/08, *Funerarias Baleares*, en la que se multa a la empresa pública titular del cementerio de Palma de Mallorca por abusar de su posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio y crematorios, al denegar el acceso a determinados operadores privados de servicios funerarios no procedentes de dicho municipio.

²² A este respecto puede consultarse igualmente el informe de la CNC de junio de 2013 sobre medios propios y encomiendas de gestión, y las implicaciones que, desde el punto de vista de ayu-

b) *Iniciativa pública económica en concurrencia con prestadores privados*

Como ya se ha señalado, el art. 128 de la Constitución de 1978 reconoce la iniciativa pública simple en la actividad económica²³. Sin necesidad de llegar a reservarse servicios esenciales, con la consiguiente exclusión de otros operadores, pueden existir incentivos para que el ente local preste ciertos servicios en concurrencia con operadores privados.

No obstante, cabe señalar, en primer lugar, que determinadas iniciativas económicas públicas pueden impactar sobre la neutralidad competitiva y la configuración de la oferta, presente y futura. Como consecuencia de ello, el informe precisa que *el APL debería garantizar que las entidades locales fundamentaran adecuadamente y ex ante sus iniciativas económicas, delimitando claramente el interés público que se pretende promover con la iniciativa en cuestión e indicando las medidas tomadas para minimizar la afectación a la competencia*²⁴.

En este ejercicio de sopesamiento, el interés público perseguido debe ponderarse con el daño a la competencia derivado de las posibles ventajas competitivas que se puedan establecer a favor del prestador público. Solo tras la constatación de que no existen alternativas menos restrictivas de la competencia para conseguir la finalidad perseguida se debería instrumentar la participación activa de las entidades locales como oferentes en estos mercados.

Además, las posibles ventajas competitivas que se otorgasen a los prestadores públicos por parte de las Administraciones locales deberían estar claramente determinadas, directamente relacionadas con el objetivo de interés público perseguido, ser limitadas y revisables periódicamente. Por último, cabe recordar igualmente la sujeción de los operadores públicos a la normativa de competencia, en los mismos términos que se ha expuesto para los operadores afectados por una reserva legal de actividad.

3. LA RESERVA MUNICIPAL DE LA ACTIVIDAD DE MERCADOS CENTRALES MAYORISTAS DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y SU PROPUESTA DE ELIMINACIÓN

La eliminación de la reserva de actividad del servicio de mercados centrales prevista en el Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de

das públicas, tendría la puesta en funcionamiento de estos entes. Está disponible en la web www.cmmc.es.

²³ Respecto a las Corporaciones Locales, también el art. 83.1 LBRL se refiere a la actividad económica simple y establece que «las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución».

²⁴ Sobre el grado en que la propia decisión de desarrollar tales servicios, y la concreción del «interés público» como título habilitante para el desarrollo de un servicio en particular, puede consultarse la Resolución del extinto TDC r673/05, Deportes Valladolid, en el ámbito de los gimnasios públicos.

la Administración Local²⁵ fue una de las principales propuestas realizadas en el «Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino», aprobado por el Consejo de la extinta CNC en enero de 2013.

En el mismo, además de analizarse las condiciones de competencia en la comercialización en destino de productos perecederos a través de las Unidades Alimentarias de los mercados centrales, se realizó una reflexión sobre el modelo vigente de organización y gestión de las Mercas y, en particular, sobre la pertinencia de mantener la titularidad municipal de la actividad, siendo este segundo aspecto el que resulta relevante a los efectos del presente artículo.

En primer lugar se expondrá el origen de la municipalización de esta actividad, abordando los motivos de tal decisión así como sus consecuencias, para desarrollar, a continuación, los factores que explican el porqué, desde una perspectiva de competencia, de la propuesta de eliminación de la reserva municipal de esta actividad y de la elección de esta opción frente a otras posibles alternativas.

A. LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESERVA LEGAL DE LA ACTIVIDAD DE MERCADOS CENTRALES EN ESPAÑA²⁶

Por lo que respecta a la proyección de la reserva del art. 128.2 CE en el ámbito local, el régimen jurídico de la iniciativa pública para realizar actividades económicas ha experimentado importantes cambios a través de la LBRL y del TR²⁷.

Como se ha mencionado anteriormente, el apartado 3.º del art. 86 de la LBRL reserva en favor de las entidades locales, entre otras, la actividad esencial de mercados centrales. La enumeración de materias en dicho precepto es muy similar a la prevista en el régimen preconstitucional de municipalización, contenido en el Reglamento de Servicios Locales (en adelante, RS), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (todavía vigente).

Así, el art. 166.1 de la Ley de 1955 señalaba que «podrán ser municipalizados con monopolio los servicios de abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, alcantarillado, lonjas, *mercados*, mataderos, cámaras frigoríficas y los autobuses, tranvías, trolebuses, ferrocarriles y demás medios de transporte dentro del término municipal, así como el servicio de autobuses».

En la mayoría de los casos vigentes de prestación del servicio de mercados centrales, éste fue objeto de municipalización con monopolio, de

²⁵ Art. 1.23, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-58-1.PDF.

²⁶ Informe Mercas.

²⁷ Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (en adelante, TR).

conformidad con el art. 166.1 del Decreto de 1955, lo que implica, al igual que la declaración de reserva prevista posteriormente en el art. 128.2 CE, la prohibición a los particulares de ser titulares del servicio de mercados centrales, es decir, la imposibilidad de que los sujetos privados puedan ser titulares de la situación jurídica subjetiva de empresario en este caso, pero no de que intervengan a través de la gestión.

Por lo que respecta a las razones a las que obedece tal decisión, algunos de los *argumentos que se han esgrimido con el objetivo de justificar la necesidad de la intervención municipal en exclusiva*, en el caso particular de los mercados centrales, son los siguientes²⁸:

- La función de la Administración de facilitar, regular, clasificar y racionalizar el abastecimiento de productos alimenticios a los grandes centros de consumo por la exigencia de atender las necesidades primarias de un gran número de personas y porque los precios que en ellos prevalezcan influirán, decisivamente, en el índice general de precios de estos productos.
- Garantía de la salubridad e higiene en los mercados.
- Garantía de la unidad del mercado y de mayor transparencia gracias a las interrelaciones entre los distintos mercados y la necesaria colaboración entre Ayuntamientos.
- Desaparición/reducción de las diferencias de precios entre mercados para idénticos productos, homogeneizando la forma de efectuar las transacciones (por ejemplo, estableciendo subastas simultáneas).
- Mejor prestación de un servicio público y de la realización de los controles, tanto sanitarios como de precios, que conlleva la prestación del mismo.
- Reserva de puestos a productores para el fortalecimiento de la competencia entre mayoristas al evitarse las situaciones monopolísticas existentes en los mercados como consecuencia de la limitación de espacios disponibles y de la dificultad de los productores, por falta de organización y medios, de acceder a los mismos.
- Aumento de la productividad de los mayoristas, debido a los medios mecánicos puestos a su disposición en el mercado.
- La implantación de un perímetro de seguridad o zona de protección del mercado central para evitar la proliferación de mayoristas que desarrollen su actividad fuera del mercado; fijación de zona, que ha de tener en cuenta los intereses de los distintos Municipios, los costes de transportes y las inversiones ya realizadas en esas zonas por algunos mayoristas.
- La adopción de nuevos tipos de intercambios y transacciones que respondan mejor a las realidades actuales.
- Control de los volúmenes comercializables para evitar la aparición de pequeños mayoristas que comercialicen un volumen reducido

²⁸ R. A. MEDINA CALVETE, *Prestación de los servicios de abastecimiento en mercados centrales de mayoristas: municipalización del servicio y constitución de una empresa mixta para su desarrollo*, 1971.

de mercancías, con la consiguiente repercusión en los costes unitarios.

- Regularización de precios de las transacciones cuando sea necesario, mediante la reserva de puestos a productores y a las Administraciones.

De hecho, algunas de las razones enunciadas para justificar la municipalización del servicio se han transformado o han motivado, como se tendrá ocasión de analizar más adelante, la adopción de cláusulas tipo previstas en los Reglamentos de funcionamiento de muchos de los mercados centrales activos en la actualidad.

En definitiva, la intervención del Municipio como único titular de la actividad, se consideraba la mejor opción para la administración de los mercados de abastos y para cumplir con el fin social de procurar un normal abastecimiento de productos alimenticios a la población y con las funciones de control anejas a la prestación del servicio público de mercados centrales.

Sin embargo, el tipo de actividad que desarrollan hoy en día los mercados centrales mayoristas de productos perecederos y las condiciones en que la llevan a cabo son factores que permiten y exigen, como se expone a continuación, poner en tela de juicio las razones que, en su momento, pudieron justificar la reserva municipal de la actividad.

B. LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUPRESIÓN DE LA RESERVA DE LA ACTIVIDAD DE MERCADOS CENTRALES

a) *La actividad de mercados centrales en la actualidad*²⁹

El comercio mayorista comprende los intercambios entre empresas de productos a lo largo de la cadena (productores, transformadores, mayoristas en origen, mayoristas en destino y minoristas) y pueden distinguirse diferentes canales de comercialización, en función de los agentes que intervengan y de las tareas que realicen.

El circuito básico de distribución, para el caso de los productos perecederos, es el denominado «canal largo», en el que intervienen, sucesivamente: productor, mayorista en origen, mayorista en destino y minorista³⁰. Los comercializadores en destino compran el producto a un operador en

²⁹ Informe Mercas, *www.cnmec.es*.

³⁰ Esta configuración básica deriva de la antigua obligatoriedad de que todos los productos de alimentación perecederos se comercializaran a través de los «mercados centrales». Así, de acuerdo con los arts. 1 y 2 del Real Decreto 1882/1978, podrían diferenciarse tres canales para la distribución mayorista en destino:

- Mayoristas en destino: mercados mayoristas (arts. 1, 10 y ss.) y mayoristas independientes [art. 2.a) 1].
- Centrales de distribución [art. 2.a) 2].
- Ventas directas [art. 2.a) 3 y 4].

origen y lo revenden al sector minorista (hipermercados y supermercados, comercio tradicional y horeca³¹).

La comercialización en destino puede realizarse por distintos operadores³², si bien, dado el objeto del artículo, interesa la comercialización realizada por los asentadores tradicionales, es decir, mayoristas que actúan junto a otros mayoristas en las Unidades Alimentarias de los mercados centrales, es decir, los mercados mayoristas municipales (Mercas)³³. Este tipo de distribución, en que los productos pasan por los mercados mayoristas en destino se denomina «distribución tradicional», mientras la intervención de las grandes empresas minoristas a través de plataformas o centrales de distribución constituye el canal de «distribución moderna».

Los mercados mayoristas son centros de contratación al por mayor que están localizados en las proximidades de los grandes núcleos urbanos, en los que se reciben los productos agrícolas, ganaderos y del mar desde los centros de contratación en origen. Aglutinan, por tanto, a los principales operadores en destino, los asentadores, y algunas plataformas de la gran distribución utilizan, además, sus instalaciones.

Físicamente, las Mercas suelen tener un mercado separado para cada ámbito de actividad: frutas y hortalizas, pescados y mariscos, carnes. Adicionalmente, en las Unidades Alimentarias de los mercados centrales se desarrollan, de manera creciente, actividades complementarias de mercados en las llamadas Zonas de Actividades Complementarias (ZAC)³⁴.

Por un lado, las Mercas desarrollan un papel esencial de cara a los operadores en origen ya que reciben gran parte del total de productos sin transformación que los comercializadores en origen canalizan (el 50 por 100 de los productos hortofrutícolas y el 25 por 100 del sector cárnico, según el Informe sobre competencia y sector agroalimentario de la CNC del año 2010). Al mismo tiempo, la distribución a través de mayoristas en destino es la principal vía de abastecimiento del comercio minorista especializado

³¹ Integra restauración independiente, cadenas de restauración, bares y cafeterías, hoteles y ocio nocturno.

³² Por mayoristas independientes, que actúan fuera de las Unidades Alimentarias de los mercados centrales o por intermediarios y corredores mayoristas que, al igual que ocurre en el mercado de origen, son intermediarios comerciales independientes que trabajan por cuenta de mayoristas en destino y facilitan la negociación con la gran distribución, realizando operaciones por cuenta de agentes que no acuden directamente a la Merca (habitualmente en aquellas provincias que carecen de esta clase de establecimientos).

³³ La acepción propia y ajustada del término Merca es la que designa a la entidad que se ocupa de la gestión de las Unidades Alimentarias de los mercados centrales de abastecimiento. Sin embargo, el término Merca se usa también para hacer referencia a las propias Unidades Alimentarias o mercados centrales de los productos correspondientes y, por tanto, como sinónimo de estos.

³⁴ Estas zonas acogen empresas de comercialización, manipulación, servicios logísticos y servicios de atención a los usuarios (envasado, almacenamiento, frío en alquiler, oficinas bancarias, cafeterías, estaciones de servicio, gestorías, seguros o estancos, entre otros). El resto son principalmente zonas urbanizadas (viales, aparcamientos, zonas verdes, etc.) y las dedicadas a servicios comerciales y administrativos. En estas zonas se ubica un conjunto de empresas mayoristas que requieren para realizar dichas actividades de valor añadido un mayor espacio en el que realizar la transformación del producto; también se instalan aquí determinadas empresas de distribución con almacenes regionales desde los cuales distribuyen a sus redes de supermercados e hipermercados.

y de los minoristas que venden en mercados ambulantes, y por tanto resulta esencial en el abastecimiento de la población, puesto que entre el 40 y 50 por 100 del aprovisionamiento de los hogares se realiza a través del primero y entre un 6 y 7 por 100 a través del segundo³⁵. La demanda de este tipo de distribución está constituida fundamentalmente, por distribuidores minoristas, comercio especializado, mercadillos, canal horeca y cualquier otro tipo de distribuidor para consumo en fresco fuera de los hogares.

De acuerdo con los datos del Informe Anual de Mercasa³⁶, la actividad comercial mayorista en las 23 Unidades Alimentarias de la Red de Mercas alcanzó en 2011 un valor total próximo a los 10.000 millones de euros, correspondientes a un volumen de comercialización de casi 6 millones de toneladas de alimentos perecederos³⁷. Por otra parte, la distribución realizada directamente por las empresas ubicadas en las ZAC es cada vez más importante³⁸. De acuerdo con Mercasa, estas cifras de comercialización suponen un 50 por 100 del total de frutas y hortalizas que se consumen (hogar y extradomésticos) en España, el 53 por 100 de los pescados y mariscos y el 20 por 100 de las carnes frescas³⁹.

A pesar de estos datos, en los últimos años el canal tradicional ha ido cediendo paso a la distribución moderna, generando circuitos de distribución más cortos en los que aparecen nuevos agentes y se reduce la longitud del canal de distribución. Por otro lado, los roles de cada actor en la cadena de valor tradicional están cambiando y las fronteras entre unos y otros se difuminan de forma que, cada vez en mayor medida, se observan fenó-

³⁵ *La distribución agroalimentaria y transformaciones estratégicas en la cadena de valor*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

³⁶ Mercasa sigue siendo una empresa pública de la Administración General del Estado cuyos accionistas son la SEPI, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (51 por 100) y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) (49 por 100). La Red de Mercas de Mercasa está integrada en la actualidad por 23 Unidades Alimentarias en cuyo accionariado participa tanto el Ayuntamiento titular de la actividad como la sociedad estatal Mercasa. Para más información sobre el origen de esta situación véase Informe Mercas, en particular, «La Red de Mercas de Mercasa», pp. 33 y ss.

³⁷ Por familias de productos, las ventas globales de frutas y hortalizas en la Red de Mercas durante 2011 ascendieron a unos 4,7 millones de toneladas, una cifra algo inferior a la de 2010, alcanzando un valor de casi 4.100 millones de euros, en torno a un 11 por 100 por debajo del año anterior. Por su parte, las ventas globales de productos pesqueros llegaron casi a 700.000 toneladas en 2011, un 5 por 100 menos que en 2010, por el mayor impulso de las mismas en las instalaciones de las ZAC; en conjunto, el valor de ventas de carnes rebasó los 4.200 millones de euros. En el caso de las carnes, durante 2011, la comercialización en la Red de Mercas se acercó a las 400.000 toneladas, con un valor de 1.175 millones de euros.

³⁸ Al margen de las Mercas pertenecientes a la Red de Mercas de Mercasa, de acuerdo con la información aportada por Mercasa y su Informe anual del año 2009, se han identificado otros mercados centrales donde se intercambian productos frescos próximos a los centros de consumo: Mercaolid, Mercavallès, Mercagirona, Mercat del Camp, Mercat Central de Fruites i Verdures, Mercado Mayorista de Vitoria y Mayoristas de fruta y verdura de Xàtiva.

Sin embargo, la mayoría de estos mercados centrales de abastecimiento municipales no tienen la importancia, en cuanto a volumen de negocios, que presentan las 23 Unidades Alimentarias que integran la denominada Red de Mercas de Mercasa. En particular, de los mercados anteriores, el único que, a tenor de la información que proporciona públicamente en su sitio web, parece tener un tamaño equiparable a los Mercas de la Red de Mercas es Mercaolid. En Mercaolid se comercializa un volumen parecido al de las Mercas más importantes de la Red de Mercas.

³⁹ Datos exclusivamente de la Red de Mercas de Mercasa.

menos de integración vertical entre los agentes de la cadena, integrándose «hacia atrás» (por ejemplo, distribuidores que constituyen y controlan centrales de compra en origen) o «hacia delante» (por ejemplo, cooperativas que constituyen centrales hortofrutícolas que negocian directamente con los distribuidores).

El canal libre servicio mayorista (establecimientos *cash & carry*) constituye una modalidad de venta al por mayor de productos de gran consumo, en régimen de autoservicio, dirigida a empresas y profesionales distintos de los consumidores finales, principalmente empresas activas en el sector de la restauración, la hostelería y el sector minorista⁴⁰.

En España existe un amplio número de operadores en este canal, que comparte ciertas similitudes con la distribución realizada en las Mercas y, teóricamente, podría constituir, con salvedades⁴¹, una alternativa para el abastecimiento de productos por compradores que acuden a las Mercas⁴².

Por otro lado, el «canal moderno», basado en la comercialización de productos a través de las plataformas de distribución⁴³, va adquiriendo una mayor entidad, en paralelo a la progresiva importancia de la gran distribución, de modo que ya en 2004 en torno al 20 por 100 del mercado de productos perecederos se canalizó a través de este tipo de intermediación⁴⁴.

⁴⁰ CNC, expediente N/07074, *Dinosol/Tagoror/Tagoror*.

⁴¹ La clientela que acude a los establecimientos de *cash & carry* son, principalmente, pequeñas y medianas empresas con limitado potencial financiero y de almacenamiento, cuyo volumen de compra media es más reducido que el de los clientes del canal tradicional y que realizan compras más espaciadas en el tiempo, a quienes no compensa acudir a la Merca o tener un proveedor para cada producto y prefieren concentrar su compra en un establecimiento con un surtido amplio como el *cash & carry*.

De hecho, en diferentes decisiones, tanto la Comisión Europea como las autoridades españolas de defensa de la competencia han diferenciado el mercado de distribución mayorista a través de establecimientos de *cash & carry*, de los mercados mayoristas en destino, por motivos tanto de oferta como de demanda. Comisión Europea, caso núm. IV/M.784, *Kesko/Tuko*; y CNC, expedientes N-140 PIO *Coronado/Cemetro* (C64/01 del TDC), N-230, *Caprabo/Enaco* (C 70/02 del TDC), N-03053, *Caprabo/Alcosto* (C83/03 del TDC) y C 95/06, *Alimentació/Puntocash*; N/07074 N/07074 *Dinosol/Tagoror/Tagoror*, y N/07032 TPH/N/07032, *TPH/Bargosa*.

⁴² Realmente ambos canales tienen un carácter complementario; el canal Merca ha realizado un importante esfuerzo diversificador, de tal forma que dentro de las denominadas Zonas de Actividades Complementarias (ZAC) pueden encontrarse establecimientos de distribución mayorista en formato *cash & carry*. Así, para los clientes de mayor escala, el hecho de que un porcentaje significativo de clientes mayoristas utilice simultáneamente el formato *cash & carry* y la distribución tradicional podría suponer que ambos canales son considerados complementarios por dichos clientes, y no sustitutos.

Ello ha llevado a la CNC a considerar en determinadas decisiones que el canal *cash & carry* y la distribución mayorista tradicional constituyen mercados próximos o conexos entre sí, debido a que para algunos clientes ambos canales de distribución, tradicional y autoservicio, tienen carácter complementario y a que la distribución mayorista tradicional comercializa una gama de productos en buena parte coincidente con la de los establecimientos *cash & carry*, comprada por clientes similares y con objetivos parecidos. En consecuencia, la CNC consideró que la distribución tradicional tenía cierta capacidad para disciplinar el comportamiento de los operadores existentes en el mercado de distribución comercial mayorista de bienes de consumo diario en establecimientos de *cash & carry*, si bien no necesariamente a la inversa (CNC, expte. C95/06, *Miquel Alimentació/Puntocash*).

⁴³ El art. 6 del Real Decreto 1882/1978 ya se refería al mismo al permitir la comercialización de productos alimentarios a través de las centrales de distribución, convirtiéndola en una de las excepciones a la obligación general de paso de productos frescos por los mercados mayoristas.

⁴⁴ *Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas*, Servicio de Defensa de la Competencia (actual CNC), enero 2004.

El desarrollo de este canal es una clara manifestación del fenómeno ya comentado de difusión de roles entre los distintos operadores de la cadena de valor. Así, algunos mayoristas en destino han diversificado sus actividades en la cadena hacia la producción y la manipulación en origen, asociándose con productores o mediante la adquisición de terrenos donde abastecerse. En otros casos, los mayoristas actúan como operadores logísticos en la cadena moderna, creando plataformas de distribución para la distribución minorista organizada o para reexpedir el producto a otros mercados fuera del área de influencia de la Merca, incluyendo la exportación. Asimismo, es destacable la presencia de distintas multinacionales mediante alianzas con productores o mayoristas en origen nacionales⁴⁵.

b) *La ausencia de justificación de la reserva en la actualidad*

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, aunque las Mercas canalizan todavía hoy una parte muy relevante del consumo mayorista en destino de los productos perecederos en España, han perdido importancia relativa respecto al pasado y se enfrentan a la presión ejercida por nuevas formas de distribución.

El sistema comercial español ha experimentado en los últimos años, y sigue experimentando, una profunda transformación, a la que los mercados centrales de abastecimiento no pueden hacer frente mediante su configuración actual, basándose en un modelo de comercialización de productos frescos que se remonta a los años sesenta.

Cuando se constituyó Mercasa, a finales de los años sesenta, las ventas a través de las plataformas de distribución no existían, y hoy suponen una parte muy relevante del mercado. Igualmente, han surgido mayoristas que operan en destino de manera exitosa al margen de las Mercas, lo que ha generado que, paulatinamente, las Mercas hayan ido perdiendo cuota de mercado en favor de otros canales alternativos.

Ante esta situación, resulta pertinente cuestionar si el modelo vigente de organización de la actividad de mercados centrales mayoristas en destino en España resulta actualmente racional y justificado y si debe modificarse el mismo para que favorezca una mayor competencia y un funcionamiento más eficiente del sistema. Ello lleva necesariamente a plantear si, a día de hoy, la reserva de actividad a los municipios está justificada.

Desde una perspectiva de competencia, la reserva de la actividad esencial de mercados a los Municipios constituye una restricción que impide el acceso al mercado por parte de los operadores privados interesados en prestarlo, frente a lo que sería un escenario de prestación privada del servicio, sin titularidad pública, únicamente sometida a autorización, licencia o declaración responsable.

⁴⁵ *La distribución agroalimentaria y transformaciones estratégicas en la cadena de valor*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

La motivación genérica de la reserva, tal y como está prevista en el art. 86.3 LBRL de conformidad con el art. 128.2 de la Constitución Española, parece descansar sobre el carácter «esencial» que reviste la actividad⁴⁶. La esencialidad de un servicio debe provenir de la naturaleza y/o funciones de dicho servicio⁴⁷ sin que la necesidad deba identificarse con que se trata de una prestación vital, en el sentido de ser necesaria para la supervivencia de los individuos⁴⁸, de forma que una actividad que sea necesaria o indispensable para la vida social podría considerarse una actividad esencial en el sentido del art. 128.2 CE.

Por otro lado, la esencialidad es una idea ligada a las circunstancias de cada momento y a las posibilidades ofrecidas por la ciencia y la tecnología en dicho momento, por tanto, varía con la evolución de los tiempos y el desarrollo de las tecnologías, lo que exige valorar la necesidad del servicio para el correcto funcionamiento de los elementos básicos de la sociedad en el momento en que se analiza dicha necesidad⁴⁹.

Cuestionar, por tanto, la reserva municipal de la actividad, supone valorar si los motivos expuestos en el anterior epígrafe, que determinaron la esencialidad de la actividad de mercados centrales y, consecuentemente, la posibilidad de su municipalización con monopolio primero y la reserva legal de la LBRL después, se mantienen hoy día e inciden en el funcionamiento de la sociedad, teniendo en cuenta el contexto actual.

Algunas de las razones enunciadas para justificar la municipalización de este servicio se han transformado en cláusulas tipo de algunos de los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas⁵⁰, que generan, de forma injustificada, *restricciones a la competencia*, por lo que en modo alguno pueden seguir siendo el fundamento del modelo vigente de prestación de servicios, basado en la reserva municipal de la actividad.

Es el caso de la *reserva de puestos a las Administraciones* con el objetivo de poder regularizar los precios de las transacciones cuando sea necesario. Muchos de los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas incluyen entre los operadores que podrán vender en la Unidad Alimentaria a los órganos de la Administración General del Estado, Autonómica y Local (así como a la propia empresa mixta), que dispondrán de espacios comerciales o puestos libres a su solicitud en el mercado central.

La intervención de la Administración como comprador o vendedor de productos en el mercado pudo haber encontrado justificación en el pasado

⁴⁶ Si bien la esencialidad es un concepto jurídicamente indeterminado, cuya valoración difícilmente puede sustraerse a la problemática de los juicios de valor, resulta necesaria su objetivación, en la medida de lo posible.

⁴⁷ O. DE JUAN ASENJO, *La Constitución Económica española: iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución Española de 1978*, 1984.

⁴⁸ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Artículo 128: riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público*.

⁴⁹ O. DE JUAN ASENJO, *La Constitución Económica española: iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución Española de 1978*, 1984.

⁵⁰ Informe Mercas, www.cnmec.es.

ante el riesgo de carestía de alimentos y razones de seguridad de suministro pero no parece en absoluto justificada en el momento actual, máxime cuando esta intervención se justifica por razones vagas de interés general. Dicha actuación podría suponer una injerencia en el libre juego de oferta y demanda en perjuicio de los consumidores.

Es más, en relación con el reconocimiento de la propia Merca o de las Administraciones Públicas como vendedor o comprador, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre su ilegalidad en su Sentencia de 28 de septiembre de 1993⁵¹, señalando que genera «una quiebra del principio positivizado de libre concurrencia o competencia, con consecuencias discriminatorias y en perjuicio de los demás vendedores, al posibilitar que las Administraciones Públicas, como tales con su caracterización de “*potentior persona*” y con los privilegios que le son inherentes actúen como simples vendedores; pues el propio reglamento básico y el Reglamento de Funcionamiento arbitran los mecanismos de intervención pública y en calidad de vendedores de diversas Entidades [entre ellos, la propia empresa mixta] para conseguir los objetivos de regulación de precios, asegurar el abastecimiento de la ciudad y su área de influencia o establecer la calidad y la competencia en el mercado; situación de intervención que por su propia finalidad sólo puede producirse para los fines referidos y con carácter excepcional».

También el *incremento de la productividad de los mayoristas* mediante la puesta a su disposición de diversos medios y la prestación de determinados servicios fue, en su día, un argumento para justificar la reserva municipal, y se materializó en diversas cláusulas previstas en algunos de los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas⁵², en particular, la obligación de canalizar los pagos a través de la Merca; la obligación de que la descarga y transporte de mercancías hasta las naves se realice por el personal de la empresa mixta, incluso, una vez en la nave, también la colocación de la mercancía en el punto de venta; la obligación de que la evisceración y preparación del pescado a partir de un determinado peso se realice por el personal de la Merca; la obligación de que los compradores detallistas repesen la mercancía en las instalaciones de la Merca; la obligación de depositar las mercancías compradas y no retiradas por los compradores en los almacenes y cámaras frigoríficas de la Unidad Alimentaria; la obligación de que la mercancía sobrante no vendida por los mayoristas deba ser retirada y llevada a la cámara frigorífica por el personal de la Merca.

Si bien todas estas cláusulas implican la prestación por parte de la Merca de toda una serie de medios y servicios a los mayoristas asentados en la Unidad Alimentaria, no coadyuvan, en modo alguno, a un incremento

⁵¹ Confirma la anulabilidad de los art. 12.b) y 58 del Reglamento de Funcionamiento del Mercado Mayorista de Pescados de Mercavalencia, S. A., declarada previamente por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, el 21 de mayo de 1990. El recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios Mayoristas de Pescados de Valencia se motivaba contra acuerdos del Ayuntamiento de Valencia aprobatorios del Reglamento de Funcionamiento de la empresa mixta encargada de la gestión.

⁵² Es una cláusula bastante excepcional en los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas.

de su productividad. Muy al contrario, dichas cláusulas pueden suponer o facilitar el aprovechamiento por la Merca de su posición para restringir la libertad de los mayoristas y minoristas de contratar determinados servicios, por la vía de obligar a su contratación con la propia Merca.

En estos casos, es previsible que se produzca un perjuicio para los consumidores finales, debido al encarecimiento de los costes de los vendedores mayoristas o los compradores de la Merca, que repercutirán los costes adicionales, directamente incrementando sus precios o indirectamente reduciendo la calidad o prestando menos servicios de venta⁵³.

La necesidad de *control de los volúmenes comercializables* también es otro de los argumentos esgrimidos para justificar la reserva de la actividad a los municipios. Así, la exigencia de comercialización de un tonelaje mínimo es una cláusula generalizada en la regulación de la mayoría de las Mercas, cuyo incumplimiento genera la extinción de la autorización para ser titular del puesto o la pérdida de la condición de usuario vendedor en el mercado.

De hecho, es un argumento que encontró apoyo normativo en la versión original, ya derogada, del Real Decreto 1882/1978, de 26 de julio, cuyo art. 14 establecía que el Reglamento de cada mercado mayorista determinaría el tonelaje mínimo a comercializar en cada puesto en relación con sus características y el tipo de producto, así como la revisión de dichos tonelajes. Sin embargo, tras la adaptación de esta norma a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades económicas y su ejercicio practicada por el Real Decreto 200/2010, de 26 de febrero, la posibilidad de determinar ventas mínimas por puesto ha desaparecido de la regulación estatal, puesto que se trata de un requisito de naturaleza económica que supe- dita la prestación y la continuidad del servicio al cumplimiento de unos objetivos económicos determinados por la empresa gestora de la Merca, y por tanto contrario a lo previsto en el art. 10 de la Ley Paraguas⁵⁴.

⁵³ Solamente en supuestos excepcionales puede estar justificado el establecimiento de una obligación de contratar estos servicios con la propia Merca, y en particular cuando se acredite que la prestación centralizada de estos servicios por la Merca supone un ahorro potencial importante para cada uno de los usuarios frente a la prestación por el mercado en competencia (por ejemplo, por la presencia de economías de escala), que la prestación centralizada del servicio por la Merca no es viable sin la demanda de todos y cada uno de los operadores de la Merca y que en ausencia de la obligación de adquisición del servicio a la Merca, lo adquirirían fuera de la Merca un número suficiente de operadores como para hacer inviable la prestación centralizada del servicio. Además deberá verificarse que la centralización no distorsiona la competencia en el mercado del servicio que se centralice.

⁵⁴ En la misma línea, la Autoridad Catalana de la Competencia [«Consideraciones generales relativas a una consulta planteada por un ayuntamiento de la provincia de Barcelona sobre los mercados municipales (CO 49/2012)»] ha valorado una cláusula reglamentaria consistente en fijar un número determinado de puestos por categorías de producto o por el establecimiento de un *mix* comercial definido en porcentajes de la superficie de venta total, considerando que «este tipo de previsiones no sólo resultan contrarias a la Directiva de Servicios, sino que son restricciones injustificadas a la competencia que impiden o dificultan el acceso al mercado de operadores interesados. En efecto, siempre que se den las condiciones suficientes, la determinación de la oferta y la demanda, y los resultados de su confrontación, deben resolverse a través de mecanismos de mercado, como consecuencia de las decisiones de los agentes económicos, y no verse influidos por la programación económica de las autoridades públicas». Añade además que: «En general, los operadores incumbentes tienen interés en que se apliquen medidas proteccionistas, las cuales tienen efectos negativos sobre la competencia (impiden

Más allá de estos argumentos, estandarizados como previsiones de los Reglamentos de funcionamiento de algunas Mercas, se mencionaron otros motivos que justificarían la reserva de actividad. Así, el riesgo de *desabastecimiento de alimentos* no constituye ya en la actualidad una preocupación fundada ya que, como se ha expuesto, existen otros muchos canales alternativos de distribución de productos frescos que lo garantizan, cumpliendo con las necesarias condiciones de salubridad e higiene. La pervivencia de dichos canales y las buenas perspectivas de crecimiento que presentan, ponen en tela de juicio la «esencialidad» del servicio desarrollado por los mercados centrales.

Por lo que respecta a la necesaria *función de control sanitario*, tal y como ya se ha argumentado por parte de la CNC en otras ocasiones⁵⁵, no se aprecia por qué en un sistema de libre prestación de servicios, sujeto a autorización o licencia, por ejemplo, las Administraciones Públicas no podrían garantizar satisfactoriamente la vigilancia y el cumplimiento de las obligaciones de servicio público de los operadores que presten el servicio.

En cuanto a la *administración y gestión del servicio*, la introducción de competencia podría ayudar a reducir los costes en la medida en que se pueden obtener economías de escala cuando el tamaño del municipio no es el económicamente óptimo para la prestación del servicio.

En todo caso, la aparición y el progresivo desarrollo de canales de comercialización de productos perecederos, en ocasiones alternativos a los mercados centrales mayoristas, evidencia que la reserva de actividad municipal para estos ha perdido su sentido inicial. No resulta necesario ni proporcional que determinadas formas de comercialización operen protegidas de la competencia y con titularidad pública de dimensión municipal mientras que en otras, en cambio, la iniciativa privada es libre.

Por tanto, no se aprecia la necesidad de que esta actividad siga estando reservada. Si el servicio de mercados centrales se puede prestar por empresas en competencia en términos más favorables para los usuarios que los que ofrece el monopolista, sin que exista una razón determinante en la actualidad que justifique la existencia del monopolio en esta actividad, debe excluirse, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, la posibilidad de los Ayuntamientos de hacer efectiva la reserva legal, y por tanto, la prestación en exclusiva de este servicio⁵⁶.

la entrada de operadores que desean entrar y por lo tanto, se reduce la presión competitiva a la que están sometidos los ya establecidos) y, en consecuencia, también provocan efectos negativos sobre los consumidores: menor libertad de elección, precios superiores o productos de menor calidad».

⁵⁵ CNC, IPN 06/2009 sobre puertos de interés general, y TDC (1993), *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*.

⁵⁶ Debe matizarse, en todo caso, que esta propuesta no excluye la posibilidad de los Ayuntamientos de ejercer esta actividad en régimen de libre concurrencia con la iniciativa privada, tal y como reconocen los arts. 128.2 CE y 86.2 LBRL. Pero sí que se debe permitir que cualquier empresa privada que cumpla con los requisitos de la normativa de competencia y aquellos que se establezcan en la regulación pertinente pueda ejercer la actividad.

La alternativa a la eliminación de la reserva de actividad consistiría en introducir criterios de competencia en la forma de gestionar el servicio público ya que la reserva legal de servicios públicos

4. CONCLUSIONES

La utilización de la figura de la reserva legal de actividad en favor de las entidades locales, sin perjuicio de su amparo legal en ciertas circunstancias, constituye un instrumento que presenta importantes riesgos para la promoción y el mantenimiento de la competencia, como consecuencia de la limitación del acceso de terceros operadores a la posibilidad de desarrollar la prestación. En particular, en el caso de la actividad de mercados centrales, la reserva impide que aparezcan nuevos mercados mayoristas en destino y vincula la gestión y la inversión a las decisiones del municipio, que no siempre son las más adecuadas desde el punto de vista de la eficiencia.

La liberalización de esta actividad constituye, en esta ocasión, el modelo más respetuoso con la competencia al no existir motivos que indiquen que la iniciativa privada en esta actividad económica pueda entrañar una amenaza latente contra el interés general o que la función social de esta actividad estaría mejor atendida estando controlada íntegramente por el sector público, en este caso, por el municipio correspondiente. En todo caso, la utilización de la reserva debe compatibilizarse, en la medida de lo posible, con el fomento de la competencia efectiva mediante el respeto de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción.

esenciales (municipalización, en su caso) es compatible teóricamente con la aplicación de modalidades de gestión indirecta, lo que permitiría introducir, al menos, competencia «por el mercado» —aunque la gestión se ejerza posteriormente en régimen de monopolio—. Sin embargo, en el caso de la gestión de la actividad esencial de mercados centrales, esta posibilidad no se ha puesto nunca en práctica y reviste una importante complejidad, motivada, en buena medida, por limitaciones normativas tanto históricas como vigentes, que dificultan evadir la gestión directa de esta actividad. Su análisis excede, sin embargo, del objeto de este artículo.

