

PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS LIMITATIVAS DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COBRO MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES Y VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN

Juan Antonio Carrillo Donaire

Catedrático de Derecho Administrativo

Jose Miguel Jiménez Díaz

Investigador en Derecho Administrativo

Manuel Rodríguez Pareja

Abogado experto en Derecho Administrativo

RESUMEN: Las nuevas oportunidades de negocio que abren las plataformas de pago virtuales y las aplicaciones móviles (*Apps*) generan importantes retos en el ámbito del pago de las tarifas por la prestación de servicios públicos que obligan a modular la aplicación de los principios tradicionales de organización y de gestión de los servicios públicos. Uno de los campos donde este reto está siendo más conflictivo es en el de los servicios de cobro de los estacionamientos regulados de vehículos en la vía pública (SER). Por vía de principio, el cobro constituye un servicio diferenciable de las prestaciones propias de los contratos de servicios de estacionamiento. Se trata de una actividad liberalizada que cualquier empresa, por tanto, podría prestar de forma externa y con independencia del gestor del servicio. No obstante, los Pliegos que rigen la licitación de los contratos de concesión y de los contratos de servicio relativos a la prestación de los SER suelen contemplar los servicios de cobro como prestaciones «acesorias» de los contratos de explotación de los estacionamientos, pese a que no se subsumen en el servicio público legalmente atribuido a los Ayuntamientos. Al regular la prestación principal, como consecuencia de la ordenación de un servicio público como el de estacionamiento en la vía pública, que conlleva «prestaciones directas a la ciudadanía», los poderes adjudicadores suelen establecer condiciones de acceso restrictivas del mercado y de la competencia sobre el servicio de cobro, mostrando una preferencia o estableciendo condiciones más favorables, de modo directo o indirecto, en favor de la App del gestor del servicios de estacionamiento; o dificultando la interoperabilidad de los servicios de cobro de terceros con los sistemas del propio gestor, confiriéndole a este una ventaja competitiva que de algún modo pretende compensar las cargas de la explotación del gestor del servicio de estacionamiento.

En el presente trabajo se analiza la problemática que desde el Derecho Administrativo de la contratación pública y del Derecho de la competencia presenta esta realidad ampliamente asentada en nuestros municipios, proporcionando las soluciones jurídicas y las vías de reacción frente a los comportamientos y prácticas restrictivas de la liberalización de los servicios de cobro.

PALABRAS CLAVE: contratos de explotación de Servicios de Estacionamiento Regulado (SER), servicios de cobro mediante aplicaciones (Apps), restricciones de la competencia.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ESTACIONAMIENTO REGULADO Y DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SU GESTIÓN MEDIANTE CONTRATOS PÚBLICOS: 2.1. Naturaleza jurídica y objeto del servicio municipal de regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública; 2.2. Modalidades de prestación del servicio de estacionamiento regulado: generalización de la gestión indirecta: 2.2.1. *Modos de gestión de los servicios públicos locales*; 2.2.2. *Competencias municipales y procedimiento para la elección y cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales en supuestos de gestión directa monopolística por la propia entidad*; 2.2.3. *La obligación de elegir el modo de gestión más eficiente y sostenible económicamente aboca a los Ayuntamientos a optar preferentemente por la gestión indirecta mediante contratista interpuesto*; 2.2.4. *Los nuevos contratos de concesión de servicios y de servicios en la LCSP*; 2.2.5. *Naturaleza de los contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado*.— 3. EL COBRO DEL SERVICIO DE ESTACIONAMIENTO REGULADO MEDIANTE APLICACIONES (APPS): 3.1. Régimen jurídico del servicio de cobro mediante Apps: prestación diferenciable y liberalizada. Consecuencias desde la perspectiva de la libre competencia; 3.2. El pago mediante Apps como prestación «accesoria» de los contratos de gestión de zonas SER; 3.3. Imposibilidad de exigir la gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante Apps a terceros operadores; 3.4. Obligaciones del gestor del servicio respecto de terceros operadores de Apps: 3.4.1. *Obligación de separar las cuentas del servicio de gestión de las del servicio de cobro*; 3.4.2. *Obligación de interconexión con otras Apps*.— 4. LAS RELACIONES ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA NORMATIVA DE COMPETENCIA: 4.1. Vinculación de los órganos de contratación a la normativa de competencia: alcance y formulación del principio en relación con los servicios de cobro mediante Apps; 4.2. Prácticas restrictivas y obstruccionistas del libre acceso al servicio de pago mediante Apps.— 5. VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COBRO: 5.1. Impugnación/alegaciones frente a los Pliegos: 5.1.1. *La solicitud de aclaración de los Pliegos*; 5.1.2. *El recurso especial en materia de contratación: la cuestión de la legitimación*. 5.2. Vías posibles a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia; 5.3. Vías posibles a la luz de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; 5.4. Vía de la inactividad de la Administración contratante ante las prácticas obstruccionistas por parte del gestor frente a la introducción de la modalidad de pago mediante Apps de terceros.

1. INTRODUCCIÓN

Al calor de las nuevas oportunidades de negocio que están facilitando las plataformas digitales de contratación de servicios y de gestión de pagos mediante aplicaciones móviles (Apps) están surgiendo retos antes desconocidos que obligan a modular la aplicación de los principios tradicionales de organización y de gestión de los servicios públicos y de regulación de las actividades prestacionales que caen bajo la órbita o la competencia de las Administraciones Públicas. Uno de ellos viene dado por la posibilidad de que el usuario abone las tarifas derivadas de la prestación que contrata mediante una aplicación móvil operada por una empresa distinta al gestor del servicio o del titular de la licencia, por cuanto esos servicios de cobro son servicios

financieros liberalizados que se prestan fuera de la órbita de la prestación principal, cuya organización y ordenación de su adecuada prestación es responsabilidad última de la Administración pública.

Este problema está siendo objeto de análisis desde hace un tiempo por la doctrina más atenta, que ha puesto el acento en la necesidad de conjugar la regulación administrativa y las facultades de policía del servicio con la irrupción de las plataformas digitales y sus aplicaciones en un marco de llamada economía colaborativa¹. Las plataformas de demanda de servicios y las aplicaciones de pago se muestran enormemente refractarias a ser aprehendidas por la dogmática regulatoria del Derecho público y los instrumentos jurídicos clásicos del servicio público, desbordando los cauces por los que tradicionalmente discurrían las relaciones entre la Administración y el usuario. Cuando la prestación o el servicio se opera, además, por un contratista interpuesto, el contrato se intercala como fuente de derechos y obligaciones que generan una dinámica diversa, y a veces opuesta, a la ordenación de los intereses públicos en juego y a la plena vigencia de los principios de igualdad y de legalidad tal y como estos venían siendo entendidos desde la fundación del Estado de Derecho, como recientemente ha puesto de manifiesto el profesor Esteve Pardo en una obra capital².

Uno de los campos donde este reto está generando mayor controversia es en el de los servicios de cobro de los estacionamientos regulados de vehículos en la vía pública (SER). Por vía de principio, el cobro constituye un servicio diferenciable de las prestaciones propias de los contratos de gestión de los servicios públicos municipales. Se trata de una actividad liberalizada que cualquier empresa, por tanto, podría prestar de forma externa y con independencia del gestor del servicio. No obstante, la regulación del servicio y las previsiones de los Pliegos que rigen la licitación de los contratos de concesión y de servicio relativos a la prestación del servicio de estacionamiento regulado suelen contemplar los servicios de cobro como prestaciones «accesorias» de los contratos de explotación, pese a que no se subsumen en el servicio público de estacionamiento legalmente atribuido a los Ayuntamientos. Al regular la prestación principal, como consecuencia de la ordenación del régimen de un servicio público como el de estacionamiento en la vía pública que conlleva «prestaciones directas a la ciudadanía», los poderes adjudicadores suelen establecer condiciones de acceso restrictivas del mercado y de la competencia sobre el servicio de cobro, mostrando una preferencia o estableciendo condiciones más favorables, de modo directo o indirecto, en favor de la App del gestor del servicios de estacionamiento; o dificultando la interoperabilidad de los servicios de cobro de terceros con los sistemas del propio gestor, confiriéndole a este una ventaja competitiva que de algún modo pretende compensar las cargas de la explotación del gestor del servicio de estacionamiento.

¹ ARROYO I AMAYUELAS, E. MARTÍNEZ MATA, Y., RODRÍGUEZ FONT, M., y TARRÉS VIVES, M., *Servicios en plataforma: estrategias regulatorias*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

² *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, (primera edición 2023, segunda edición 2025).

El desarrollo de la compleja y rica problemática que está ocasionando esta tendencia a constreñir desde la regulación pública lo que no dejan de ser actividades de mercado, como los servicios de cobro, alcanza en este sector del estacionamiento de vehículos en la vía pública una confrontación de principios e instrumentos jurídicos que se mueven en los respectivos campos de la liberalización y la defensa de la competencia, de un lado; y, de otro, en las necesidades del servicio público y los derechos de la ciudadanía, dando lugar a prácticas y soluciones jurídicas que creemos que podrían extrapolarse a otros muchos campos de las prestaciones públicas en los que la tecnología de pago mediante App está aún por llegar.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ESTACIONAMIENTO REGULADO Y DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SU GESTIÓN MEDIANTE CONTRATOS PÚBLICOS

2.1. Naturaleza jurídica y objeto del servicio municipal de regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública

El Servicio de Estacionamiento Regulado (SER) tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública, con la finalidad de racionalizar y compatibilizar el uso del espacio público y el estacionamiento de vehículos.

Al tratarse de un servicio vinculado al uso del dominio público y al estacionamiento de vehículos en la vía urbana está legalmente atribuido al municipio como competencia propia, como en la actualidad consagra el artículo 25.2.g) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en lo sucesivo, LBRL), al conferir a los municipios la competencia sobre «tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad».

Concretando el alcance de esta competencia municipal, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, atribuye a los Ayuntamientos:

«b) La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social».

A lo que el apdo. c) del citado precepto añade la potestad correctiva ante el indebido estacionamiento en estos espacios, habilitando a las autoridades municipales para acordar la inmovilización o/y, en su caso, la retirada y posterior depósito de los vehículos.

A la vista de estas previsiones normativas, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del servicio municipal de regulación y control de estacionamiento regulado en la vía pública, calificándolo expresamente como un servicio público reservado a la competencia municipal en los términos que habilita el artículo 128.2 de la Constitución Española. Así, en su Sentencia de 29 de octubre de 2010 (rec. núm. 78/2006; ECLI:ES:TS:2010:5869) afirmaba que la regulación contenida en la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial *«es la base esencial que sostiene la actividad desarrollada por las empresas que controlan esos estacionamientos limitados, de lo que se deriva el carácter de gestión de servicio público que tal actividad presenta»*, con los efectos previstos en el artículo 86 de la LBRL, a los que luego nos referiremos.

La rotación de los vehículos en el uso de aparcamientos en la vía urbana, que permite su utilización más racional en supuestos de alta demanda, se consigue mediante el establecimiento de estas zonas por la correspondiente Ordenanza Municipal de Regulación de Aparcamientos (ORA), que habilita al cobro de una tasa o de una tarifa (prestación patrimonial pública de carácter no tributario —dependiendo de circunstancias a las que nos referiremos—), para los vehículos estacionados en las zonas delimitadas durante una franja horaria de determinados días de la semana y del año; sin perjuicio de que puedan establecerse exenciones o bonificaciones a determinados colectivos, como el de residentes. Tarifa que será proporcional al tiempo en que se encuentren ocupando la vía pública en las zonas y horas más demandadas o conflictivas, que también pueden tener distintas intensidades o categorías. Así, en algunos municipios, sobre todo en aquellos de mayor población, las áreas SER se zonifican, diferenciándose entre distintas tipologías de plazas en razón de su destino característico, ligado al tiempo de permanencia y al coste (residentes, con o sin uso mixto para no residentes; limitación de tiempo máximo; larga duración para facilitar el intercambio modal; etc.). En algunas ocasiones, además, se contemplan áreas especiales de uso disuasorio (alta rotación) o de usos específicos reservados o preferentes (socio-sanitarios, discapacitados, vehículos eléctricos, vehículos poco contaminantes).

El servicio de estacionamiento regulado (SER) tiene por objeto, por tanto, limitar el tiempo de permanencia de los vehículos en la superficie destinada a estacionamiento en las vías públicas de las áreas urbanas de mayor demanda de acceso a determinadas zonas la ciudad, sea por su carácter comercial o administrativo. Para ello se establece un sistema de control de los tiempos de aparcamiento que, en definitiva, es en lo que consiste la explotación del servicio de estacionamiento regulado en la vía pública, mediante aparatos expendedores de tiques u otros modos de pago admitidos y de personal que controle la caducidad del derecho temporal de ocupación de los estacionamientos.

En palabras del anteriormente citado pronunciamiento del Tribunal Supremo, la verdadera naturaleza jurídica del servicio de la ORA, cuando este se externaliza mediante un contrato,

«responde por tanto a una prestación de servicios al Ayuntamiento para que este cumpla sus propias competencias, poniendo a su disposición los medios humanos y materiales necesarios para

ello, a cambio del precio acordado por la prestación de dicho servicio, revisable (...), que viene determinada en base a un presupuesto de los costes necesarios para la realización de los mismos. La estructura de costes del servicio es, pues, similar a muchos otros servicios públicos prestados a las entidades locales (limpieza viaria, recogida de basuras, mantenimiento y conservación de parques y jardines, etc.)».

2.2. Modalidades de prestación del Servicio de Estacionamiento Regulado: generalización de la gestión indirecta

2.2.1. *Modos de gestión de los servicios públicos locales*

Como es sabido, en nuestro ordenamiento existen dos modalidades de prestación o de gestión de los servicios públicos: la directa y la indirecta. La gestión directa es aquella en la que la Administración realiza la prestación con su propia organización o mediante la creación de una entidad instrumental dependiente de ella que puede ser tanto de Derecho público como de Derecho privado. La indirecta se externaliza en favor de empresas privadas mediante la licitación del servicio. Como veremos, el ordenamiento local vigente decanta una clara preferencia por los modos directos de gestión que no impliquen la creación de entes instrumentales de la Administración, o bien, como alternativa igualmente preferente, la gestión indirecta de los servicios de competencia local mediante contratista interpuesto.

Tradicionalmente se contemplaban cuatro modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos en el ámbito local, bajo el tipo contractual común para todas ellas del contrato de gestión de servicios públicos que ha venido contemplando la legislación de contratos: la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona natural o jurídica y la sociedad de economía mixta³. Dichas modalidades tenían cabida en el artículo 85.2 B) de la LBRL, que se remite, para la gestión indirecta de los servicios públicos locales «a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre». No obstante, dichas fórmulas han sido derogadas por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). En efecto, la transposición que la LCSP ha hecho de las Directivas 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ha supuesto la supresión del contrato de gestión de servicio público y, por tanto, de las modalidades aludidas. Por tanto, la existencia de zonas

³ BLANQUER CRIADO, D. (2012), *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia; MESTRE DELGADO, J.F. (2011): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales», «La contratación local», «El servicio público de distribución de aguas», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, 3ª ed., Madrid, Iustel; SOSA WAGNER, F. (2004), *La gestión de los servicios públicos locales*, 6a. ed. Civitas, Madrid; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2007) *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*, Barcelona, Bayer Hnos., S. A.

SER que se gestionan mediante el extinto contrato de gestión de servicios públicos en la actualidad responden a supuestos de contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP que están llamados a desaparecer⁴.

En la vigente LCSP las modalidades contractuales que dan cobertura posible a la gestión indirecta de los servicios de estacionamiento regulado son tres:

- a) Contrato de concesión de servicios (art. 15 LCSP).
- b) Contratos de servicios (art. 17 LCSP).
- c) Gestión mediante una sociedad de economía mixta cuyo capital sea mayoritariamente público, a la que se le podrá adjudicar directamente un contrato de concesión de servicios (Disposición Adicional 22ª LCSP).

En la práctica, como veremos, la modalidad de prestación indirecta, externalizada mediante licitación, se reconduce ahora a las figuras de los contratos de concesión de servicios o al contrato de servicios en función de que haya o no una efectiva transferencia del riesgo de explotación al contratista⁵; siendo marginal la existencia de sociedades mixtas en el sector⁶.

En relación con las referidas modalidades de gestión es de consignar que, pese a la externalización del servicio a terceros contratistas, la Administración conserva siempre la dirección y control del servicio público, la llamada «policía» del servicio; sobre todo cuando el contrato se configura con prestaciones directas a la ciudadanía (arts. 284.2 y 287.2 de la LCSP para la concesión y art. 312 de la LCSP para el con-

⁴ Como ejemplos de contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado mediante la modalidad extinta de la gestión servicios públicos que, en virtud del momento de celebración y del tiempo de duración del mismo continúan vigentes, pueden citarse: el contrato de gestión del servicio de inmovilización, carga y traslado al depósito municipal de los vehículos que por orden de la policía local hayan de ser retirados de la vía pública (GRUA) y del servicio de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario en la ciudad de Gandía (ORA) (expte.: CONT-010/2016); el contrato de prestación del servicio de control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en el municipio de Gornal (expte.: 1/2018); el contrato de gestión del servicio público de estacionamiento limitado (Zona Azul) en Martos (expte.: SEC10B00J); o el contrato de concessió de la gestió i explotació del servei públic municipal d'estacionament controlat de vehicles a motor amb horari limitat a la zona blava de la Pineda i als dos parquings soterrats situats a Via-seca durant un període de quatre anys (expte.: GOV 579/2016).

⁵ LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017), «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, 204, 41-68; MAGIDE HERRERO, M. (2017) «Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 46, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5449/documento/art03.pdf>

⁶ Puede citarse el ejemplo de AUSSA (Aparcamiento Urbanos, Servicios y Sistemas S.A.) en el municipio de Sevilla; o de la Sociedad Municipal Mixta de Promociones y Gestión de Servicios de Esplugues S.A. (PROGESER) en el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat. Las sociedades de economía mixta son operadores en el término municipal de referencia, pero además la jurisprudencia (a partir de la pionera STSJ de Extremadura núm. 58/2014 de 25 Mar. 2014, rec. 228/2013) ha reconocido su capacidad para presentarse a licitaciones fuera del mismo, donde operan como concesionarios cuando resultan adjudicatarios de las licitaciones correspondientes.

trato de servicio), pudiendo siempre la Administración contratante ejercer una serie de potestades orientadas a preservar la continuidad y calidad de los servicios cuando concurran razones de interés público que lo justifiquen. Entre ellas, por ejemplo, la de modificación de las características del servicio contratado y de las tarifas que han de abonar los usuarios, la de acordar el rescate del servicio público e, incluso, su supresión, compensando económicamente al contratista por los perjuicios que pueda sufrir. Además, terminado el plazo de duración del contrato, el servicio ha de revertir a la Administración, debiendo el contratista entregar todas las obras e instalaciones a que estuviera obligado por el contrato en un estado de conservación y funcionamiento adecuados.

2.2.2. *Competencias municipales y procedimiento para la elección y cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales en supuestos de gestión directa monopolística por la propia entidad*

La propia norma que publica una actividad puede también establecer la modalidad de gestión directa o indirecta del servicio público y si el régimen de prestación va a ser en monopolio o en concurrencia con otros prestadores, normalmente privados, del servicio público. En todo caso, la legislación reconoce un margen de discrecionalidad a la Administración local titular del servicio para que pueda determinar la forma en que va a organizar la prestación de estos servicios públicos, ajustándose al procedimiento previsto en la ley.

En el ámbito de los servicios públicos locales la elección de la forma de gestión, directa o indirecta, vendrá determinada por aquella que resulte más sostenible y eficiente (art. 85.2 LBRL) en los términos que seguidamente analizaremos, que resultan de la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Haciendas locales. Pero si la prestación del servicio se quiere realizar en régimen de monopolio por la propia entidad local, la LBRL exige al Municipio, además de la aprobación por mayoría absoluta de su pleno, salvo que se trate de un Municipio de gran población [arts. 47.2.k) y 123.1.k) y 2]; la posterior aprobación por parte del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86.2 *in fine*); además de la tramitación del expediente para el ejercicio de actividades económicas, sean o no monopolísticas (en caso de servicio de la competencia local de los enunciados por el art. 86 LBRL), al que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL)⁷.

⁷ GIMENO FELIU, J.M. (2016): «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59.

2.2.3. *La obligación de elegir el modo de gestión más eficiente y sostenible económicamente aboca a los Ayuntamientos a optar preferentemente por la gestión indirecta mediante contratista interpuesto*

A pesar de que los artículos 85 y siguientes de la LBRL admiten tanto la gestión directa como la indirecta, existen circunstancias que, *de facto* y *de iure*, propician que las entidades locales opten por la gestión indirecta, y que, una vez iniciada esta senda, favorezcan que la misma continúe con una nueva licitación cuando expire el plazo del contrato inicial, en lugar de adoptar formas de gestión directa.

En el plano de la realidad práctica, uno de los factores más determinantes de la preferencia por la gestión indirecta es la escasez de medios y de personal que sufren las Administraciones locales⁸. Esta contención de medios personales y la pérdida de efectivos que conlleva hace que la gestión directa de servicios o, en general, actividades económicas, ya se trate de la asunción *ex novo* de un servicio o actividad por el municipio (art. 86 de la LBRL) o de la internalización de una que se viniera llevando a cabo mediante gestión indirecta, exija la incorporación de nuevo personal por el Ayuntamiento, que en la práctica resulta casi inviable o muy limitada.

La tendencia hacia la contractualización y externalización de la gestión de los servicios municipales también se debe a otras razones fácticas. La decisión de optar por la gestión indirecta es una decisión que vincula a la Administración durante el plazo de duración del contrato, que puede ser corto si hablamos de un contrato de servicios, pero largo si se trata de una concesión. En todo caso, es una decisión cuyo efecto vinculante va más allá (por lo menos cuando se trata de concesiones) del mandato de la Corporación que toma la decisión de optar por la gestión indirecta. Puede ocurrir, incluso, que uno de los factores que justifique el plazo de duración del contrato sea la necesidad de amortizar el canon concesional que el concesionario abona al Ayuntamiento al inicio del contrato. En este punto son necesarias normas imperativas, en la medida en que el interés inmediato de la Corporación que licita el contrato tiende a que se produzcan dos circunstancias que son un «mal necesario»: administrar en poco tiempo un canon que en realidad se genera a lo largo de todo el plazo de duración de la concesión (más allá, por tanto, del mandato de la corporación que licita y adjudica el contrato) y maximizar el plazo de duración, lo que también produce el efecto de hipotecar o predeterminar a Corporaciones futuras en sus decisiones sobre la forma de gestión del servicio⁹.

Estas circunstancias coadyuvan a que las fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos en el ámbito local hayan ganado protagonismo en los últimos tiempos frente a la gestión directa. Pero, junto a estas circunstancias, también hay razones jurí-

⁸ HUERGO LORA, A., «La prestación de los servicios públicos locales», *Documentación Administrativa*, núm. 6, 2019, hace un pormenorizado análisis de las causas extrajurídicas que determinan la preferencia por la gestión indirecta de los servicios locales.

⁹ HUERGO LORA, A., «La prestación de los servicios públicos locales», *ibidem. cit. supra*.

dicas que sustentan una clara inclinación en favor de la gestión indirecta, y que derivan de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), que exigió la adaptación de la normativa básica local a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que operó para dicho ámbito la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modificó la LBRL para adaptarla a esa perspectiva de contención del gasto que tanto impacto tuvo sobre el modelo organizativo y la elección de modo de gestión de los servicios públicos por las entidades locales¹⁰.

La LOEPSF y la subsiguiente reforma de la LBRL de 2013 se erige en la justificación principal de los modos de gestión de los servicios públicos locales, porque ha cambiado de forma sustancial el criterio tradicional de libertad de elección del modo de gestión mediante una nueva redacción del artículo 85.2 LBRL.

El impacto de estas nuevas reglas sobre la gestión de los servicios locales puede resumirse como sigue:

Reducción de la libertad de elección del modo de gestión (art. 85.2 LBRL)

La potestad local de elegir modos de gestión, sin otro condicionante que los legales conocidos [ejercicio de funciones de autoridad reservadas a funcionarios, *ex art. 82.2.B) in fine* de la LBRL, en relación con el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre], es modulada del modo siguiente:

«Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: A) Gestión directa y B) Gestión Indirecta».

Con esta redacción, la decisión local debe decantarse por la modalidad que sea «más sostenible y eficiente», de entre la gestión directa y la gestión indirecta.

Preferencia legal por la gestión directa administrativa frente a la gestión indirecta por una entidad dependiente de la propia entidad local que opere en régimen de derecho privado:

La adaptación de la LBRL a la LOEPSF ha incorporado un criterio de preferencia dentro de las formas de gestión directas, dando prioridad a los modos administrativos (gestión por la propia entidad local, organismo autónomo), sobre las formas empresariales, públicas y privadas (entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles públicas). En concreto, el artículo 85.2.A) de la LBRL dispone lo siguiente:

¹⁰ CARRILLO DONAIRE, J.A. y NAVARRO RODRIGUEZ, P. (coords.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2014; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2014), *La Reforma de 2013 del Régimen Local Español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid-Barcelona.; VILLAR ROJAS, F.J. (2016): «Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59.

«A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la LOEPSF».

En consecuencia, las formas mercantiles sólo serán admisibles cuando quede acreditado, en una memoria justificativa, que resultan «más sostenibles y eficientes» que las anteriores según criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión¹¹. La tarea de evaluación de la sostenibilidad financiera —que no de la eficiencia— se encomienda al órgano de intervención local (Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local).

Ideal de la gestión indirecta, salvo control de estabilidad:

Frente a la anterior regulación, la gestión indirecta se presenta por el legislador como una alternativa equivalente a la gestión directa. La obligación de justificar la mayor sostenibilidad y eficiencia se exige sólo en relación con la gestión directa empresarial, no en la gestión por contrato (art. 85.2.B LBRL), lo que aboga también por la preferencia del legislador estatal por la gestión indirecta frente las formas directas de carácter empresarial.

Las implicaciones de cuanto queda expuesto se pueden resumir en tres fundamentales:

¹¹ Desde su primera redacción, las reformas legales que venimos comentando, bajo el paraguas de la «sostenibilidad» se propusieron reducir el sector público local bajo el paradigma del equilibrio financiero. Este es el sentido de la regulación dirigida al redimensionamiento del sector público local contenida en la DA 9ª LBRL de la Ley de Sostenibilidad del 2013. La previsión normativa gira sobre dos medidas fundamentales. La primera, que las Entidades locales no pueden adquirir o incorporarse a nuevas entidades instrumentales (cualesquiera, incluyendo «unidades»), mientras estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. Tampoco podrán hacer aportaciones patrimoniales ni ampliaciones de capital en esa situación. Excepcionalmente, podrán hacerlo si en el ejercicio anterior cumplen con objetivos de estabilidad, deuda pública y su periodo medio de pago no supera en treinta días el máximo previsto por la normativa. La segunda, que las «entidades instrumentales» que se encuentren en situación de desequilibrio financiero, previo informe de la Intervención, deberán contar con un «plan de corrección», que podrá incorporar aportaciones sólo si la entidad matriz cumple los anteriores requisitos.

a) El principio tradicional de libertad de elección del modo de gestión de los servicios locales deja paso ahora al «modo de gestión más sostenible y eficiente», únicos criterios legales a considerar para adoptar la decisión.

b) La potestad de elegir entre gestión directa e indirecta, con los límites conocidos relativos al ejercicio de autoridad, da paso a la aplicación de reglas determinadas por la Ley: preferencia implícita por la gestión indirecta (mediante contrato) y por la financiación por los usuarios; y, en su defecto, por la gestión directa administrativa, también mediante tasas y tarifas. La gestión directa empresarial aparece como una excepción que requiere de especial justificación.

c) Consagración de la obligación de evaluar toda decisión local sobre el modo de gestión de sus servicios públicos a la luz de los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera y de la regla de gasto.

La consecuencia fundamental es que la sostenibilidad financiera —en sentido amplio— se erige en un principio rector de la actividad de las Administraciones públicas con prioritaria y especial proyección sobre las Entidades Locales; y, por tanto, condicionante directo de los modos de gestión de los servicios públicos. En este caso, imponiendo la utilización del «modo más sostenible y eficiente» de acuerdo con criterios y preferencias fijados por el legislador estatal en relación con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En suma, puede afirmarse que la gestión indirecta de los servicios públicos locales, incluido particularmente el de estacionamiento regulado de los vehículos en la vía pública, es hoy la fórmula prioritaria de gestión, siendo los contratos de concesión de servicios y el de servicios los tipos contractuales que dan cobertura preferente a dicha pretensión.

2.2.4. *Los nuevos contratos de concesión de servicios y de servicios en la LCSP*

Tras la LCSP de 2017, la elección del tipo de contrato para la gestión ya no pivota sobre la idea de prestación del servicio público, sino otras consideraciones que tienen que ver con el riesgo efectivamente asumido por el contratista. En relación a esa elección, el planteamiento de la LCSP se asienta sobre los siguientes criterios:

1º) Atribución al contrato de concesión de servicios de la gestión de aquellos servicios «cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio», explotación que «implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional» (art. 15 LCSP), concepto capital del que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

2º) Configuración dual de esta concesión toda vez que podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como servicios no públicos, o no declarados formalmente como tales (art. 284 LCSP); además de la traslación en bloque de los preceptos sobre el antiguo contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP de 2011 a la regulación de la concesión, con algunas precisiones en los casos en que su objeto sean servicios públicos, y remisión expresa, con carácter supletorio, a la «regulación establecida (...) respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel» (art. 295 LCSP).

3º) Subsunción en el contrato de servicios de la gestión de aquellos servicios públicos (y demás necesidades de aprovisionamiento de la Administración que carezcan de la naturaleza de «servicio público») en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos; criterio que procede, de un lado, del razonamiento a *contrario sensu* de la definición legal del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima concepción de los contratos de servicios como «*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario*» (art. 17 LCSP), complementada con la regulación de las denominadas especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312 LCSP).

La aplicación de una u otra fórmula contractual depende, por tanto, de que se transfiera o no al contratista el riesgo operacional¹².

2.2.5. *Naturaleza de los contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado*

Hasta la aprobación de la vigente LCSP el contrato de gestión de servicios públicos era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que, mediante este contrato, la Administración encomendaba al concesionario que gestionase un determinado servicio público; por lo que todo lo relativo a la utilización del servicio nacía del establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo. Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. Igualmente había que establecer que la actividad que realizaba el concesionario quedaba asumida por la Administración respectiva, puesto que no era la Administración la que prestaba directamente ese servicio. En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario-concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba. Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba y se relacionaba con el usuario era la Administración, pues el contratista (de servicios) no era más que un apoyo externo por carencia de medios de aquella.

En este esquema incide la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como hemos insistido anteriormente, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el con-

¹² Sobre el criterio de delimitación del riesgo operacional y el origen y alcance del concepto nos remitimos al trabajo de HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017.

tratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Como no podía ser de otro modo, este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la LCSP. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico anterior se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, la LCSP contempla el régimen de prestación del servicio para las concesiones en sus artículos 284.2 y 287.2 y, para los contratos de servicio, en su artículo 312, que se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y que ahora pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se les denomina «contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos».

Para diferenciar uno y otro tipo de contratos, los de concesión y los de servicios y saber calificar adecuadamente un contrato de gestión de zonas SER, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, hay que atender a los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria y por los Tribunales españoles (particularmente los de recursos especiales) que han abordado esta cuestión.

Recordaremos brevemente, en este sentido, que la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, de la que ahora destacamos la doctrina más relevante a los efectos de la distinción conceptual entre el contrato de concesión y el de servicio. En primer lugar, la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009 (As. C-206/08, *Eurawasser*) puso de relieve que si el contratista explota el servicio asumiendo un riesgo operacional, aunque este sea pequeño, y su contraprestación proviene del precio que por el mismo pagan los usuarios estaríamos ante un contrato de concesión, de modo que «el hecho de que (...) la parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como “concesión de servicios” (...) siempre que la otra

parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios».

Por otro lado, Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011 (As. C-274/09, *Priva-ter*) completaba esta doctrina afirmando que «es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre con el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado». El asunto aquí analizado versaba sobre un contrato de servicio público de ambulancias, en el que el riesgo de demanda se calificó como prácticamente inexistente, ya que en este tipo de servicios públicos la demanda está básicamente asegurada. Pese a ello, el TJUE calificó el contrato como concesión, entendiendo que el riesgo puede trasladarse a otras vicisitudes del contrato, afirmando que «el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011 (As. C-348/10, *Norma- A, Dekan*) relativa a la adjudicación del servicio de transporte público por autobús urbano (actividad reservada y calificada como servicio público en España), determina que aunque la remuneración del contratista consista en el pago por los usuarios de unas tarifas establecidas, estamos ante un contrato de servicios y no una concesión porque «la entidad adjudicataria debe compensar al prestador del servicio por las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio».

A la luz de esta jurisprudencia, el Informe 12/2010 de la JCC del Estado, de 23 de julio de 2010, distinguía las concesiones de servicio de los contratos de servicio sobre la base de cuatro (4) características exclusivas y propias de las primeras frente a los segundos, que pueden resumirse como sigue:

- 1º) La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
- 2º) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por este del riesgo derivado de la misma (aunque sea pequeño y no sea de demanda o explotación, lo que suele ocurrir en el caso de la prestación de servicios públicos en los que la demanda está garantizada —si bien no siempre, como sucede con las zonas SER—).

3º) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por estos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

4º) La concesión de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Por el contrario, en los contratos de servicio prima la relación de la Administración con el contratista, sin que esté presente, o al menos no siempre, la relación de este con el usuario; o, de darse dicha relación, la Administración conserva sobre la misma el poder de organización pleno del servicio y su modo de desarrollarse.

En el plano de las resoluciones de órganos consultivos en materia de contratación pública, el Informe que quizás defina de forma más clara el concepto de riesgo de explotación y lo que ha de entenderse como tal es —a nuestro juicio— el Informe 2/2014, de 22 de enero de 2014, de la JCCA de Aragón, sobre el asunto: «Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.» Tras analizar la JCCA de Aragón lo dispuesto por la ya mencionada Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 2000, así como la ya analizada jurisprudencia del TJUE, concluye lo siguiente:

«Por lo tanto, la jurisprudencia de TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión. Y, por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución»¹³.

Del análisis efectuado sobre los elementos característicos de los servicios y de la concesión de servicios, respectivamente, se desprende inequívocamente que la correcta o incorrecta calificación de los tipos contractuales empleados por las distintas Administraciones locales que recurren a una de estas dos figuras contractuales re-

¹³ En el mismo sentido, la Consulta 001/2022 de la Oficina de Contratación Pública del Gobierno de Aragón: «En sentido práctico, aunque no es el único criterio que debe tenerse cuenta (véase, a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A y Dekom), el modo de remuneración es uno de los elementos para determinar si un contrato es de concesión o no, si el adjudicatario asume o no el riesgo de explotación del servicio o de la obra de la que se trate. A través de la remuneración se puede percibir con claridad si el adjudicatario está expuesto a las fluctuaciones del mercado asociados al riesgo de demanda o de oferta.»

quiere un ineludible análisis de los Pliegos en cada caso concreto; único lugar donde puede verificarse la efectiva existencia de los mismos, contrastando sus previsiones con los rasgos caracterizadores de cada uno de estos tipos contractuales para predicar correctamente el consiguiente régimen jurídico que les es aplicable¹⁴.

Poco más podemos añadir sobre ello, salvo el relevante dato que en las ocasiones en las que los Tribunales especiales de contratos han tenido de calificar los contratos de explotación de zonas SER, en supuestos en los que los recurrentes cuestionaban una inadecuada calificación de los mismos, se han decantado siempre por el contrato de concesión para estos supuestos de gestión indirecta del mencionado servicio municipal, afirmando que el hecho de que la contraprestación del contratista dependa de la utilización del servicio por los usuarios (no estando garantizada en este sector el volumen de demanda, pese a su condición de servicio público), es un factor determinante para percibir la existencia de transferencia del riesgo.

Así lo hizo tempranamente el Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución núm. 95/2015, que inadmitió el recurso especial frente a un contrato de concesión del servicio público de ordenación y regulación de espacios para aparcamiento de vehículos en la vía pública (ORA) del municipio de Chiclana de la Frontera (inadmisión que se debe justamente a la naturaleza concesional con la que el Tribunal califica este contrato en un momento en el que la legislación no contemplaba el recurso especial frente a las concesiones). El mismo criterio ha sostenido el citado Tribunal recientemente en la antes mencionada Resolución núm. 57/2025, de 31 de enero de 2025, relativa al contrato de concesión de servicio de gestión de la zona regulada de aparcamientos (ORA) del núcleo de Matalascañas (Almonte, Huelva), donde razona largamente sobre la diferencia entre uno y otro tipo contractual. Y, en un terreno próximo, también fue esta la postura del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la antes comentada Resolución 204/2013, de 5 de junio de 2013, que analizaba una licitación para adjudicar un contrato cuyo objeto es la retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados para tal fin.

Sin embargo, la inclinación de los Tribunales de recursos contractuales por el contrato de concesión no se compadece con la realidad práctica de la externalización de

¹⁴ El régimen jurídico de un contrato de concesión difiere sustancialmente respecto de un contrato de servicios. En el primero, debido justamente a la transferencia del riesgo operacional al contratista, los mecanismos compensatorios en casos de reequilibrio dan un mayor juego, además de diferir en otros aspectos relevantes, como el procedimiento de contratación (donde cobra un papel relevante el estudio de viabilidad económico-financiera en el caso de las concesiones), el distinto alcance de los derechos y obligaciones del contratista en uno y otro contrato, el régimen de resolución, el umbral económico de interposición del recurso especial, etc. Para el ámbito de la gestión de servicios locales, es de especial interés en este punto el trabajo de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., «La nueva configuración de la gestión indirecta en los servicios públicos a resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local» <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>

este servicio en los municipios españoles, que siguen optando, casi indistintamente, por uno u otro tipo contractual. En ambos tipos contractuales, el contratista asume la gestión del servicio en exclusiva sobre un determinado territorio o zona de operación (en el entendido de que en un mismo Ayuntamiento puede haber distintos contratistas si dichas zonas se dividen en lotes). En ambos contratos, a su vez, la posición del contratista es equivalente a la de un operador con derechos exclusivos o especiales (los que derivan de la gestión en exclusiva del servicio y del derecho de percepción de tarifas por parte de los usuarios)¹⁵. Desde la perspectiva de su duración, ambos contratos permiten, además, adecuar su plazo de duración al fin de amortizar las inversiones que en su caso se requieran (instalación de parquímetros, inversiones para la digitalización del servicio, obras de adecuación del espacio viario y de las zonas de aparcamiento reguladas, etc.), en los términos que ello se permite por el artículo 29 de la LCSP.

De hecho, otras Resoluciones, como las del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (155/2020, de 19 de noviembre) o las del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Res. 139/2022, de 7 de abril y 140/2024, de 4 de abril), sencillamente dan por sentado que estamos ante contratos de concesión o ante contratos de servicios, discutiendo sus razonamientos por otros aspectos que analizaremos más adelante, pero admitiendo implícitamente que ambas modalidades contractuales pueden ser aptas para externalizar el servicio público de estacionamiento regulado.

Otras resoluciones de los Tribunales especiales de Contratación han admitido la ambivalencia de ambas fórmulas contractuales para la gestión de servicio público en otros campos de actividad, cuya validez depende de la efectiva constatación de la presencia en los Pliegos de los rasgos típicos y caracterizadores de cada uno de estos tipos contractuales¹⁶.

¹⁵ En el sentido que la titularidad de dichos derechos exclusivos o especiales tiene a los efectos del artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que es el caso de estos contratos, como sostuvo la Comunicación Interpretativa de la Comisión (2000/C 121/02).

¹⁶ Valga como ejemplo la Resolución del Tribunal Central 81/2013, de 20 de febrero de 2013, que resolvió un recurso especial en materia de contratación frente al expediente de «Contratación de la gestión de servicios de diagnóstico por la imagen, prestados mediante las técnicas de Resonancia Nuclear Magnética, Tomografía Axial Computerizada y Radiología Convencional para los pacientes beneficiarios del Sistema Público de Salud de La Rioja» (Expte. 201301-02/IMG-SRS), reconoce la evidencia de que el contrato puede guardar similitud con dos de los tipos que regula el TRLCSP de 2011, en concreto, el de gestión de servicios públicos (en su modalidad de concesión) y el de servicios. Tras analizar la regulación de ambos contratos en el TRLCSP, el Tribunal concluye que «la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y esta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista, por así decirlo, actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio».

3. EL COBRO DEL SERVICIO DE ESTACIONAMIENTO REGULADO MEDIANTE APLICACIONES (APPS)

3.1. Régimen jurídico del cobro mediante *Apps*: prestación diferenciable y liberalizada. Consecuencias desde la perspectiva de la libre competencia

El Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante, «RDL 19/2018») establece en su artículo 1.1, que «El objeto de este real decreto-ley es la regulación de los servicios de pago, relacionados en el apartado 2, que se presten con carácter profesional en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios de pago como de los proveedores de los mismos». El artículo 2, por su parte, regula el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley respecto a los servicios de pago, determinando con carácter general que se aplicará «a los servicios de pago prestados dentro de España».

Tras esta delimitación de su ámbito de aplicación, el artículo 4 del RDL 19/2018 regula las exclusiones a la aplicación del mismo, excluyendo expresamente del mismo: «k) los servicios basados en instrumentos de pago específicos que solo se pueden utilizar de forma limitada y que cumplan alguna de las condiciones siguientes (...) 2.º Instrumentos que únicamente pueden utilizarse para adquirir una gama muy limitada de bienes o servicios». Por consiguiente, al permitir las *Apps* que ofrecen del servicio de pago por el estacionamiento en las zonas SER su utilización para adquirir este servicio únicamente, queda excluido del ámbito de aplicación del RDL 19/2018. Así pues, hemos de acudir a la normativa general sobre servicios para conocer si existe algún régimen específico de la prestación del servicio de cobro mediante *Apps* por el estacionamiento en zonas SER.

En base a lo anterior, hay que estar a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que transpone la Directiva de servicios de 2006 (en lo sucesivo, «Ley 17/2009»). De nuevo, el artículo 1 de la referida Ley determina su objeto, el cual consiste en «establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones la funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas».

El ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 se regula en su artículo 2, conforme al cual la misma «se aplica a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro» (apdo. 1º). Por su parte,

su apartado 2 regula los servicios que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, entre los que se encuentran los servicios financieros [art. 2.2.b)]. En este sentido, al ser un instrumento de pago específico, podría considerarse que la prestación del servicio de cobro por el estacionamiento en zonas SER por medio de Apps móviles quedaría igualmente excluida del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009. No obstante, también cabría deducir del considerando 18 de la Directiva de servicios de 2006¹⁷ (leído en sentido contrario) que dicho servicio sí está incluido porque no está regulado por legislación específica ni a nivel de la UE ni interno (precisamente por ser un instrumento de pago específico)¹⁸. En todo caso, no existe duda alguna de que el servicio de pago mediante Apps por el estacionamiento en zonas SER está sometido al principio general de libre prestación de servicios consagrado en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la prestación de este servicio sí queda sometida a las previsiones contenidas en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado (en adelante, «LGUM») y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, «LDC»).

De lo expuesto se deduce, por tanto, que se trata de un servicio liberalizado y, por consiguiente, constituye una prestación diferenciable de las que conforman el servicio público previsto en el artículo 25.2.g) de la LBRL, y así lo han sostenido las autoridades de competencia. Esta misma conclusión es compartida, asimismo, por autores como Luis Loras²⁰, para quien

«Al ser un medio de pago que únicamente puede utilizarse para adquirir una gama muy limitada de servicios (i.e. estacionamientos en áreas SER), el Servicio de Cobro está expresamente excluido del ámbito de aplicación de la ley de medios de pago. En consecuencia, la prestación del Servicio de Cobro se encuentra regulado por las normas generales que permiten a cualquier prestador de servicios prestarlos libremente y en competencia en toda España.

Por ello, numerosas autoridades de competencia han emitido informe aclarando que, aunque el Servicio de Cobro sea un servicio conexo a la gestión de un área SER (el Servicio de Gestión), es un servicio distinto porque puede ser prestado libremente y en competencia por múltiples prestadores al mismo tiempo. Además, han aclarado que, en la medida en la que el Servicio de Cobro no es más que un medio de pago alternativo en las áreas SER, el mismo no puede ser calificado como un servicio público (...).

¹⁷ Según el cual, «Conviene excluir los servicios financieros del ámbito de aplicación de la presente Directiva dado que estas actividades son objeto de una legislación comunitaria específica con el objetivo de realizar, como la presente Directiva, un auténtico mercado interior de servicios. Por consiguiente, esta exclusión se refiere a todos los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros, incluidos los reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos, de asesoría sobre inversión y, de forma general, los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio».

¹⁸ Como hace LORAS, «¿Apparcamos? Libre prestación y competencia entre servicios de cobro mediante Apps en áreas de estacionamiento regulado», *Revista de Estudios Locales*, núm. 275, 2024.

¹⁹ Como evidencia la Sentencia de 7 de noviembre de 2018, asunto C-171/17, Comisión Europea v. Hungría analizando precisamente las restricciones a la prestación de dicho servicio en Hungría bajo el artículo 56 TFUE.

²⁰ LORAS, L. (2024), «¿Apparcamos?...», *op. cit.*, pp. 44-45.

A la vista de ello, merece la pena que nos detengamos en los distintos pronunciamientos de las Autoridades de Competencia sobre esta cuestión.

En primer lugar, la Autoridad Catalana de la Competencia tuvo ocasión de analizar esta cuestión en el año 2016, concretamente, en su Informe de 17 de junio de 2016, en el que alcanzó las siguientes conclusiones:

«Primera. Conviene distinguir el servicio de gestión de las áreas de aparcamiento reguladas del servicio de gestión del pago o cobro para aparcar en estas zonas.

Segunda. En el ámbito del servicio de gestión del pago o cobro para aparcar en zonas reguladas, no se observa ningún impedimento para que diferentes empresas ofrezcan concurrencialmente este servicio. Apostar por la opción multioperador (es decir, múltiples proveedores prestando este servicio) se concibe como beneficiosa en términos de competencia. Por el contrario, adjudicar a un único agente el ofrecimiento de este servicio implica una restricción de la competencia, ya que se imposibilita la rivalidad entre operadores (eliminación de la competencia en el mercado), circunstancia que podría comportar perjuicios significativos para las arcas públicas, como restringir innecesariamente las opciones de los usuarios del servicio.

Tercera. En el supuesto de que se opte por concurrencia de diferentes operadores en el mercado (alternativa más favorable en términos de competencia), es necesario, adicionalmente, que los poderes públicos actúen de manera equitativa respecto a los diferentes operadores».

Dos años después, en la Resolución de 19 de diciembre de 2018 (expediente 79/2016), la Autoridad Catalana de la Competencia volvió a incidir en la misma cuestión en su Informe de 17 de junio de 2016, donde se afirma que,

«A diferencia del servicio público de gestión del estacionamiento regulado en un municipio, el servicio de la gestión del pago vía *app* del estacionamiento regulado puede ser prestado en régimen de competencia por una multiplicidad de operadores. En este sentido, es necesario hacer referencia al documento de la ACCO OB 25/2016 – Servicios de pago por móvil de las áreas de aparcamiento reguladas, publicado en la web de la ACCO <http://acco.gencat.cat/>, donde se efectúan una serie de consideraciones relativas a la prestación en régimen de concurrencia de los servicios de pago por teléfono móvil en las zonas de aparcamiento reguladas. Asimismo, el TCDC de la ACCO, en la Resolución de 4 de octubre de 2017 del expediente MC/8/2017, Aparcamiento en Sant Joan Despí y en la reciente resolución de 30 de noviembre de 2018, expediente nº 97/2018], Plataforma “Dónde aparcar por minutos” (BSM) [a la que se hará referencia a continuación], ha manifestado que el servicio de gestión del pago del estacionamiento regulado se puede configurar de manera independiente al servicio de gestión del área de estacionamiento regulado y que, desde el punto de vista de la aplicación del derecho de la competencia, es recomendable que sea ofrecido concurrentemente por varias empresas que operen en este mercado (Fundamento jurídico tercero)».

En esta Resolución, se acuerda poner fin mediante terminación convencional al expediente sancionador tiene lugar entre la Autoridad Catalana de la Competencia y la empresa municipal que había sido denunciada por vulnerar la legislación de defensa de la competencia. La conducta denunciada había consistido en otorgar por la vía de un contrato público, de forma exclusiva, el servicio de pago por App móvil a una única empresa. No obstante, el hecho de que el procedimiento sancionador finalizase por terminación convencional no implica que dicha práctica no supusiera una infracción de la LDC. Más bien al contrario, si se acuerda una terminación convencional, ex. art. 52 LDC, es porque efectivamente se considera que se ha cometido una infracción de la legislación de la competencia por parte de la empresa municipal,

así como del Ayuntamiento que está detrás de ella y que, a través de una licitación pública, ha otorgado a dicha empresa dicho derecho exclusivo.

También la Autoridad Catalana de la Competencia, en su Resolución de 30 de noviembre de 2018 (expediente 97/2018), mostró la misma postura, declarando lo siguiente tras citar, nuevamente, su Informe de 17 de junio de 2016:

«Enlazando con lo que se acaba de decir, hay que resaltar que, desde un punto de vista de la competencia, es recomendable que el servicio de gestión del pago del estacionamiento regulado sea ofrecido concurrencialmente por diferentes empresas que operen en este mercado. En efecto, el diseño del concurso no presentaría problemas desde la óptica de la defensa de la competencia si se permite que varias *apps* de operadoras diferentes actúen en dicho mercado y que los mismos compitan en igualdad de condiciones. Así, con la opción multioperador, es decir, con la concurrencia de múltiples proveedores prestando este servicio, se promueve la competencia, hecho que resulta beneficioso para los consumidores y usuarios, a la vez que la rivalidad entre competidores provoca presiones competitivas que se traducen en mayor oferta, mayor innovación, menores precios, etc.».

Por medio de esta Resolución la Autoridad Catalana de la Competencia archiva la denuncia que se interpone contra la conducta de la empresa municipal BSM del Ayuntamiento de Barcelona, pero ha de reseñarse que este supuesto difiere mucho del anteriormente comentado y resuelto por medio de la Resolución de 19 de diciembre de 2018. En este resulta justificada la negativa a incoar un expediente sancionador, pues la empresa pública había ofrecido, mediante licitación, un contrato para desarrollar los servicios de desarrollo, implantación, migración, puesta en marcha, formación y apoyo a la operación de la plataforma electrónica denominada «Dónde aparcar por minutos», que iba a ser utilizada para gestionar el estacionamiento en el municipio (zona azul, zona verde, las zonas de carga y descarga, etc.). La denuncia se archiva por el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato exigía que el diseño de la plataforma tecnológica tendría que permitir que varias aplicaciones móviles ofrecieran el servicio de cobro de estacionamiento regulado, poniendo de manifiesto la Resolución que el hecho de que BSM disponga de aplicaciones propias para el pago del estacionamiento mediante Apps móviles no implica una infracción de las normas de competencia, a salvo de las puntualizaciones expresadas en la Resolución sobre la obligación de BSM de dispensar un trato equitativo y no discriminatorio a otras aplicaciones que, por su interés, se extractan:

«Además debe significarse que el hecho de que BSM disponga de aplicaciones propias para el pago del estacionamiento mediante el móvil tampoco implica, a priori, una infracción de las normas de competencia, siempre, claro está, que todas las *apps*, tanto las de titularidad municipal como las privadas, puedan competir en igualdad de condiciones. En este sentido, es determinante que los diferentes operadores que participen en la referida plataforma por medio de su respectiva aplicación informática lo puedan hacer con plenas condiciones de igualdad, de manera que ni el sistema para seleccionar las diferentes *apps* podrá comportar restricciones a la competencia, ni BSM podrá dispensar un trato no equitativo a los diferentes operadores, los cuales tendrán, por ejemplo, que disponer de una misma visibilidad en el mobiliario urbano o en la web oficial. En definitiva, las restricciones a la competencia se podrían generar a partir de otras actuaciones de BSM en el futuro, como se ha dicho, si BSM no permitiera la competencia entre los diversos proveedores de sistemas de pago móvil con la imposición de una única aplicación que ofreciera

el servicio, que estableciera requisitos para operar limitativos de la competencia o que, aunque existieran diferentes aplicaciones, no pudieran competir en igualdad de condiciones por la actuación de BSM.»

Es decir, la Autoridad de la Competencia de Cataluña archiva la denuncia porque de la redacción de los Pliegos que han de regir el contrato no se desprende *per se* ninguna práctica o exigencia que pueda ser contraria a las normas de competencia. Pero sí matiza que ello no implica que la actuación posterior de la empresa de titularidad municipal pueda ser restrictiva de la misma si no se dan las condiciones señaladas en la Resolución²¹.

Asimismo, otras Autoridades de Competencia también coinciden en que el servicio de cobro por el estacionamiento en zonas SER mediante Apps móviles es un servicio conexo, pero distinto y diferenciable, del servicio de gestión el «servicio público» de gestión de estacionamientos, frente al que debe prestarse en régimen de libre competencia.

Así lo expresó la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana en su Informe de 24 de julio de 2018, sosteniendo que

«De la normativa de régimen local que establece el servicio de estacionamiento regulado y la tasa por la utilización privativa del dominio público local, así como el desarrollo reglamentario mediante las respectivas Ordenanzas Fiscales que regulan en cada municipio la tasa por estacionar en viario público, no cabe inferir que el sistema de cobro mediante dispositivo móvil esté incluido en el servicio público de gestión de las áreas de aparcamiento regulado. Sirva como ejemplo de ello el que, en las Ordenanzas Fiscales que establecen los respectivos Ayuntamientos para regular la prestación del estacionamiento regulado en vía pública, las tarifas o tasas por la prestación de este servicio no incluyen el coste de la aplicación digital que las empresas que utilizan esta tecnología cobran al usuario. En el servicio de pago mediante dispositivo móvil, el usuario se registra y descarga gratis la aplicación y la empresa repercute al usuario un coste adicional al pago de la tasa de aparcamiento por usar la aplicación, un coste que el usuario paga directamente a la empresa y que no forma parte de la tarifa que ingresa la Corporación Local. Es un sistema similar al coste que las plataformas digitales de venta de entradas de cines y otros espectáculos repercuten al usuario por la compra de entradas a través de la plataforma.

Mientras que el servicio de gestión de las zonas de estacionamiento regulado es un servicio público que han de prestar los municipios, tal y como se desprende con claridad de la normativa citada en el apartado anterior de este Informe, este carácter público no concurre en los servicios alternativos de gestión de cobro. El servicio alternativo de cobro mediante tecnología de aplicación móvil y otros servicios de movilidad inteligente no tiene carácter de servicio público, no reúne las notas o principios que caracterizan el régimen jurídico de los servicios públicos como su cobertura universal, su vinculación al interés general, su carácter indispensable y la necesaria continuidad en la regularidad de la prestación o la igualdad de trato a los ciudadanos en las con-

²¹ Lo que posteriormente sucedió, como ilustra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de julio de 2019 (rec. núm. 306/2019) que estimó el recurso de apelación interpuesto por EasyPark España SLU contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 11 de Barcelona, de fecha 28 de enero de 2019, pronunciándose a favor de la inclusión de EasyPark en la plataforma de BSM como medida cautelar frente a la decisión injustificada de BSM de licitar el acceso a la misma para que terceros operadores del servicio de cobro pudieran prestarlo, limitando dicho acceso a cuatro operadores, y sin que las aplicaciones propias de BSM tuvieran que concurrir a dicha licitación, teniendo por tanto la prestación de dicho servicio garantizada, a diferencia del resto.

diciones de prestación a los usuarios. De modo que la App EasyPark no es un servicio público, es simplemente una nueva herramienta tecnológica que incrementa las posibilidades de elección del usuario para pagar el estacionamiento en la vía pública.»

Y, en base a lo anterior, alcanza la siguiente conclusión:

«Por ello, mientras que el servicio de gestión de las zonas de estacionamiento regulado, por su propia naturaleza de servicio público, es prestado por los municipios (ya sea en régimen de gestión directa o de gestión indirecta), el servicio de cobro alternativo mediante tecnología de aplicación móvil puede ser prestado por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente como sucede en algunos territorios.»

En la misma línea se pronunció, dos años después, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, por medio del Dictamen de 3 de junio de 2019:

«Mientras que el servicio de gestión de las zonas de estacionamiento regulado es un servicio público que han de prestar los municipios, tal y como se desprende con claridad de la normativa citada en apartados anteriores, este carácter público no concurre en los denominados servicios alternativos de gestión del cobro. El servicio alternativo de cobro mediante tecnología de aplicación móvil y otros servicios de movilidad inteligente carece de este carácter al no reunir las notas o principios que caracterizan el régimen jurídico de los servicios públicos como su cobertura universal, su vinculación al interés general, su carácter indispensable y la necesaria continuidad en la regularidad de la prestación o la igualdad de trato a los ciudadanos en las condiciones de prestación a los usuarios, siendo únicamente una herramienta tecnológica, un servicio complementario, alternativo o sustitutivo, pero en todo caso diferenciado del medio de pago en metálico en parquímetros, con tarjeta bancaria o tarjeta de recarga del servicio público de gestión de las zonas ORA y que amplía las posibilidades de elección del usuario a la hora de proceder al pago por el estacionamiento en la vía pública.

En consecuencia, la implantación del pago del servicio mediante tecnologías de aplicación móvil y otros servicios de movilidad inteligente, puede llevarse a cabo tanto por el mismo operador que lleva a cabo la gestión de las zonas de estacionamiento regulado, ya se trate de una empresa municipal o de un operador privado en régimen de concesión, como por otros operadores. Por lo tanto, no es imprescindible que dicho servicio de cobro digital se incluya entre las prestaciones que realiza exclusivamente el operador que gestiona el aparcamiento regulado en el municipio.»

Asimismo, tanto la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana por medio del Informe citado anteriormente, como el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León a través del Dictamen al que se acaba de hacer referencia, han reconocido el derecho de los operadores privados que prestan el servicio de cobro mediante Apps móviles a la «interconexión» al sistema del gestor, pues no hacerlo restringiría la competencia en este sector. En este sentido, el mencionado Informe de la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana concluye realizando la siguiente recomendación a los órganos de contratación:

«2. En relación con las condiciones de prestación del servicio de cobro mediante tecnología móvil del estacionamiento regulado, las Corporaciones Locales deberían facilitar que distintos operadores en régimen de libre competencia puedan prestar ese servicio por ser esta la opción más favorable a la competencia. Esto supone permitir el acceso a la plataforma (open data) al nuevo operador u operadores que lo soliciten, para que dispongan de los elementos necesarios para prestar este sistema alternativo de cobro a los usuarios, con independencia de que la gestión del aparcamiento en el respectivo municipio se realice por gestión directa (con una empresa municipal) o indirecta (mediante un concesionario externo).»

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, en el Dictamen mencionado, incide en la misma conclusión:

«Dado que nos encontramos ante un sistema de pago, que tal y como ha quedado asentado anteriormente se encuentra desvinculado del servicio público, y que es prestado por operadores privados, de difícil cobertura por la legislación de Contratos del Sector Público, los criterios de homologación instaurados por el Ayuntamiento deberían ser no discriminatorios, proporcionales y abiertos a la propia decisión de los operadores homologados de operar o no en dicho ámbito. En este sentido, además, desde el punto de vista técnico, se entiende que es posible permitir a los operadores alternativos del servicio de cobro mediante dispositivos móviles el acceso a la interfaz en los sistemas propios del adjudicatario-concesionario, donde se encuentre la información necesaria para la gestión del servicio de cobro mediante dispositivos móviles, asegurando así la conexión entre el operador que presta el servicio de gestión del estacionamiento regulado y otros operadores que gestionen servicios de cobro alternativos, para que estos lleven a cabo el cobro del correspondiente estacionamiento.»

Finalmente, también es preciso hacer referencia a la Resolución de 28 de febrero de 2019 (expediente SAMAD/03/16), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que archivó la denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Madrid por integrar en el contrato de concesión del servicio de estacionamiento regulado, como una prestación más, el servicio de pago mediante App móvil. En esta Resolución la CNMC señala que en el supuesto analizado el Ayuntamiento de Madrid no actuaba como oferente, sino como demandante de servicios de gestión del estacionamiento, motivo por el cual se archivó la denuncia al no resultar aplicable la LDC en este caso por no ejercer el Ayuntamiento la actividad económica en cuestión. Así lo expresó la CNMC:

«Hay que partir de considerar que el Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que ha descartado la prestación directa del servicio de estacionamiento regulado a través de una entidad pública, no actúa como proveedor de servicios en los mercados señalados sino como licitante de un servicio de gestión y recaudación para el cumplimiento de un servicio cuya prestación tiene encomendada. El Ayuntamiento es, en este caso, de acuerdo con la normativa vigente, un “órgano de contratación” o “poder adjudicador” de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado en el municipio de Madrid.

Las autoridades de competencia ya se han pronunciado anteriormente en este sentido. Así, la CNC, en su resolución de 31 de agosto de 2010, S/0272/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, señala que una sociedad pública creada por el Ayuntamiento de San Sebastián, la Diputación Foral de Guipúzcoa y el Gobierno Vasco, al convocar un concurso público para la licitación de la contratación de los servicios de ingeniería para la realización de un proyecto tecnológico, “no actúa como oferente, sino como demandante de servicios de ingeniería, mercado en el que indudablemente puede afirmarse que no ostenta posición de dominio y, por consiguiente, tampoco puede llevar a cabo una explotación abusiva de esa posición”.

Y, conforme a lo anterior, la CNMC concluye del siguiente modo:

«En todo caso, al no participar el Ayuntamiento de Madrid en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, no es posible poder apreciar una posición de dominio del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App. No cumpliéndose esta condición, no es necesario entrar a valorar los abusos denunciados.»

No obstante, y pese a no entrar a valorar los abusos denunciados por dirigirse la denuncia contra el Ayuntamiento de Madrid —al que la CNMC considera que no resulta de aplicación la LDC en este supuesto—, al analizar el contenido del contrato de concesión la Comisión sí señala y reconoce que el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App ha de poder ser prestado libremente por operadores terceros, haciéndose eco para ello de la Resolución 97/2018 de la Autoridad Catalana de la Competencia analizada anteriormente:

«Así, mientras que el servicio de estacionamiento regulado debe ser prestado por los municipios, ya en régimen de gestión directa, ya a través de instrumentos de gestión indirecta, el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App puede ser prestado también por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente. De lo contrario, ante la falta de competencia entre operadores, podrían incrementarse los precios para los usuarios, limitarse la innovación o perjudicar las posibilidades recaudatorias de la tasa del servicio de estacionamiento regulado al disminuir las opciones de elección de los usuarios en el sistema de pago. En esta línea se ha pronunciado la Autoridad Catalana de la Competencia en su resolución de 30 de noviembre de 2018 (expediente nº 97/2018, PLATAFORMA “DÓNDE APARCAR POR MINUTOS”).»

A esta misma postura había llegado un año antes el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón en dos Acuerdos de fecha 11 de mayo de 2018 en los que se resolvían sendas denuncias contra la licitación, por parte de los Ayuntamientos de Zaragoza y Huesca, respectivamente, de dos contratos de estacionamiento regulado en los que se trataba de incluir la prestación del servicio de pago por App móvil dentro del servicio de estacionamiento regulado. Concretamente, en el Acuerdo sobre el contrato del Ayuntamiento de Zaragoza, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón expresó esta conclusión en los siguientes términos:

«De lo expuesto hasta aquí se deduce que la presunta actuación colusoria del Ayuntamiento de Zaragoza tiene su razón de ser en la licitación del contrato de concesión de gestión del servicio público de estacionamientos regulados en la ciudad de Zaragoza, dicha licitación es realizada por el Ayuntamiento en ejercicio de su ius imperio como poder adjudicador de un contrato público, en ejercicio de sus potestades administrativas otorgadas por el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto concreto y recogidas fundamentalmente en el anterior fundamento, y no como operador económico o competidor en el mercado. Por todo ello, puede concluirse que en tanto que el Ayuntamiento de Zaragoza no ha estado actuando como operador económico en los hechos denunciados, sino en ejercicio del ius imperio, no le resulta aplicable la prohibición del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la licitación y adjudicación por parte del Ayuntamiento de Zaragoza del contrato de concesión de gestión del servicio público de estacionamiento regulado en la ciudad de Zaragoza.»

La postura del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón relativa a la imposibilidad de aplicar la LDC a la Administración cuando actúa como poder público y no como operador económico —posteriormente asumida por la CNMC— fue conocida por el Tribunal Supremo en su Sentencia 445/2023, de 30 de marzo de 2023 (rec. cas. 6491/2021), que en su F.D 5º admite que:

(i) al redactar los Pliegos los Ayuntamientos: «debe[n] atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala»; que,

(ii) en caso de no hacerlo su actuación «debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo» (y no a las autoridades de competencia por la vía de un procedimiento sancionador); pero que

(iii) no obstante, en el caso concreto dicho control no procedía porque la «configuración de la concesión no implica[ba] per se la creación de barreras o restricciones a la competencia ni el cierre a la entrada de otros operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación al mercado del servicio de pago del estacionamiento mediante dichas tecnologías y aunque hubiera sido conveniente una mayor especificidad y claridad, cabe entender que en la medida que no incorpora expresamente la exclusividad en favor de la adjudicataria en relación con dicho servicio de pago mediante *app*, ni la exclusión de otros operadores en el pago, correspondía a la UTE concesionaria del servicio de estacionamiento discernir el acceso de otras entidades que pudieran prestar el servicio».

En definitiva, las Autoridades de Competencia tienen posturas parcialmente divergentes, pues, por un lado, mientras que la CNMC y el Tribunal de Defensa de la Competencia Aragón, pese a reconocer que la inclusión del servicio de pago mediante Apps dentro de las prestaciones que integran los contratos de gestión de las zonas SER es una práctica restrictiva de la competencia, consideran que ello no infringe la LDC; mientras que, por otro lado, la Autoridad de Competencia de Cataluña y la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana sí consideran que tal inclusión puede considerarse una conducta infractora de las normas de defensa de la competencia. En nuestra opinión, dicha discrepancia ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en la comentada Sentencia 445/2023, concluyendo que en la redacción de los pliegos cualquier restricción injustificada a la prestación del servicio de cobro mediante aplicaciones móviles está sometida «tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia», si bien, al tratarse los mismos de un acto administrativo, el Tribunal Supremo considera que el control procedente es el de la vía administrativa y contencioso-administrativa, no pudiéndose cuestionar a través de un procedimiento sancionador en materia *antitrust*²².

A propósito de la Resolución de la CNMC a la que se ha hecho referencia, J. ORTEGA²³ critica con acierto la postura de la CNMC de excluir a la Administración del ámbito de aplicación de la LDC por actuar como poder público y no como operador económico: «esta solución de no declarar la infracción del Derecho de la competencia por parte de los municipios es, en nuestra opinión, claramente desacertada. El dato de que la Administración no actúa como operador económico sino en ejercicio de sus competencias públicas no es un obstáculo para que pueda ser declara-

²² Esta limitación de la vía de impugnación puede ser cuestionable desde un punto de vista de la efectividad del Derecho antitrust, particularmente en atención a la brevedad de los plazos previstos para impugnar pliegos y la falta de sanción económica que acarrea la vía administrativa o contencioso-administrativa (más allá de los efectos anulatorios que le son propios). En un sentido favorable a que la vía sancionadora de la LDC pueda ser también hábil para depurar estas irregularidades de los Pliegos se pronunció el voto particular a la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 al que seguidamente aludiremos.

²³ ORTEGA, J. (2019), *Las aplicaciones de pago del estacionamiento regulado en las zonas verdes o azules de las ciudades y la defensa de la libre competencia*, Almacén de Derecho

da su infracción de la legislación de defensa de la competencia. Sirven de precedente a esta solución las Resoluciones de la propia CNC: la Resolución de 6 de octubre de 2011, (Expt. S/0169/09, Productores de Uva y Vinos de Jerez) y la Resolución de 27 de septiembre de 2013, (Expte. S/013/10, Puerto de Valencia). La primera de ellas fue impugnada, y posteriormente declarada conforme a derecho por el propio Tribunal Supremo (STS de 18 de julio de 2016, RJ/2016/4363)».

En la misma línea se pronunció el voto particular que formula la consejera María Pilar Canedo Arrillaga en la Resolución de 28 de febrero de 2019 de la CNMC anteriormente analizada, por su claridad expositiva y por poner de manifiesto las dudas compartidas por nosotros. En primer lugar, la profesora Canedo señala que,

«No solo es la Ley de contratos del Sector Público la que condiciona la actuación de las Administraciones. En el ordenamiento jurídico español no cabe poner en duda que el ejercicio de una potestad pública no exime a la Administración del cumplimiento de la legalidad.»

Para, tras realizar la anterior puntualización, expresar lo siguiente:

«Cuando la Administración toma la decisión de prestar un servicio por medio de un contrato público, la Ley de contratos del Sector Público establece una serie de obligaciones procedimentales complejas que, como veíamos, tienen el objetivo de garantizar los principios de transparencia para “conseguir una mejor relación calidad-precio”.

Al tomar la decisión de realizar un contrato abierto para la prestación del servicio, el Ayuntamiento se constituye, precisamente, en la entidad que tiene capacidad para determinar las condiciones en que las empresas adjudicatarias van a prestar el servicio a los ciudadanos. Al ser precisamente la administración quien tiene la capacidad de determinar de manera unilateral las condiciones de prestación del servicio en el mercado, tal como se reconoce en la resolución de archivo, la administración debe hacerlo en condiciones de eficiencia. Tal como reconoce igualmente la resolución, la creación de barreras de entrada en la prestación del servicio debe estar basada en razones de eficiencia y protección de razones de imperioso interés general y las barreras de acceso a la plataforma integral de pagos móviles no resultan necesarias para proteger razón alguna de interés general ni tienen por tanto justificación.

Es decir, la administración es, precisamente, quien ostenta la aptitud para generar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado en el sentido definido por el Tribunal Supremo en la Sentencia Vinos de Jerez y su actuación debe ser analizada desde la perspectiva de la LDC.»

Y, en base a lo anterior, concluir que:

«Ayuntamiento está sometido a la aplicación de la normativa de competencia para garantizar la máxima ventaja para el interés general.

Empleando las palabras que usó en el supuesto mencionado el Tribunal Supremo, en este caso, como en el que sirve de base a la Sentencia mencionada, la administración “desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia” por lo que la normativa de defensa de la competencia debe resultar de aplicación.»

En definitiva, considera la consejera que aunque la Administración no actúe como operador económico cuando recurre a la gestión indirecta para prestar el servicio de gestión de zonas SER, al ser esta la que determina las condiciones en las que se habrá de prestar el servicio a través de las cláusulas de los Pliegos que rigen estos contratos públicos, la Administración cuenta con aptitud para generar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia, pudiendo desempeñar un papel relevante en la perturbación de la competencia del servicio de pago mediante Apps.

Esta interpretación, que —insistimos— es la que nos parece correcta, es la que por otra parte mejor se ajusta a la jurisprudencia del TJUE en materia de prácticas *antitrust* en las que potencialmente puede participar la Administración como poder adjudicador²⁴.

3.2. El pago mediante *Apps* como prestación «accesoria» de los contratos de gestión de zonas SER

Conforme lo hasta ahora expuesto, el cobro mediante *Apps* por la utilización de las áreas SER constituye una prestación diferenciable de las prestaciones propias de los contratos de gestión de las mismas y que, además, está liberalizada. Es decir, el servicio de cobro mediante *Apps* por la utilización de las zonas SER no es una prestación que se subsuma en las que comprende el servicio público de estacionamiento al que se refiere el artículo 25.2.g) de la LBRL.

La consecuencia que se deriva de dicho carácter de prestación diferenciable y liberalizada consiste en que su exigencia o regulación por los Pliegos reguladores de este tipo de contratos habrá de contemplarse, todo lo más, con carácter «accesorio», pues no es una prestación propia del servicio público cuya gestión indirecta se desea contratar y, por tanto, los Municipios no pueden disponer, entendiendo el término en el sentido de regular, de esta prestación en su condición de órganos de contratación.

Por consiguiente, los Pliegos podrán contemplar esta prestación específicamente, pero al tratarse de una prestación «accesoria» de la principal o principales que constituyen el servicio de gestión de las zonas SER, no podrán restringirla ni regularla de forma que se limite el libre acceso a la misma de otros operadores distintos al gestor del servicio, como pudiera ser —según veremos seguidamente— exigir su gratuidad mediante cláusulas que prohíban a los operadores que ofrecen este tipo de prestación cobrar cualquier tipo de comisión a los usuarios por utilizar sus *Apps* como medio de pago.

En este sentido, y respecto al carácter accesorio de la prestación de cobro mediante *Apps*, se han pronunciado los Tribunales de Contratos Públicos en diferentes

²⁴ El TJUE es favorable a esta posición, en el sentido de que, a la postre, lo relevante no es la naturaleza pública o privada del ente, sino que actúe realizando una actividad económica, como operador de mercado. Así, por ejemplo, en la sentencia de 14 de diciembre de 1995 (caso Banchemo, as. C-387/93), en relación con la actuación de la *Anministrazione autonoma dei monopoli di Stato* («AAMS»), en la medida en que este ente actuaba como oferente de bienes y servicios en el mercado de la producción de tabaco. También en la sentencia TJUE (Gran Sala) de 1 de julio de 2008 (as. C-49/07, *MOTOE* contra Estado griego), entre otras. Por otra parte, la STJUE Federación española de Empresas de Tecnología Sanitaria vs. Comisión, de 11 de julio de 2006 (as. C-205/03) permite concluir que un poder adjudicador está sometido al Derecho de la Competencia cuando adquiere bienes o servicios para prestar un servicio que tiene la consideración de actividad económica, como sería el caso de los servicios de cobro. Sobre esta jurisprudencia véanse los comentarios de CALVO CARAVACA, A.L., Y CANEDO ARRILAGA, M.P., en *Casos escogidos de derecho antitrust europeo*, Universidad de Deusto, 2008.

ocasiones. Al respecto, la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) declara lo siguiente:

«(...) Por otro lado, debe recordarse que el servicio de pago móvil gratuito es, en todo caso, una prestación accesoria respecto a la principal que, a diferencia de aquella, no se refiere a un servicio público legalmente atribuido al poder adjudicador.»

Asimismo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM) incidió en el carácter accesorio de esta prestación en su Resolución 139/2022, de 7 de abril²⁵, la cual se basa en buena parte de su fundamentación en la mencionada Resolución del OARC, señalando que

«El servicio de cobro mediante App debe considerarse como una prestación accesoria respecto a la principal (servicio de estacionamiento regulado), aunque no se refiera a un servicio público en sentido estricto.

Este Tribunal considera que la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del contrato podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a licitadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación. Por consiguiente, si se cumplen dichas condiciones, no existe inconveniente en su inclusión en los pliegos como prestación accesoria.»

En definitiva, la prestación del servicio de cobro por la utilización de las zonas SER mediante Apps móviles no forma parte del servicio público de competencia municipal al que se refiere el artículo 25.2.g) de la LBRL y, por ello, los Pliegos reguladores de los contratos de gestión de zonas SER sólo podrán exigir a los licitadores la realización de esta prestación con carácter accesorio a las prestaciones principales del contrato, sin poder limitar o restringir, con carácter general, la prestación de este servicio por otros operadores económicos al tratarse de un servicio de pago liberalizado que excede de la competencia municipal.

3.3. Imposibilidad de exigir la gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante Apps

Como acaba de apuntarse, y por exceder precisamente la prestación del servicio de cobro mediante Apps del servicio público municipal, los órganos de contratación de cada Municipio no podrán exigir a los operadores económicos que presten este servicio que lo hagan de forma gratuita.

Por las razones que veremos más adelante, y de forma limitada para proteger bienes jurídicos que puedan estar en juego (como información a los usuarios o la garantía de la interoperabilidad de los sistemas de cobro y control), los órganos de contratación podrán disponer en los Pliegos determinados aspectos de la prestación

²⁵ En el mismo sentido, la Resolución 140/2024, de 4 de abril, también del TACPM, que cita su Resolución 139/2022, de 7 de abril, a la hora de referirse al carácter accesorio de la prestación del servicio de cobro mediante App.

del servicio de cobro mediante Apps, sea la del gestor o la de terceros. Sin embargo, no pueden imponer que dicho servicio sea gratuito para los usuarios.

En primer lugar, es claro que no podrán exigir, de forma directa o indirecta, la gratuidad de tal servicio a los operadores económicos ajenos al gestor que cuenten con sus propias Apps de cobro y quieran implantarse en ese mercado. Tal imposibilidad deriva del hecho de que, como se expuso anteriormente, el servicio de cobro por la utilización de las áreas SER mediante Apps es un servicio de pago liberalizado. Ello implica que la Administración, o más concretamente los órganos de contratación a través de los Pliegos, no puedan imponer trabas ni obstáculos desproporcionados, discriminatorios y no justificados a la prestación de un servicio que legalmente se encuentra liberalizado.

El principio general que preside la interpretación de esta cuestión fue identificado certeramente por la antes citada STS núm. 445/2023, de 30 de marzo de 2023, al establecer que la regulación del servicio de cobro en los pliegos, como servicio accesorio o instrumental al de gestión de las zonas SER, *«debe interpretarse en un sentido favorable a que otros prestadores puedan participar en el mercado»*, por tratarse dicha actividad de un servicio liberalizado.

Entre otras consecuencias, ello impide que los Pliegos impongan la gratuidad del servicio de cobro a operadores terceros; y así lo han interpretado los Tribunales de recursos especiales en materia de contratación pública cuando han analizado Pliegos que conllevaban una imposición tal.

Es ejemplo de ello el Acuerdo del Tribunal Administrativo de contratos públicos de Navarra núm. 65/2023, de 5 de septiembre, afirmó que aunque la configuración del objeto de contrato es competencia del órgano de contratación, lo que permite la inclusión del servicio de cobro en la medida en que se trata una prestación accesorio o instrumental a la principal, las condiciones del servicio no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan una razón imperiosa de interés general ajustada a las prescripciones de los artículos 4 de la LRJSP, 84 bis de la LBRL, 5.c) y 9 de la Ley 17/2009 y de los arts. 5 y 17 de la LGUM, lo que en el caso no resultó acreditado. Junto a lo anterior, la citada resolución declara que la prohibición contenida en el Pliego en relación con el pago a través de móvil, que impedía cobrar al ciudadano más cuantía que la tasa limitando con ello la posibilidad de repercutir a los usuarios costes del servicio de pago por móvil aun cuando estos utilicen plataformas diferentes a la del adjudicatario, no resulta ajustada a Derecho,

«pues el pago por el uso de una *app* constituye una contraprestación a la entidad privada que presta el servicio de la *app*, y por tanto una relación ajena a la contractual que va a resultar de la licitación y también al ámbito del adjudicatario seleccionado que en modo alguno puede imponer tal condición al resto de proveedores ni tampoco a los propios usuarios; resultando, por ello, desproporcionada y carente de justificación.

(...)

Así pues, la prohibición que contiene el pliego de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualesquiera

aplicación móvil, y que se traduce en la imposibilidad de dichos operadores de cobrar por los servicios que prestan a través de sus Apps, no resulta ajustada a derecho; procedente, por tanto, la estimación en este punto de la reclamación interpuesta, así como la anulación de dicha previsión contenida en el pliego.»

Por su parte, la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi declara que,

«La alegación de que el cobro de comisiones por pagar la OTA es una exacción ilegal no prevista en la vigente Ordenanza Fiscal debe desestimarse. No puede calificarse como tal exacción fiscal la remuneración abonada por el usuario de una aplicación de pago móvil al operador económico que la explota, habida cuenta de que se deriva de una relación contractual entre sujetos privados, por lo que en absoluto tiene la condición de ingreso de derecho público y menos aún de tributo, por mucho que el concreto servicio de pago tenga por objeto, en este caso, satisfacer una tasa.»

Con mayor rotundidad se expresa la Resolución 139/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este caso, el TACPM declaró la no sujeción a Derecho de la exigencia de gratuidad por la prestación de este servicio:

«La exigencia de gratuidad prevista en los pliegos, aparte de limitar la competencia, no hace sino limitar la capacidad de decisión de los usuarios del servicio de pago mediante *app* para móvil, ya que estos deben poder decidir si le resulta más interesante abonar una pequeña comisión por una *app* que le ofrezca mejores prestaciones que utilizar una gratuita (si bien el término gratuidad debe ser puesto en cuarentena, pues siempre lleva compensaciones del tipo cesión de datos, publicidad, etc.) que sea más acorde con sus intereses y necesidades.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso por este motivo, por considerar, por las razones expuestas, que la exigencia de gratuidad de la aplicación para el pago de las tasas mediante aplicativos móviles, no es ajustada a Derecho».

Sin embargo, la Resolución más contundente al respecto es el Acuerdo 62/2023, de 17 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que cita las dos Resoluciones que acabamos de comentar para concluir que,

«Así las cosas, la cuestión a resolver es, como hemos apuntado, si la condición recogida en el pliego en el sentido de prohibir, en relación con el pago a través de móvil, que se cobre al ciudadano más cuantía que la tasa que establece la ordenanza fiscal limitando con ello la posibilidad de repercutir a los usuarios costes derivados del servicio de pago por móvil aun cuando estos utilicen plataformas diferentes a la del adjudicatario resulta ajustada a derecho; y ello en la medida en que tal previsión, cuando menos a priori, puede dificultar que proveedores que cuenten con aplicaciones que apliquen comisiones puedan participar en la licitación.

Pues bien, a juicio de este Tribunal la previsión en tal sentido contenida en el pliego no resulta ajustada a la legalidad, pues el pago por el uso de una *app* constituye una contraprestación a la entidad privada que presta el servicio de la *app*, y por tanto una relación ajena a la contractual que va a resultar de la licitación y también al ámbito del adjudicatario seleccionado que en modo alguno puede imponer tal condición al resto de proveedores ni tampoco a los propios usuarios; de forma que su inclusión en tales términos en el pliego resulta, por ello, desproporcionada y carente de justificación».

De las resoluciones extractadas se desprende que la exigencia de gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante Apps no es ajustada a Derecho por tres motivos fundamentales. En primer lugar, por restringir la libre competencia que ha

de regir en todo servicio liberalizado; en segundo lugar, por limitar la capacidad de decisión de los usuarios de este servicio, que deben poder escoger libremente la App por la que optan; y, en tercer lugar, por la propia naturaleza de la relación que surge entre el usuario y el operador que presta el servicio mediante su App, la cual es de Derecho privado y, por consiguiente, no puede ser limitada por los Pliegos, que regulan las relaciones dimanantes de un contrato público entre Administración y contratista, y que se rigen por el Derecho público.

Cuestión distinta es que el Pliego pueda exigir la gratuidad del servicio de cobro mediante la App del propio gestor, sin posibilidad de imponer a los usuarios ninguna comisión. Esta cuestión ha resultado más controvertida que la anterior, por cuanto alguna resolución ha amparado esta posibilidad en Derecho. Así lo hace la Resolución 140/2024, de 4 de abril, del TACPM, según la cual,

«En el ámbito propio de esta concesión no debe ser un tercero que se integra en un contrato de concesión quien establezca las condiciones que deben afectar al servicio público que se va a prestar, sino el propio órgano de contratación, en este caso el Ayuntamiento de Alcalá de Henares quien en base a sus necesidades y las de sus ciudadanos considera que debe aportarse desde el inicio de la contratación una *app* de pago que no conlleve coste para sus ciudadanos.»

A lo que añade, a modo de conclusión, lo siguiente:

«En conclusión, si bien se puede exigir a los municipios que en sus procedimientos de licitación del servicio de aparcamiento vigilado permitan la prestación del servicio de pago a través de *apps* para móviles que conlleven un coste directo para el ciudadano, no se puede obligar a ninguno de ellos a obviar la necesidad de que primeramente requieran la aportación de una *app* sin coste para los usuarios, siendo en todo caso una elección propia del municipio que en base a múltiples factores optar por una u otra forma de gestionar este servicio.»

Por tanto, en base a lo dispuesto por el TACPM, del mismo modo que un operador privado no puede establecer *«las condiciones que deben afectar al servicio público que se va a prestar»*, pues ello sería *«inmiscuirse en la gestión pública»* y tales condiciones han de ser establecidas por el órgano de contratación, a *sensu contrario* tampoco puede un órgano de contratación establecer las condiciones que deben afectar a un servicio de pago liberalizado sobre el que no ostenta competencia alguna para determinar si el mismo ha de ser de carácter gratuito o no, pues sólo podrá delimitar tales extremos respecto al contratista.

Pese a las anteriores afirmaciones, resulta sumamente discutible que el titular del servicio pueda lícitamente justificar e imponer conforme a la normativa sobre liberalización de servicios antes citada (arts. 84 *bis* LBRL y consonantes de la Ley 17/2009 y LGUM), y de acuerdo con el Derecho de la competencia²⁶, la imposición de una carga de tal naturaleza al gestor del servicio de estacionamiento.

En primer lugar, porque resulta equívoco hablar de gratuidad del dicho servicio, pues el gestor incurre en costes ciertos en su desempeño (que conllevan el pago de comisiones por la transacción e inversiones tecnológicas), lo que el propio TACPM

²⁶ LORAS, L., «¿Apparcamos?...» *op.cit.*, pág. 45, considera que esta obligación de gratuidad también es contraria a Derecho aportando sólidos argumentos desde el Derecho de la competencia.

ha reconocido en su Resolución núm. 139/2022 que antes citábamos, donde se afirmaba que «*el término gratuidad debe ser puesto en cuarentena, pues siempre conlleva compensaciones del tipo cesión de datos, publicidad, etc.*»); siendo además problemática la instrumentación de dicha «gratuidad» en un marco contable en el que el gestor ha de separar analíticamente sus costes de gestión del servicio público de los costes imputables a operaciones de mercado en los términos que impone la Ley 4/2007 que antes citábamos y que más adelante comentaremos en detalle (y que conllevaría una subvención cruzada del servicio de cobro a cargo del servicio público).

En segundo lugar, porque la exigencia de gratuidad del cobro mediante App al gestor conllevaría una ventaja competitiva frente al resto de operadores, lo que sin la justificación oportuna supondría una ruptura de los principios de adecuación, proporcionalidad, intervención mínima y no discriminación, como pusieron de relieve las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra núm. 65/2023, de 5 de septiembre y la núm. 119/2025 del Tribunal de Contratos del Sector Público de Cataluña antes comentadas. Ciertamente, la exigencia de gratuidad por la prestación de este servicio a los distintos operadores económicos que cuentan con sus propias Apps implicaría el carácter deficitario de su prestación —no pudiendo ampararse la exigencia de gratuidad en la posibilidad que ostentan estos operadores de obtener beneficios económicos por medio de otras vías como la publicidad—, lo cual beneficiaría únicamente al contratista y, por consiguiente, restringiría la libre competencia que ha de presidir el normal funcionamiento de un servicio liberalizado.

En tercer y último lugar, imposibilitaría a los operadores de servicios de cobro a concurrir, siquiera fuese en UTE con un gestor de estacionamientos, a las licitaciones en las que se impusiese la gratuidad para el usuario del cobro mediante la App del gestor, como la anterior Resolución 139/2022 del propio TACPM había puesto de manifiesto al afirmar que «*resulta evidente que la exigencia [de no poder el gestor de los estacionamientos cobrar a los usuarios que utilizan su App] limita la posibilidad de presentarse (por ejemplo en UTE) a una empresa cuya App incluya una comisión o que operadores económicos cuyas App sean de pago puedan participar en la gestión del pago de las tasas por este método*».

3.4. Obligaciones del gestor del servicio respecto de terceros operadores de Apps

Junto a lo anteriormente expuesto, han de tenerse en cuenta dos grandes obligaciones para los gestores del servicio de zonas SER respecto de los terceros operadores que ofrecen el servicio de pago mediante Apps que se derivan de cuerpos normativos diferentes, a las que nos referimos seguidamente de forma separada.

3.4.1. *Obligación de separar las cuentas del servicio de gestión de las del servicio de cobro*

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/11/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas, se llevó a cabo por medio de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas (en adelante, «Ley 4/2007»).

El artículo 1 de esta Ley regula el objeto de la misma, determinando su apartado segundo lo siguiente:

«2. Garantizar la transparencia en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de la concesión, por parte de las Administraciones públicas ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa, cuando esta realice además otras actividades distintas de las anteriores, actúe en régimen de competencia y reciba cualquier tipo de compensación por el servicio público, así como imponer la obligación de llevar cuentas separadas y de informar sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados.»

Por consiguiente, el objetivo fundamental de esta Ley es el de evitar los abusos por parte de las empresas que tengan concedidos derechos especiales o exclusivos o se encuentren encargadas de la gestión de servicios públicos (o de servicios de interés económico general), que reciban cualquier tipo de compensación por la prestación de un servicio público y que realicen también otras actividades, como son los servicios financieros de cobro mediante Apps, que no forman parte del servicio público de gestión de las zonas SER, como se ha expuesto anteriormente. La Ley 4/2007 trata, en definitiva, de garantizar la transparencia financiera de las actividades que desarrollan estos operadores, que reciben recursos financieros derivados de una posición privilegiada (derechos especiales o exclusivos), como pueda ser su condición de contratistas de la Administración, para evitar su confusión o financiación cruzada con otros ingresos.

A los efectos de alcanzar dicho objetivo, en el Capítulo III de la Ley 4/2007 (artículos 8 a 13) se regulan las obligaciones de las empresas contratistas de la Administración (entre otras) que prestan servicios públicos para cuya gestión han recibido derechos exclusivos o especiales. Así lo dispone el artículo 8.1 de la referida Ley, que establece la definición de empresa obligada a llevar cuentas separadas:

«1. Una empresa estará obligada a llevar cuentas separadas, a los efectos de esta Ley, cuando las Administraciones públicas de ámbito estatal, autonómico o local le hayan concedido derechos especiales o exclusivos o le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general, reciba cualquier tipo de compensación por gestionar ese servicio de interés económico general o explotar esos derechos especiales o exclusivos y lleve a cabo otras actividades.»

Partiendo de la obligación impuesta a estas empresas de llevar cuentas separadas, el artículo 11 de la Ley 4/2007, por su parte, regula los criterios de asignación e imputación de los ingresos y costes:

- «En la asignación e imputación de los ingresos y costes se tendrán en cuenta los siguientes criterios:
- a) Se identificarán cada una de las actividades realizadas por la empresa, con diferenciación, en cualquier caso, entre aquellas desarrolladas por concesión de derechos especiales o exclusivos o gestión de servicios de interés económico general y otras.
 - b) A cada actividad se le asignarán los ingresos y costes que le correspondan de forma exclusiva o directa y se imputarán con criterios racionales, los comunes a dos o más actividades.
 - c) La imputación de los ingresos y costes comunes se basará en criterios o indicadores lo más objetivos posibles y que se ajusten a las prácticas más habituales a este respecto en el sector en el que la empresa lleve a cabo su actividad, siempre con la orientación de que los ingresos y costes comunes imputados a cada actividad, estén adecuadamente relacionados.
 - d) De acuerdo con el principio de uniformidad, los criterios de asignación e imputación de ingresos y costes deberán establecerse y aplicarse sistemáticamente, manteniéndose de manera uniforme a lo largo del tiempo.
 - e) Se detallarán los criterios de asignación e imputación utilizados y, en caso de que por razones excepcionales y justificadas se llegaran a modificar dichos criterios, deberá darse cuenta de dichas razones, así como de la incidencia cuantitativa de dichos cambios, a tal fin se considerará que los cambios se producen al inicio del ejercicio».

Asimismo, el artículo 9 de la Ley 4/2007 impone a estas empresas la obligación de remitir la información sobre sus cuentas al órgano competente:

- «1. Cualquier empresa que esté obligada a llevar cuentas separadas remitirá a la Intervención General de la Administración del Estado, bien directamente, cuando se trate de una empresa a la que haya concedido el derecho especial o confiado la gestión del servicio de interés general una Administración pública de ámbito estatal, o bien por conducto del órgano competente de la Comunidad Autónoma o de la Entidad Local, cuando se trate de empresas a las que haya concedido el derecho especial o confiado la gestión del servicio de interés general una Administración pública de ámbito autonómico o local, respectivamente, dentro de los siete meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, un anexo de información que no formará parte de las cuentas anuales y que no será objeto de publicación.
2. La remisión de la información anterior a la Intervención General de la Administración del Estado se realizará a los solos efectos de evitar la dispersión de datos y facilitar a la Comisión Europea dicha información de manera agregada.
3. De común acuerdo entre los órganos competentes se desarrollarán los procedimientos de remisión de la información a la que se refiere el presente artículo.
4. El anexo al que se refiere el apartado 1 de este artículo contendrá la siguiente información:
 - a) Información separada sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades realizadas por la empresa, y
 - b) Información detallada sobre los métodos de asignación e imputación empleados».

No obstante, el artículo 13 de la referida Ley regula las exenciones a la obligación de remisión de información prevista en el artículo 9. En concreto, el apartado segundo de este artículo regula en la letra c) la siguiente exención:

- «2. Se exime de la obligación del artículo 9 de esta Ley a las siguientes entidades:
 - (...)
 - c) Las empresas a las que se les haya confiado la gestión de servicios de interés económico general y que cualquiera que sea la compensación recibida, esta se haya concedido, por un período apropiado, con arreglo a un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio».

En definitiva, y a la vista de la regulación prevista en la Ley 4/2007, es presumible que las empresas contratistas que prestan el servicio público de gestión de las zonas SER estarán, normalmente, exentas de la obligación de remitir la información sobre sus cuentas al órgano competente —esto es, la intervención— del municipio contratista (arts. 13 y 9). No obstante, sí les resulta de aplicación la obligación de llevar cuentas separadas conforme a los criterios de llevanza de la contabilidad analítica previstos en el artículo 11 de la Ley, desprendiéndose de tal obligación la necesidad de diferenciar los costes e ingresos derivados de la prestación del servicio de cobro por el estacionamiento en las zonas SER.

3.4.2. *Obligación de interconexión con otras Apps*

Otra de las obligaciones que han de cumplir los gestores de las áreas SER es la de permitir la interconexión de los operadores privados ajenos al contrato a su plataforma de gestión. Como antes dijimos al comentar la doctrina establecida por las autoridades de competencia, la independencia de los servicios de cobro de la gestión del servicio y el carácter liberalizado de los primeros, conlleva el libre acceso a la prestación de los mismos, lo que exige que el operador del servicio de estacionamiento permita el acceso e interconexión a la interfaz a los sistemas del contratista que opera el servicio (Informe de la Comisión de Defensa de la Competencia de Valencia, de 24 de julio de 2018; y Dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, de 3 de junio de 2019, entre otros).

En este sentido, no podría alegarse que la interconexión a la plataforma de los operadores privados por parte de operadores terceros del servicio de cobro pueda suponer un desequilibrio del contrato pues, más bien al contrario, la apertura a que terceros operadores puedan prestar el servicio de pago por Apps y, consiguientemente, el aumento de los medios de pago válidos, reduciría los costes en los que incurre el gestor —menor gasto en parquímetros, menos comisiones de tarjetas de crédito, reducción del gasto asociado a la recogida de monedas de los parquímetros, etc.— al mismo tiempo que mantiene sus ingresos. Esta misma idea, junto con otros beneficios que se derivarían de la interconexión efectiva a la plataforma del gestor de los operadores privados, ha sido apuntada con acierto por L. Loras²⁷, que señala que

«Además, ello garantizaría una mejor estabilidad presupuestaria y gestión eficiente de los recursos públicos de los Ayuntamientos. Y es que, al aumentar el número de Apps, y por tanto el uso de las áreas SER, estos podrían reducir la densidad de parquímetros, así como todo el coste asociado a su mantenimiento y recogida de metálico. De igual modo, un mayor uso de las áreas SER redundaría en mayor recaudación para los Ayuntamientos.

Por no hablar de la cantidad de datos que se generarían sobre los flujos de tráfico y estacionamientos. Datos que los Ayuntamientos podrían usar para diseñar mejores políticas públicas de movilidad, y los prestadores de Servicios de Cobro para facilitar información en tiempo real a sus usuarios de las zonas del área SER en las que disponen de plazas disponibles, ayudando con

²⁷ LORAS, L. (2024), *¿Apparcamos? op. cit.*, pp. 46-47.

ello a reducir el tráfico y la contaminación en las ciudades, y a los usuarios varias decenas (sino centenas) de litros de combustible cada año.»

Por consiguiente, los Pliegos deberán prever la obligación del gestor del servicio de zonas SER de interconectar a su plataforma a los operadores privados que presten el servicio de pago mediante Apps móviles, y no obstaculizar mediante exigencias o barreras económicas o técnicas dicho acceso.

4. LAS RELACIONES ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

4.1. Vinculación de los órganos de contratación a la normativa de competencia: alcance y formulación del principio en relación con los servicios de cobro mediante Apps

El artículo 1 de la LCSP regula el objeto y la finalidad de la misma, estableciendo su apartado primero que la «La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar (...) la salvaguarda de la libre competencia».

Por consiguiente, la contratación pública no es ajena a las normas sobre competencia, las cuales habrán de ser respetadas por los órganos de contratación a la hora de redactar los Pliegos que habrán de regir los contratos públicos que liciten. No se trata, por tanto, de dos esferas del ordenamiento jurídico separadas herméticamente, pues la contratación pública queda vinculada a las normas de competencia. La propia LCSP contiene previsiones específicas en orden a la preservación de la competencia en los procedimientos de licitación. Así, por ejemplo, se contempla la obligación de poner a disposición de la CNMC una mayor información en materia de contratación pública (por ejemplo, se remitirá a la misma copia del informe de supervisión que en la materia ha de enviarse cada tres años a la Comisión Europea). Por su parte, el art. 132.3 de la LCSP prevé que el órgano de contratación deba comunicar a la CNMC cualquier hecho o indicio que pudieran ser contrarios a la libre competencia en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Especialmente destacable resulta, además, la regulación que realiza el art. 150.1 de la LCSP del procedimiento que pueden iniciar las mesas de contratación al dar traslado, con carácter previo a la adjudicación del contrato, de indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación a la autoridad de competencia correspondiente para que estas califiquen la conducta advertida, con las consecuencias previstas en dicho precepto y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia²⁸.

²⁸ La preocupación y la actividad de las autoridades de competencia autonómicas por esta materia es creciente, lo que llevó a la CNMC a aprobar una «Guía a los Órganos de Contratación Pública para

En este orden de consideraciones, resulta especialmente ilustrativa la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, del OARC, ya mencionada con anterioridad, a la que volvemos en este punto por la claridad de su exposición respecto a la vinculación de los órganos de contratación a las normas sobre competencia, y que justifica la extensión de la cita:

«Es doctrina reiterada de este Órgano que el poder adjudicador goza de una amplia discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su clausulado del modo que estime más adecuado para garantizar el interés general que, por definición, es el fundamento de cualquier contrato público, sin que los operadores económicos tengan derecho a exigir que el contrato se configure del modo más beneficioso para sus intereses (ver, por todas, su Resolución 139/2019). No obstante, esta potestad discrecional no carece de límites que la constriñen y la diferencian de la arbitrariedad; entre otros, y por lo que al asunto analizado se refiere, es relevante el coto a la discrecionalidad que supone el respeto a los principios generales de la contratación pública establecidos en el artículo 1.1 de la LCSP, en particular, los de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato y no discriminación y, muy singularmente, la salvaguarda de la libre competencia, el cual puede considerarse como una faceta o especificación de los dos anteriores. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que las Directivas de contratación pública “... tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de la competencia efectiva” (ver el apartado 26 de la STJUE de 3/3/2005, C-21/03, ECLI:EU:C:2005:127); asimismo, la Directiva 2014/24/UE, parámetro interpretativo obligado de la LCSP, que es la norma que la incorpora a nuestro Ordenamiento, establece en el segundo párrafo de su artículo 18.1 que “La contratación no será concebida con la intención (...) de restringir artificialmente la competencia”, añadiéndose que “Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.” Por su relevancia para el objeto de la impugnación, es importante recordar que por “operador económico” debe entenderse cualquier persona física o jurídica o agrupación de ellas que ofrezca servicios en el mercado, aunque no sea “licitador” o “candidato” en un procedimiento de adjudicación (ver los apartados 10, 11 y 12 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, la restricción artificial de la que habla la Directiva no se produce únicamente cuando su efecto es dañar o favorecer ilegítimamente a las empresas que desean obtener el contrato, sino que puede consistir también en la inserción de cláusulas que obstaculizan la libre prestación de servicios a operadores económicos distintos del adjudicatario de dicho contrato o de los licitadores o candidatos en él interesados. De hecho, incluso la decisión misma de que un servicio sea prestado únicamente por un concreto operador, seleccionado en el correspondiente procedimiento de adjudicación y con exclusión de sus competidores en el mercado (“competencia por el mercado”), en lugar de permitir que los usuarios elijan libremente entre todas las empresas que actúan en dicho mercado (“competencia en el mercado”), puede ser contraria a la libre prestación de servicios por no ser, entre las disponibles, la opción más favorable a la libre competencia (ver, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28/11/2018, nº de recurso 193/2015, ECLI: ES.AN.2018:5245)».

En la misma línea, de forma más concisa, el TACPM señala esta vinculación en su Resolución 139/2022, de 7 de abril de 2022, también citada anteriormente:

«Vistas las alegaciones de las partes, conviene destacar que en el ámbito concreto de la contratación pública, cuya regulación viene determinada por el marco de la Unión Europea, las sucesivas

la remisión de indicios de conductas contrarias a la competencia» en febrero de 2024 (<https://www.cnmc.es/guia/competencia-contratacion-publica>).

reformas de las Directivas europeas y sus normas de transposición han venido potenciando la aplicación de principios de competencia efectiva junto a otros de no discriminación e igualdad de trato entre potenciales candidatos, publicidad, transparencia y eficiencia en el gasto público, a las que deben atenerse los entes adjudicadores».

También esta necesaria observancia de las normas de competencia por los órganos de contratación ha sido reseñada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 445/2023, de 30 de marzo a la que anteriormente aludíamos:

«Lo que sí realiza la Administración como “poder adjudicador” es el diseño y la elaboración de las condiciones de la concesión de la gestión del servicio público de estacionamiento regulado que se tramita a través del procedimiento establecido en las normas administrativas. Y, en la medida que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala. De forma que las condiciones de gestión del servicio licitado no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Criterios y principios del derecho de competencia que han de aplicarse a los mercados que pueden funcionar en condiciones competitivas. Y en el supuesto de que el contrato de concesión de gestión del servicio formalmente adjudicado por una Administración implique una restricción o barrera a la competencia, dicha actuación administrativa que ejecuta o realiza prerrogativas públicas, debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo».

Ahora bien, la obligación de la Administración cuando opera como órgano de contratación de atenerse a la normativa administrativa y a la normativa de competencia no implica que la segunda actúe como un valor absoluto que ha de respetarse en todo caso. En este sentido, el TJUE, en interpretación del artículo 56 del TFUE, ha establecido en su jurisprudencia los criterios que permiten desplazar las exigencias derivadas del referido precepto, esto es, la prohibición de las restricciones a la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. Así, en la Sentencia de 23 de febrero de 2016, asunto C-179/14, el TJUE concluyó lo siguiente:

«A fin de examinar la justificación de una restricción como la controvertida en los asuntos principales, procede recordar que una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado no puede justificarse a menos que responda a razones imperiosas de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para lograrlo (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2009, UTECA, C222/07, Rec. p. I1407, apartado 25 y jurisprudencia citada)».

En el mismo sentido, la Sentencia de 7 de noviembre de 2018, asunto C-171/17, Comisión Europea v. Hungría, que menciona la Sentencia citada *ut supra*:

«En primer lugar, según jurisprudencia reiterada, una normativa nacional (...) que somete el ejercicio de una actividad económica a un régimen de exclusividad en favor de un único operador público o privado, constituye una restricción de la libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la Sentencia de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría, C-179/14, EU:C:2016:108, apartado 164 y jurisprudencia citada).

Esta restricción solo puede justificarse si responde a razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y si no va más allá de lo necesario para conseguirlo (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría, C-179/14, EU:C:2016:108, apartado 166 y jurisprudencia citada)».

En conclusión, al ser la prestación del servicio de cobro mediante Apps una prestación liberalizada, sujeta al principio general de prohibición de restricción a la libre prestación de servicios proclamado por el artículo 56 del TFUE, cualquier restricción de la misma solo podrá justificarse si en la medida restrictiva en cuestión concurren tres requisitos: (i) si responde a razones imperiosas de interés general, (ii) si es adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y (iii) si no va más allá de lo necesario para conseguirlo.

La jurisprudencia del TJUE en relación con esta cuestión ha sido plenamente acogida por los Tribunales de Contratación Pública y, más concretamente, en el ámbito de la prestación del servicio de cobro mediante Apps, como se analizará más adelante.

En este sentido, el OARC concluye la cita de la Resolución 155/2020 antes extractada señalando que,

«No obstante lo anterior, siendo la competencia un pilar fundamental de la contratación pública, no es sin embargo un valor absoluto que tenga que prevalecer siempre y en todo caso, sino que puede y debe ceder, total o parcialmente, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, ante la necesidad de asegurar otros intereses dignos de protección».

Asimismo, el TACPM también concluye la anterior cita advirtiendo lo siguiente (Resolución 139/2022):

«Por otro lado, con carácter general, las intervenciones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus actividades económicas deben responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública».

También el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en su Acuerdo 65/2023, señaló esta idea, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE:

«El análisis de las cuestiones planteadas ha de partir de que, como bien razona la anteriormente citada Sentencia 445/2023, de 30 de marzo, del Tribunal Supremo, la entidad contratante, en el diseño y elaboración de las condiciones del contrato de prestación del servicio de estacionamiento regulado, en la medida en que afecta a actividad económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia; de forma que las condiciones del servicio a licitar no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Consideraciones que no van sino en la línea de lo razonado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234, cuando expone que “Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663,

apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65)».

Partiendo de tales consideraciones, a continuación se analizarán las distintas razones a los que se han acogido los órganos de contratación para establecer tales limitaciones y restricciones a la competencia para la prestación de este servicio, a efectos de determinar si las mismas se acogen o no a los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE para ello.

4.2. Prácticas restrictivas y obstruccionistas del libre acceso al servicio de pago mediante Apps

Del análisis de los contratos de gestión de las zonas SER publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como de la doctrina de los Tribunales de Contratación Pública en aquellos asuntos relacionados con esta materia, se extraen una serie de reticencias y alegaciones que los órganos de contratación formulan para negar el libre acceso al servicio de pago mediante Apps, las cuales se analizarán en el presente apartado con la finalidad de determinar si responden o no a razones de interés general que las avalen a la luz de las consideraciones que acaban de hacerse sobre el principio de libre acceso en el marco de la libre competencia.

La primera de estas alegaciones formuladas por los órganos de contratación se ampara en el hecho de que permitir a operadores privados el acceso a la prestación del servicio de cobro mediante Apps podría dar lugar a una supuesta inseguridad jurídica frente a reclamaciones patrimoniales, del mismo modo que supondría un incumplimiento de la normativa de protección de datos personales.

En la Resolución 155/2020 del OARC, el Ayuntamiento de Tolosa expresa estas inquietudes en los siguientes términos en sus alegaciones al recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a los Pliegos del contrato «*Servicios para el control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (OTA)*»:

«Permitir el libre acceso al sistema de cualquier operador con una mera declaración responsable vulneraría la normativa sobre protección de datos personales y las prevenciones establecidas en el PCAP a estos efectos. Por otro lado, se alega que este tipo de actuaciones acarrearía inseguridad jurídica a los usuarios y a la Administración frente a cualquier reclamación patrimonial (...).»

No obstante, el OARC no admite ninguna de estas dos alegaciones. En concreto, respecto a la supuesta inseguridad jurídica frente a reclamaciones patrimoniales, señala lo siguiente:

«1) Se afirma que autorizar cualesquiera aplicaciones supondría que estas quedarían fuera del control del Ayuntamiento y que se comprometería la seguridad y fiabilidad del sistema, dado que cualquier empresa podría participar en un contrato público sin haber observado lo dispuesto en la LCSP sobre solvencia, garantías u otras cuestiones. Este argumento no es aceptable; es claro que, si el poder adjudicador permitiera que los usuarios del SER utilizaran cualquier aplicación de pago móvil para abonar las deudas contraídas con él derivadas de la prestación de dicho servicio, ello no supondría que quienes exploten las citadas aplicaciones pasasen a ser parte del

contrato (con independencia del procedimiento que podría establecerse para que estos solicitaran al contratista el acceso al sistema). Por el contrario, el negocio jurídico se conformaría entre quien decida abonar el pago mediante una de estas aplicaciones y el operador económico que la explota, y en esta relación no sería aplicable la LCSP, que solo se aplica a los contratos descritos en su artículo 2.1. Por otro lado, es claro que la LCSP no se ocupa del control que las Administraciones deban ejercer sobre las empresas que actúan en el mercado, y el informe del poder adjudicador no concreta ninguna norma que le atribuya alguna competencia en la materia, ni cita precepto infringido alguno».

A lo que añade:

«A juicio de este Órgano, no es consistente la alegación de que abrir el pago móvil a cualquier prestador del servicio acarrearía inseguridad jurídica a los usuarios y a la Administración frente a cualquier reclamación patrimonial; la sentencia que el Ayuntamiento cita, desde luego, solo demuestra que las aplicaciones (cualquier aplicación, incluida la que elija el poder adjudicador) pueden tener fallos operativos que pueden derivar en litigios sobre el cumplimiento de la normativa reguladora del SER, pero no es un caso de inseguridad jurídica ni puede poner en duda globalmente todo el sistema».

De la postura del OARC se desprenden dos ideas fundamentales: en primer lugar, pone de manifiesto lo expuesto con anterioridad, esto es, que el negocio o la relación jurídica que surgen entre el usuario que utiliza la App de un tercero que presta el servicio de cobro en una zona SER y este es de Derecho privado y, por consiguiente, no se encuentra regulada por la LCSP, norma de Derecho público. Es decir, en un eventual supuesto de responsabilidad por el incorrecto funcionamiento de la App de un operador tercero ajeno al contrato, ello no podría dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues la responsabilidad sería, en todo caso, del tercero operador por un incumplimiento de las normas reguladoras de la zona SER. Además, hemos de recordar que el servicio de pago mediante App no es de competencia municipal por no formar parte del servicio público al que se refiere el artículo 25.2.g) de la LBRL; sin perjuicio de que, como hemos venido afirmando, dicha actividad pueda contemplarse en los Pliegos como prestación accesoria, con esos limitados efectos.

La segunda idea es que permitir el acceso a cualquier prestador del servicio de pago mediante Apps no produciría inseguridad jurídica para los usuarios en caso de fallos operativos de la App, pues la posibilidad de que la App de un operador privado falle no es, *a priori*, superior a la probabilidad de fallo de la App del contratista.

Por su parte, en cuanto a la protección de datos personales, el OARC expresa tras analizar el PCAP en cuestión que,

«No puede compartirse la afirmación de que posibilitar que cualquier operador económico que preste el servicio de aplicaciones de pago móvil pueda acceder al sistema con una mera declaración responsable sería incompatible con la cláusula 41 del PCAP (en la parte estandarizada del pliego), que establece una serie de prevenciones cuando la ejecución del contrato requiere el tratamiento por el adjudicatario de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Esta alegación es contradictoria con el apartado 1 del Anexo I del PCAP de Características del Contrato (parte del documento que contiene las especificaciones del contrato impugnado; ver, en este sentido, la Resolución 136/2018 del OARC/KEAO), que señala literalmente en el epígrafe “Cesión y tratamiento de datos” lo siguiente: “Contrato cuya ejecución no requiere el

tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”, lo que significa que el poder adjudicador entiende que la citada cláusula 41 no es aplicable al contrato por no darse el supuesto de hecho para ello.»

La inadmisión de estas dos alegaciones por el OARC implica asentar el criterio de que los órganos de contratación no podrán prohibir o limitar la posibilidad de que terceros operadores presten el Servicio de Cobro mediante Apps amparándose en estas circunstancias, pues no responden a razones imperiosas de interés general.

Otra de las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Tolosa en la Resolución del OARC que venimos analizando se ampara en el hecho de que el cobro de una comisión por estos terceros operadores por el uso de su App conllevaría una vulneración de la normativa fiscal, así como que tales comisiones serían contrarias a la normativa de protección de los consumidores. El órgano de contratación expresa sus inquietudes al respecto en los siguientes términos:

«Los pliegos establecen que el uso de la aplicación móvil de pago en ningún caso podrá suponer un incremento en el precio a pagar por los usuarios del aparcamiento; es decir, lo que no podrá hacerse es repercutir el coste a los usuarios, pero ello no quiere decir que la empresa no pueda obtener contraprestación por otras vías, como la publicidad. El Ayuntamiento afirma que esta cláusula se justifica por la protección de los derechos de los usuarios, aportando a tal efecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 2/3/2017, asunto C-568/2015, ECLI:EU:C:2017:154, asimismo, el cobro de comisiones por pagar el servicio de aparcamiento mediante el móvil es una exacción ilegal por no estar prevista en la vigente Ordenanza Fiscal, de modo que la pretensión de la recurrente vulneraría la autonomía municipal e implicaría un cambio normativo impuesto por voluntad de un tercero con intereses económicos en la operación.»

No obstante, tales alegaciones no son admitidas por el OARC. La relativa a la exacción fiscal es desestimada en los términos citados con anterioridad en este Informe (apartado 2.3). Respecto a la alegación relativa a la protección de los usuarios, el Tribunal expone lo siguiente:

«Debe desestimarse el argumento de que el poder adjudicador de que la exigencia de que no haya gastos para el usuario por pagar con la aplicación móvil deriva de la protección que la legislación garantiza a los citados usuarios, de la cual la Administración debe ser la primera garante. Más allá de esta declaración retórica, el Ayuntamiento no concreta cuál es la norma infringida ni el título competencial que le asiste para concretar dicha protección mediante una cláusula contractual, más allá de mencionar la STJUE de 2/3/2017, C-568/2015, ECLI:EU:C:2017:154, que no tiene relación con el tema analizado, lo que convierte la alegación en una injustificada descalificación, global y “a priori”, como contrario a los derechos de los consumidores, del negocio prestado por las empresas que ofrecen el servicio debatido, el cual es, en principio, una actividad plenamente legal».

La última de las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Tolosa, que es expresada como corolario de las anteriores, es que el fin último de las medidas restrictivas de la competencia llevadas a cabo y denunciadas por el recurrente tienen como finalidad última «ofrecer un servicio con los menores costes para los usuarios del mismo». Al respecto, el Tribunal argumenta lo siguiente:

«Partiendo de la consideración de que el único argumento de los alegados por el Ayuntamiento que, en principio, puede justificar válidamente la restricción de la competencia denunciada por el recurrente es favorecer al usuario concediéndole la posibilidad de un medio de pago sin coste para

él, debe evaluarse, bajo esa premisa, si las cláusulas impugnadas son adecuadas para garantizar la finalidad que se persigue y si el perjuicio a libre competencia que causan no van más allá de lo estrictamente necesario, de modo que no exista otra forma menos lesiva para este principio que permita lograr la finalidad perseguida».

A la luz de esta consideración, el OARC desestima este argumento en atención a dos motivos fundamentales:

«1) De acuerdo con el apartado 3 del PPT, los medios de pago a disposición del usuario son las monedas, las tarjetas magnéticas (se sobreentiende que se trata de las tarjetas de crédito o débito con uso magnético, emitidas normalmente por una entidad bancaria) y la aplicación móvil. Debe tenerse en cuenta que, entre ellos, las monedas ya son un medio de pago que, en todo caso, satisface el requisito de no suponer ningún gasto adicional para el usuario, y que muchas de las tarjetas que operan en el mercado, y que los usuarios pueden elegir (a las que los pliegos no señalan ninguna especificación al respecto), también cumplen esta condición, lo que relativiza la importancia de la finalidad que la restricción busca garantizar. Por otro lado, debe recordarse que el servicio de pago móvil gratuito es, en todo caso, una prestación accesoria respecto a la principal que, a diferencia de aquella, no se refiere a un servicio público legalmente atribuido al poder adjudicador. 2) En cualquier caso, para que se cumpla el objetivo de que los usuarios dispongan de una aplicación de pago móvil gratuita no es necesario excluir la posibilidad de que, además de la ofrecida por el contratista, los citados usuarios puedan elegir otra aplicación distinta, sea o no de pago, de la que proponga el adjudicatario, por lo que no se ha acreditado la proporcionalidad de la restricción a la competencia ni que no existieron posibilidades menos lesivas para la competencia para obtener el beneficio de los usuarios que justifica la decisión adoptada.»

Otra posible práctica restrictiva del libre acceso al servicio de pago mediante Apps consiste en la exigencia impuesta a los operadores terceros de obtener una autorización municipal como requisito previo para poder interconectarse con la plataforma del gestor del servicio. Esta cuestión, si bien de forma insuficiente a nuestro entender, es tratada por la Resolución 139/2022, de 7 de abril de 2022, del TACPM, también analizada con anterioridad respecto a otros extremos:

«En el caso que nos ocupa, los nuevos pliegos reconocen que la prestación del servicio de cobro no será exclusiva del adjudicatario, ni que la App a utilizar se a las que ya están operativa en el Ayuntamiento de Alcobendas. Ahora bien, la entrada de otros operadores está supeditada a la obtención de una autorización municipal en base a los requisitos de homologación que, en su momento, aprueben los responsables municipales de los departamentos de Nuevas Tecnologías, Informática y Policía Local. No corresponde a este Tribunal prejuzgar en este momento la futura regulación municipal referente a la entrada de otros operadores económicos, ya que, en caso de no ser conforme a las normas sobre competencia, tienen a su disposición los cauces legales para la defensa de sus derechos.»

La misma práctica es objeto de análisis en la también mencionada Resolución 140/2024, de 4 de abril de 2024, del TACPM:

«En el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App, todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración. En aras de mantener la libre competencia en este mercado, resulta necesario que se permita el acceso a la plataforma integral del contrato a todos los operadores que estén interesados en ello.

El Ayuntamiento de Alcalá de Henares no es ajeno a esta interpretación y en los pliegos de condiciones elaborados a estos efectos ha incluido el matiz de la obtención de una autorización

municipal y unos determinados requisitos de homologación que en su momento tramitará el servicio municipal correspondiente. No corresponde a este Tribunal prejuzgar en este momento la futura regulación municipal referente a la entrada de otros operadores económicos, ya que, en caso de no ser conforme a las normas sobre competencia, tienen a su disposición los cauces legales para la defensa de sus derechos.

No obstante, según manifiesta el órgano de contratación en la cláusula 3.3 del PCAP, se aprecia claramente la igualdad de requisitos exigidos a todos los licitadores. En dicha cláusula se establece la solvencia económica, financiera y técnica de los licitadores, pero es en la cláusula 12.3.2 donde se recoge la solvencia e idoneidad de los operadores integrados o no integrados que pongan a disposición de la gestión de cobro de estas tasas, sin constar distinción alguna entre la propia del concesionario y otras que puedan concurrir en la prestación del servicio. Es más, el apartado mencionado hace alusión inicial a la aplicación propia del concesionario y extensión al resto.

(...)

Por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.»

Teniendo en mente lo anterior, los Ayuntamientos podrán contemplar, al establecer el régimen jurídico del servicio al que se refieren los artículos 284.2, 287.2 y 312 de la LCSP, que las prestaciones accesorias al mismo consistentes en el servicio de cobro, se sometan a un régimen de control de acceso siempre que la regulación municipal se ajuste a las previsiones del artículo 9.2 de la Ley 17/2009, así como a los artículos 5 y 17 de la LGUM, lo que habrá de acreditarse motivadamente por la Administración titular del servicio²⁹; o, lo que parece más adecuado al principio de proporcionalidad e intervención mínima, a una declaración responsable del operador, en el entendido de que, con carácter general, el ejercicio de actividades liberalizadas no deben someterse a un medio de control preventivo (arts. 4 de la LRJSP, 84 *bis.1* LBRL y 9.1 Ley 17/2009), siendo suficiente una declaración responsable que permite el control *ex post*³⁰.

5. VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COBRO

Las prácticas restrictivas (o proscritas, en general) pueden atacarse desde diferentes flancos (no necesariamente excluyentes), y la procedencia de cada vía depende de diferentes factores (por ejemplo, de la posición que ocupe la Administración).

²⁹ Como afirmó la STJUE de la superliga (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023, que declaró que el sistema de autorización previa de la UEFA y la FIFA para la creación de nuevas competiciones era ilegal, «para que un régimen de autorización previa del tipo que estas normas instauran pueda considerarse justificado, este debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación que confieren a la instancia habilitada para conceder o denegar esta autorización previa y se evite que esta facultad se utilice de manera arbitraria (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, EU:C:2002:34, apartado 35, y de 13 de junio de 2019, TopFit y Biffi, C-22/18, EU:C:2019:497, apartado 65).»

³⁰ En este sentido se pronuncia LORAS, L., *loc. cit. supra*.

Para el estudio de todas las diferentes posibilidades, lo mejor es circunstanciar cada una de las vías. Y respecto de cada una, analizar los factores, pues no tienen por qué ser comunes para todas las fórmulas de reacción.

En lo sucesivo se analizarán, por consiguiente, cada una de las diferentes vías de reacción.

5.1. Impugnación/alegaciones frente a los Pliegos

Cuando las irregularidades se encuentren directamente en los pliegos, los medios de reacción que han de valorarse son lo que se contemplan en la LCSP.

La LCSP contempla dos vías para mostrar la disconformidad con el contenido de un pliego: (i) la solicitud de aclaraciones; y (ii) el recurso especial en materia de contratación.

5.1.1. *La solicitud de aclaración de los Pliegos*

El artículo 138.3 de la LCSP establece que:

«En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».

La lectura del precepto transcrito permite apreciar con facilidad que esta vía tiene una limitación real, que se refiere a que sólo permite «aclarar». Es decir, esta vía no es una vía de impugnación propiamente dicha.

Sin perjuicio de que la vía del artículo 138.3 de la LCSP no sea una vía de impugnación, la práctica pone de relieve que permite poner en conocimiento del órgano la existencia de aspectos grises o interpretables. Y que en no pocas ocasiones desencadena una actuación revisora de oficio o de desistimiento, incluso, de la licitación.

5.1.2. *El recurso especial en materia de contratación: la cuestión de la legitimación*

La fórmula de impugnación que rige en las relaciones contractuales sometidas al ámbito de la LCSP es el recurso especial en materia de contratación.

Asumimos que las consideraciones generales sobre esta vía se conocen, por lo que sólo nos detendremos en el principal aspecto conflictivo: la legitimación. Y la trataremos al margen de que Easy Park cuenta con resoluciones de tribunales que se la reconocen, toda vez que eso no garantiza que el resto actúe del mismo modo.

El artículo 48 de la LCSP establece que:

«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

El esquema de atribución de legitimación es similar al que opera en otros ámbitos. En concreto, al que opera en vía administrativa y en vía contencioso-administrativa.

El escollo está en que la doctrina ha sostenido que, al margen de supuestos muy específicos, y de aquellos otros que refieren la legitimación de agrupaciones (sindicatos, etc.), están activamente legitimados quienes presenten oferta, o quienes no la presenten pero justifiquen que no presentan oferta porque los pliegos introducen restricciones de tal índole que le han impedido participar (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).

Esto puede sostenerse con carácter general, pero no se puede admitir en Derecho que ese resumen sea lo único que se sostenga en el artículo 48 de la LCSP, toda vez que este refiere que lo relevante es que quien recurra pueda resultar afectado de forma *directa o indirecta* por la resolución que se dicte.

Si se acude al concepto de legitimación que han acuñado los tribunales se comprueba que se trata de un concepto amplio que persigue habilitar a quien acredite que con el resultado de la impugnación puede obtener un beneficio directo, y no una mera expectativa. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre sentaba que «lo trascendente es la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, F 4)».

Si el pliego pone de relieve que en la ejecución del contrato existirá una restricción real para que los operadores puedan prestar el servicio de pago mediante App, debe entenderse que esta tiene un interés material, real, cierto y específico en que la restricción quede eliminada. Cabe sostener, por tanto, que los operadores del servicio de cobro están legitimados para activar el mecanismo del recurso especial en materia

de contratación, siendo la complejidad la de explicar que, en efecto, cualquier limitación que se recoja en unos pliegos le afectan de forma directa y, por consiguiente, debe permitirse su acción. Entendemos, por tanto, que el criterio jurídicamente acertado es el sostenido por el Tribunal vasco de recursos contractuales anteriormente referido, que trata la legitimación de Easy Park desde la perspectiva literal, al sentar que:

«Según el artículo 48 de la LCSP, la legitimación para la interposición del recurso especial, lejos de limitarse a los operadores económicos interesados en obtener el contrato, alcanza a “...cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, amplísima descripción en la que sin duda cabe una empresa que estima que la configuración del contrato recorta indebidamente la posibilidad de prestar sus servicios en el mercado sin necesidad de participar en la licitación».

5.2. Vías posibles a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia

i) Las prácticas proscritas por las normas rectoras de la defensa de la competencia que pudieran ser de aplicación en este caso

La defensa de la competencia se fundamenta constitucionalmente en el artículo 38 de la CE, que reconoce el derecho a «*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*», y que esta esté garantizada y protegida por los poderes públicos.

La norma de cabecera sobre el interés público o estructural que representa la competencia en el funcionamiento de los mercados es la LDC, que contiene un catálogo de actuaciones proscritas por entender que afectan al normal desarrollo de los mercados. En este punto nos limitaremos a dejar apuntadas las prácticas que se califican en la norma como contrarias a Derecho que pudieran operar en el ámbito aquí analizado, que son las conductas colusorias y el abuso de la posición dominante.

Según dispone el artículo 1 de la LDC, por práctica colusoria se entiende «*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*».

Además de este concepto amplio, la norma recoge un catálogo de prácticas que se entienden directamente como colusorias y, en concreto, contrarias al ordenamiento jurídico.

A los efectos que nos ocupan, la norma repudia aquellas prácticas que consistan en la «*aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*»; en la «*subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos*».

Por su parte, el artículo 2 de la LDC se refiere al abuso de la posición de dominio, que puede consistir, entre otras, en «la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos» (artículo 2.2.a de la LDC); en «la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros» (artículo 2.2.d de la LDC); y en «la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos» (artículo 2.2.e de la LDC).

Sin perjuicio de la calificación de las actuaciones, puede sostenerse que estos dos preceptos podrían subsumir la problemática que nos afecta.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública (en el que el sujeto al que se le imputa la actuación contraria al ordenamiento es siempre una Administración o ente del sector público), la posibilidad de aplicar la LDC no se circunscribe a la Administración, sino que principalmente les resulta de aplicación a personas físicas y jurídicas no públicas.

Esto hace que, en lo sucesivo, debamos distinguir entre sujetos públicos y privados.

ii) Los criterios de aplicación de la LDC a la actividad de la Administración y demás entidades del sector público cuando actúan como poderes adjudicadores

La aplicación de la LDC a las actuaciones de las Administraciones no ha sido un aspecto pacífico, sino que ha sido preciso definir en qué condiciones estas actúan en cumplimiento de una ley (y ejercitando potestades claras), y en qué condiciones lo hacen en una actividad de mercado, como cualquier operador.

La jurisprudencia ha aclarado que «la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que esta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia» [Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 294/2013); de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013); y de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021)].

La «capacidad» de que se trate «para incidir en el mercado y restringir la competencia» depende exactamente de eso. Es decir, ha de estarse a analizar el efecto, y el grado de participación de la Administración, porque la jurisprudencia ha aclarado que «la participación en esa actividad económica, y, por tanto, en la conducta infractora definida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.» [Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013)].

Ahora bien, no cualquier forma de participación se puede asimilar a una participación proscrita por la LDC. Y es que el artículo 4 de la LDC contempla exclusiones

específicas que plantean problemas interpretativos. En concreto, el artículo 4 de la LDC establece que:

- «1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.
2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

Este precepto ha sido interpretado en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, que ha aclarado que «el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 —como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989— no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad —expresa o implícita— de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007» [Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 294/2013)].

Lo anterior puede hacer pensar que acoge todos los supuestos posibles, pero en el ámbito de la contratación del sector público se ha venido interpretando la norma en otro sentido. Así, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 445 de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021) sostuvo que «[c]on la licitación del servicio, el Ayuntamiento no interviene en la prestación del servicio de estacionamiento, ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como “poder adjudicador” de una concesión local, en la terminología del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y sometido a la legislación de los contratos públicos (LSCP) siendo la empresa adjudicataria la que presta y gestiona el servicio de estacionamiento regulado».

Lo que supone lo anterior es una exclusión de la actividad de las Administraciones del ámbito de aplicación de la LDC cuando actúen como poder adjudicador, pero que no puede entenderse en términos absolutos, como exclusión total. La afirmación de irresponsabilidad del poder adjudicador que hace el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada es ciertamente discutible, porque, aunque de forma indirecta (a través de un tercero) el que presta y gestiona el servicio sigue siendo el Ayuntamiento quién controla al gestor a través de sus facultades de policía. Esto es, la forma en la que un gestor presta (o no presta) un servicio es directamente atribuible al gestor, pero también indirectamente atribuible al Ayuntamiento (culpa *in redactando*, *in eligendo* o *in vigilando*). De hecho, esta posibilidad está comúnmente admitida en la legislación de contratos como excepción de la responsabilidad del contratista frente a terceros en el ámbito de la ejecución del contrato.

Desde los distintos mecanismos represivos que articula la LDC para la consecución del fin tuitivo que la informa, ha de subrayarse que esta norma no se puede concebir exclusivamente como una norma sancionadora, precisamente porque de concebirla así, según hemos visto, las actuaciones de las Administraciones y demás

entidades del sector público como poderes adjudicadores quedarían fuera de su ámbito de aplicación.

La defensa de la competencia no siempre tiene naturaleza infractora. La LDC asocia dos posibles consecuencias a las prácticas proscritas: la nulidad y la nulidad acompañada de la correspondiente sanción.

La implicación de que una Administración actúe como poder adjudicador conlleva tan solo que no puede ser sancionada, pero no que no le resulte de aplicación la LDC. Es lo que explica que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021) afirme que:

«[lo] que sí realiza la Administración como “poder adjudicador” es el diseño y la elaboración de las condiciones de la concesión de la gestión del servicio público de estacionamiento regulado que se tramita a través del procedimiento establecido en las normas administrativas. Y, en la medida que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenderse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala. De forma que las condiciones de gestión del servicio licitado no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Criterios y principios del derecho de competencia que han de aplicarse a los mercados que pueden funcionar en condiciones competitivas. Y en el supuesto de que el contrato de concesión de gestión del servicio formalmente adjudicado por una Administración implique una restricción o barrera a la competencia, dicha actuación administrativa que ejecuta o realiza prerrogativas públicas, debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo.»

Tras estas consideraciones pueden señalarse las vías que la LDC contempla para denunciar conductas proscritas.

iii) Vías de impugnación de las prácticas de la Administración a propósito de la LDC

La LDC contempla distintos procedimientos para depurar la legalidad de prácticas que pudieran afectar al mercado en términos no deseados. No obstante, estos procedimientos específicos tienen una vocación claramente sancionadora, por lo que, según se ha expuesto anteriormente, no serían de aplicación a nuestro caso.

De todas las vías que se contemplan en la LDC, en consecuencia, la vía más oportuna para depurar acciones anticompetitivas imputables a las Administraciones públicas en su actuación de ordenación y contratación de los servicios de estacionamiento regulado sería la del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (idéntico al artículo 12.3 de la LDC anterior a la reforma operada por la Ley 3/2013), que establece lo siguiente:

«En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.»

Este mecanismo se activa mediante la formación de denuncias, que pueden ser formuladas por cualquier persona física o jurídica.

Ha de hacerse notar que este no es realmente un mecanismo, sino más bien el reconocimiento de la legitimación de la CNMC, porque la eventual impugnación que efectuara la CNMC seguiría los cauces normales de la LJCA.

iv) La LDC como norma sustantiva

En los apartados anteriores se ha analizado bajo qué circunstancias pueden aplicarse los procedimientos de la LDC a la actuación de las Administraciones y demás entes del sector público.

Esto no nos puede llevar a pensar que fuera de estos supuestos no cabe hablar de la aplicación de la norma, que siempre puede invocarse como norma sustantiva.

La LDC incorpora mandatos que resultan aplicables con carácter general. Es decir, que deben observarse necesariamente por la Administración y por los sujetos de Derecho privado.

Esto significa que la LDC es una norma que puede invocarse en el seno de un recurso especial en materia de contratación, o en cualquier procedimiento de impugnación de legalidad.

v) Los criterios de aplicación de la LDC a la actividad de los sujetos de derecho privado y las vías de impugnación de la LDC

La posibilidad de ser un sujeto infractor o que, simplemente, actúa en contra de la LDC se simplifica si hablamos de un sujeto de derecho privado.

Lógicamente, los requisitos que se han analizado anteriormente siguen siendo preceptivos, pero el más complejo (que se refiere a discernir si la Administración actúa como poder adjudicador o como otra cosa) desaparece.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021) afirmó que «[c]on la licitación del servicio, el Ayuntamiento no interviene en la prestación del servicio de estacionamiento, ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como “poder adjudicador” de una concesión local, en la terminología del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y sometido a la legislación de los contratos públicos (LSCP) siendo la empresa adjudicataria la que presta y gestiona el servicio de estacionamiento regulado». Pues bien, esta afirmación entraña una atribución velada de responsabilidad. Es decir, al descartar que el Ayuntamiento fuera sujeto infractor de la LDC, implícitamente reconoce que sí podría serlo el adjudicatario. Como expresamente reconoce la citada sentencia acto seguido, al afirmar que «no sucede lo mismo con la UTE adjudicataria que presta en exclusiva el servicio de estacionamiento regulado que ha de ajustar su actuación a las reglas de la competencia».

Así las cosas, y salvado lo anterior, lo que se ha expuesto anteriormente puede asumirse para las relaciones con entes privados.

5.3. Vías posibles a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado

i) La garantía de la unidad de mercado

Por más que no se refiere expresamente en la CE, el principio de unidad de mercado es uno de los más elementales que pueden identificarse con los que se recogen en el artículo 139.2 de la CE. En concreto, la STC 88/1986, de 1 de julio, refería que «[e]sta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin trabas por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica» (reiterado en las SSTC 208/1999, de 11 de noviembre; y 96/2013, de 23 de abril).

Sin discusión, por tanto, de la importancia de este principio, se han sucedido cambios normativos constantes hasta que, finalmente, la protección del principio ha adquirido autonomía propia en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

Esta norma definía como objetivo principal «garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial». Y para ello, de entre otras muchas, diseñó procedimientos específicos para reaccionar ante prácticas³¹ que pudieran tener una incidencia negativa sobre el principio.

Estos procedimientos específicos se contemplan en la norma en sus artículos 26 a 28 y en su disposición final primera, y tienen una doble vertiente: de un lado, los artículos 26 a 28 tienen una proyección administrativa, que se encamina a que los órganos administrativos con competencias para velar por la unidad de mercado puedan actuar en caso de prácticas que incidan sobre ella; y de otro lado, la disposición final primera, con una vocación netamente judicial, modifica la Ley 29/1998, de 13 de

³¹ Por prácticas nos referimos a toda la actividad impugnada, en los términos que resultan de la interpretación sistemática del artículo 26.1 de la LGUM y del artículo 25 de la LJCA. Sobre el particular, son de especial interés los trabajos de ALONSO MÁZ, M^aJ., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Wolters Kluwer España, 2014; GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «Panorama de los procedimientos administrativo y contencioso-administrativo especiales de protección de la unidad de mercado a los dos años de la promulgación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», *Actualidad administrativa*, núm. 12, 2015; MARTÍN VALERO, M^aJ., «El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2020; PADRÓS I REIG, C., y MACÍAS CASTAÑO, J. M^a, «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014; y RODRÍGUEZ BEAS, M., «Las vías administrativas de recurso a debate», Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (coord. por F. LÓPEZ RAMÓN), INAP, 2016.

julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que pasa a acoger un procedimiento especial para la defensa de la unidad de mercado.

Podemos destacar 4 vías de reclamación o procedimientos: (i) el procedimiento del artículo 26; (ii) el procedimiento del artículo 27, que en realidad es complementario y continuación del que se establece en el artículo 26; (iii) el procedimiento del artículo 28; (iv) y el procedimiento de la disposición final primera, que introdujo los artículos 127 bis a 127 *quater* en la LJCA y que fija una procedimiento contencioso-administrativo especial que, además, sólo puede iniciarse por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Todos estos procedimientos presentan como característica común su objeto limitado. Es decir, no son procedimientos ordinarios, sino que tienen naturaleza de especiales y, por consiguiente, un objeto que sólo comprende la defensa de la unidad de mercado. La acotación del objeto de tales procedimientos ha de entenderse como un mecanismo que contempla la propia norma para que se cumplan sus determinaciones. En consecuencia, a través de estos procedimientos sólo pueden hacerse valer las determinaciones de la propia LGUM.

ii) Principios que protege la LGUM

La LGUM emplea el término de «*libertad de establecimiento y circulación*» para acoger una serie de principios que, de no respetarse, activan los mecanismos de protección por entenderse que se está ante prácticas proscritas.

Los principios que se protegen con la LGUM son los siguientes:

i. La no discriminación (art. 3): se concibe desde la perspectiva territorial. Es decir, como una prohibición de que el lugar de residencia o establecimiento del operador le suponga una merma de sus derechos.

ii. La cooperación y la confianza mutua (art. 4): se configura como un mandato de uniformidad en la aplicación de la norma.

iii. Necesidad y proporcionalidad de las actuaciones (art. 5, que ha de leerse en relación con los artículos 17 y 18 de la LGUM): impone la prohibición de establecer límites en el acceso a la actividad económica de cualquier tipo, o de fijar requisitos para ello, sin que se justifique la razón imperiosa que lo motiva.

iv. Justificación (en línea con lo anterior, y acogido en los mismos preceptos citados) de la necesidad imponer los límites o requisitos de que se trate y de que, de todos los posibles, son los menos restrictivos.

v. Simplificación de cargas (art. 6): se encamina a aliviar las cargas que padecen los ciudadanos en sus relaciones con la administración, como fórmula de homogenizar el mercado y, por tanto, el acceso al mismo.

Desde la óptica del Derecho de la Unión Europea, son constantes los pronunciamientos que han abundado en que «*el principio de igualdad de trato o de no discriminación, consagrado en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de*

la Unión Europea, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado» (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, ap. 47; de 12 de mayo de 2011, Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo, C-176/09, ap. 31; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, ap. 55; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, ap. 23; de 3 de mayo de 2007, Advocaaten voor de Wereld, C-303/05, ap. 56; y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, ap. 95).

Por su parte, y ahora desde la perspectiva del Derecho nacional, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de examinar detenidamente el alcance del artículo 5 de la LGUM, relativo a los «principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes», en su la Sentencia 79/2017, de 22 de junio (rec. núm. 1397/2014), donde afirmó que

«El artículo 5 supone:

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 .

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE , pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, “cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma” ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son “constitucionalmente adecuadas”, esto es, si la medida cuestionada “constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política” (STC 53/2014, de 10 de abril , FJ7)».

Pues bien, en este ámbito es en el que se mueve la LGUM y, por consiguiente, el que delimita el objeto de los procedimientos especiales de defensa de la unidad de mercado que contempla.

iii) Procedimientos especiales que contempla la LGUM para la defensa de la unidad de mercado

A) Procedimientos de los artículos 26 y 27 de la LGUM

Los artículos 26 y 27 de la LGUM contemplan dos procedimientos que están indisolublemente ligados entre sí. Así, el procedimiento del artículo 27 de la LGUM no es más que la continuación del procedimiento que se establece en el artículo 26 del mismo texto normativo.

Estos dos preceptos contemplan la posibilidad de solicitar (mediante una reclamación) a las autoridades competentes (la Secretaría para la Unidad de Mercado y la CNMC) que promuevan actuaciones encaminadas a que la administración cambie el criterio que se entiende contrario a la norma.

El artículo 26 de la LGUM prevé un procedimiento muy ágil y relativamente amplio en cuanto a su ámbito objetivo. No obstante, en el entendido de que la actividad que planteamos impugnar siempre serán pliegos, este procedimiento no resulta aplicable.

El artículo 26.1 *in fine* de la LGUM establece que:

«No podrá interponerse esta reclamación contra actuaciones que sean susceptibles de recurso administrativo especial en materia de contratación o en el caso de que los interesados hayan manifestado su conformidad con una resolución sancionadora».

Esta limitación no figuraba en el texto original del artículo 26 de la LGUM, sino que fue introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, que operó una reforma de la LGUM relativamente destacable.

La vía del artículo 26 de la LGUM fue un recurso útil para los operadores de los contratos del sector público. Es más, existen informes de la CNMC que abordan supuestos parecidos a las prácticas restrictivas que aquí hemos analizado. No obstante, como se señalaba, con la reforma operada por la Ley 18/2002, el procedimiento del artículo 26 de la LGUM deja de ser una vía de impugnación posible.

En consideración a que el artículo 27 de la LGUM es una continuación del procedimiento previsto en el artículo 26 de la LGUM (para instar a que sea la CNMC quien impugne ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la práctica que se presume contraria a la libertad de establecimiento y circulación), una vez descartada la posibilidad de hacer uso del procedimiento del artículo 26 de la LGUM, también debemos descartar la vía del artículo 27 de la LGUM.

Lo mismo sucede con el procedimiento contencioso-administrativo especial que introduce la disposición adicional primera de la LGUM, que ha dado lugar los artículos 127 *bis a quater* en la LJCA.

El procedimiento especial de los artículos 127 *bis a quater* de la LJCA es, a su vez, una de las posibles consecuencias de iniciar los procedimientos de los artículos 26 y

27 de la LGUM, por lo que, descartada la posibilidad de hacer uso de estos, también se descarta la aptitud de aquel.

B) El procedimiento del artículo 28 de la LGUM

El artículo 28 de la LGUM configura un procedimiento *adicional* (la norma lo cataloga como «*mecanismo adicional*») para aquellos casos en los que no resulte aplicable el artículo 26 de la LGUM.

Este procedimiento es menos incisivo que los de los artículos 26 y 27 de la LGUM porque no plantea la actuación de la CNMC de forma activa, sino de la Secretaría para la Unidad de Mercado. Y porque el papel de esta se limita a recabar información de diferentes administraciones (a las que denomina *puntos de contacto*), que podrán informar con propuestas de actuaciones, y a emitir un informe de valoración, y otro con recomendaciones para solucionar la problemática.

Adicionalmente, el artículo 28 de la LGUM permite hacer uso de la Secretaría como informante en procedimientos judiciales. En concreto, el apartado 8 del artículo 28 de la LGUM dispone que:

«Cuando los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan u otros interesados hayan recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber hecho uso de este mecanismo o del procedimiento previsto por el artículo 26, podrán solicitar, en el curso del procedimiento contencioso-administrativo, informe a la Secretaría para la Unidad de Mercado.»

Sin perjuicio de las bondades con que se introdujo esta previsión, su uso limita la actuación del operador denunciante, porque su éxito depende de la valoración autónoma que de la conducta denunciada haga la Secretaría para la Unidad de Mercado, que puede informar desfavorablemente la calificación infractora pretendida por aquel.

iv) La LGUM como norma sustantiva

Del mismo modo que se afirmaba antes respecto de la LDC, la LGUM no es una norma netamente ni principalmente procedimental. Esto hace que al margen de los procedimientos especiales que contempla, la LGUM sea una norma que pueda invocarse en impugnaciones de cualquier otra índole, por cuanto incorpora directrices que son de obligado cumplimiento.

5.4. Vía de la inactividad de la Administración contratante ante las prácticas obstruccionistas por parte del gestor frente a la introducción de la modalidad de pago mediante *Apps* de terceros

Al analizar la denuncia formulada por Easy Park frente al Ayuntamiento de Zaragoza, la reiteradamente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 445

de 30 de marzo de 2023 realiza afirmaciones que claramente van referidas a mostrar que el criterio de la Sala advertía que el sujeto infractor era el concesionario y que, en consecuencia, cabía accionar frente a él.

Una de las referencias que más ilustra lo dicho es que, tras descartar que el Ayuntamiento pudiera incurrir en conductas proscritas por la LDC, refiere que la concesionaria tiene que «*ajustar su actuación a*» esa norma y que, por consiguiente, «cabe acudir a una interpretación de las cláusulas de la concesión —que no prevén expresamente el servicio de cobro mediante móvil, ni su exclusividad— en un sentido favorable a que otros operadores puedan participar en el mercado conexo de pagos mediante *apps* o plataformas de pago».

De entender que el concesionario está ejecutando el contrato de forma que restringe la competencia cabría accionar frente a él de conformidad con lo que dispone la LDC. Es decir, cabría entender que él es el sujeto infractor. No obstante, existe otra posibilidad que pasa por pedir el auxilio del Ayuntamiento y, de no obtenerlo, accionar contra él.

En este orden de consideraciones cabría añadir, desde la perspectiva de los hechos analizados por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023, que cuando la empresa de servicios de cobro EasyPark solicitó al Ayuntamiento que obligase al gestor del servicio a darle acceso, aquel se limitó a dirigir al citado operador de servicios de cobro a la empresa gestora, que es lo que permite al Tribunal Supremo que el Ayuntamiento no infringió la Ley de defensa de la Competencia por no ser quién bloqueó de forma activa a la empresa de servicios de pago. No obstante, sí lo hizo de forma pasiva u omisiva, al no adoptar medidas de policía contra el gestor, por lo que podría pensarse, en línea con el voto particular de la profesora Canedo antes comentado, que esa inactividad del Ayuntamiento no solo infringió el art. 29.1 LJCA sino también el 102 TFUE, porque «facilitó» que el gestor siguiera bloqueando la entrada de terceros de forma decisiva, dado que el Ayuntamiento tenía el dominio del acto para evitar que el gestor siguiera bloqueando a la empresa de servicios de cobro y, por tanto, contribuyó decisivamente a dicho resultado.

En este sentido cabe recordar lo dispuesto por el artículo 190 de la LCSP, que faculta a la Administración para interpretar los contratos, e imponer que la ejecución se ajuste a los criterios interpretativos que ella imponga como órgano contratante. Y también está facultada para dar órdenes de cumplimiento, pues le compete la «policía» del servicio.

La interpretación de los contratos es una competencia de la Administración cuya activación no sólo le viene dada al contratista, sino que un sujeto que esté fuera de la relación contractual también puede hacerlo, como ampara el artículo 29.1 de la LJCA, que establece que:

«Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a

lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración».

Así las cosas, una fórmula para que la Administración adopte las medidas precisas para que el contratista no impida que los operadores del servicio de cobro mediante aplicaciones móviles presten sus servicios es la que se extrae de la interpretación conjunta de los artículos 190 de la LCSP y 29.1 de la LJCA, anteriormente expuestos. Como dispone el propio artículo 29.1 de la LJCA, si en un plazo de 3 meses no se hubiera obtenido el cumplimiento de lo que se solicita, la vía jurisdiccional quedará abierta. La vía jurisdiccional no sólo se abre si la Administración no da respuesta a la solicitud, sino que también se abre si la respuesta que se recibe se entiende no ajustada a Derecho.