

RESPONSABILIDAD POR PRÁCTICAS LIMITATIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COBRO MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES EN ÁREAS DE ESTACIONAMIENTO REGULADO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3ª) DE 30 DE MARZO DE 2023

Luis Loras Oteo*

Abogado especializado en Derecho de la Competencia y Litigación

RESUMEN: El presente trabajo analiza el régimen de responsabilidad de Ayuntamientos y gestores de áreas de estacionamiento regulado por prácticas limitativas de la competencia en la prestación de servicios de cobro mediante aplicaciones móviles en dichas áreas por operadores distintos a los gestores de dichas áreas. Partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023, el trabajo analiza cómo el silencio de los pliegos respecto al servicio de cobro traslada la obligación de discernir el acceso en condiciones objetivas y no discriminatorias a los gestores, exponiéndolos a responsabilidad por abusos de posición dominante si se reservan la prestación del servicio de cobro. El trabajo también analiza las consecuencias jurídicas para gestores y Ayuntamientos por implantar prácticas limitativas de la competencia e identifica las barreras que persisten en la práctica. El trabajo valora positivamente la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, si bien identifica puntos cuestionables como la aparente falta de responsabilidad por omisión cuando los Ayuntamientos realizan actuaciones materiales, o la imposibilidad de cuestionar la redacción de unos pliegos en un procedimiento sancionador de competencia. El trabajo concluye que la aplicación rigurosa y exhaustiva de la jurisprudencia es fundamental para evitar lagunas de responsabilidad y para garantizar el acceso de terceros operadores al mercado protegiendo así los intereses tanto de los Ayuntamientos como de sus ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: servicio de cobro; aplicaciones móviles; estacionamiento regulado; libre prestación de servicios; libre competencia; interpretación de pliegos, derechos exclusivos, actuaciones materiales, vías impugnatorias.

* Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivas de su autor. El texto se ha beneficiado de los comentarios de Guillermo García-Ovies. El autor ha asesorado a EasyPark en el caso objeto de análisis ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y el Tribunal Supremo.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. HECHOS.— 3. LA RESOLUCIÓN DEL TDCA.— 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.— 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.— 6. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE ÁREAS SER.— 7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS.— 8. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA TS.— 9. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El 30 de marzo de 2023 el Tribunal Supremo (Sala 3ª) dictó sentencia por la cual analizó el régimen bajo el cual se le puede exigir responsabilidad a los Ayuntamientos, o a sus gestores de áreas de estacionamiento regulado, por llevar a cabo prácticas limitativas de la competencia en la prestación de servicios de cobro mediante aplicaciones móviles en dichas áreas por parte de operadores distintos a sus gestores.¹

La conclusión de la sentencia es clara: si los pliegos guardan silencio sobre el servicio de cobro, los gestores son los únicos responsables de discernir el acceso de terceros operadores y hacerlo en condiciones objetivas y no discriminatorias en comparación con las condiciones que aplican a sus propias aplicaciones móviles. Si incumplen dicha obligación, los gestores están expuestos a responsabilidad bajo los artículos 2 LDC² y 102 TFUE³ por abusar de su posición de dominio en las áreas reguladas que gestionan reservándose la prestación del servicio de cobro injustificadamente porque el mismo puede ser prestado por múltiples operadores al mismo tiempo y en libre competencia.

A juicio de los terceros operadores, a pesar de la claridad del fallo los gestores han seguido negando el acceso de terceros operadores exigiéndoles la obtención de una autorización previa de los Ayuntamientos e imponiéndoles condiciones de acceso discriminatorias, inequitativas y desproporcionadas. No es de extrañar que ello ya haya dado lugar a la incoación de dos expedientes sancionadores por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).⁴

Por su parte algunos Ayuntamientos, en lugar de seguir guardando silencio en sus pliegos sobre la prestación del servicio de cobro y beneficiarse de la ausencia de responsabilidad expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo, han empezado a establecer algunas limitaciones en sus pliegos (que en ocasiones coinciden con limitaciones que los gestores ya imponían de forma privada). Tampoco es de extrañar que ello haya dado lugar a la impugnación de dichos pliegos y la anulación de los mismos por parte de los Tribunales Contractuales.⁵

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) núm. 445/2023, de 30 de marzo (Ponente: María Isabel Perelló Doménech).

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁴ Véase Exptes. S/0002/24 EYSA y S/0003/24 EMPARK incoados el 24 de julio de 2024.

⁵ Véase (1) Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (Resolución nº 155/2020 en el Expte. 2020/111, de 19 de noviembre de 2020); (2) Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (Resolución nº 139/2022, de 7 de abril de 2022 y nº 117/2024, de 4 de abril de 2024 —pendiente de recurso en vía contencioso-administrativa); (3) Tribunal Administrativo

Analizando en detalle los hechos del caso y el Derecho aplicable al mismo, el objetivo de este artículo es: (i) delimitar el alcance y contenido del régimen de responsabilidad analizado por la sentencia; (ii) poner de manifiesto las consecuencias jurídicas a las que se exponen los Ayuntamientos y gestores que la incumplan; y (iii) realizar una valoración positiva de la misma, si bien poniendo en cuestión algunas de sus apreciaciones fácticas y postulados jurídicos que deberían haber llevado a la estimación del recurso, y que es previsible que conlleven la necesidad de nuevos pronunciamientos.

2. HECHOS

El 19 de febrero de 2010 el Ayuntamiento de Zaragoza decidió establecer un área de estacionamiento regulado (SER) y prestar indirectamente el servicio de gestión de la misma a través de una empresa concesionaria. Para ello, redactó los pliegos que iniciaron un concurso público (los Pliegos).⁶

En lo que se refiere al servicio de gestión del área SER (el Servicio de Gestión), los Pliegos preveían una concesión en régimen de exclusiva de diez años prorrogables otros cinco hasta 2025 (prórroga que tuvo lugar).⁷ El valor del contrato prorrogado se fijó en €58,5 millones. En lo que se refiere al servicio de cobro mediante aplicaciones móviles en el área SER (el Servicio de Cobro), los Pliegos guardaban silencio y no otorgaban expresamente a la concesionaria una exclusividad para su prestación, ni de cualquier otra forma impedían que terceros operadores distintos de la concesionaria pudieran prestarlo.⁸

El 4 de octubre de 2010 el Ayuntamiento adjudicó el contrato a la UTE Z+M (la Adjudicataria).⁹ Dicho contrato se formalizó el 25 de octubre entrando en vigor el día 1 de diciembre. En el marco de dicho contrato, como mejora, y a cargo de su remuneración, la Adjudicataria desarrolló una plataforma municipal y una aplicación de pago (la Plataforma Municipal y ApParca, respectivamente).

El diseño de la Plataforma Municipal se hizo de tal forma que las aplicaciones móviles de terceros solo pudieran prestar el Servicio de Cobro si estaban integradas/

de Contratos Públicos de Navarra (Acuerdo 65/2023 en el Expte. 57/2023, de 5 de septiembre de 2023); y (4) Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resolución 119/2024, de 20 de marzo de 2024). Véase para un análisis detallado de estas resoluciones y de lo que pueden hacer los Ayuntamientos para garantizar la libre prestación y competencia en el Servicio de Cobro: «¿Apparcamos? Libre prestación y competencia entre servicios de cobro mediante Apps en áreas de estacionamiento regulado», *Revista de Estudios Locales*, núm. 275, 2024. Luis Loras.

⁶ Véase Expte. 0907303-2009: «Gestión del servicio de regulación de estacionamiento en la vía pública en la ciudad de Zaragoza».

⁷ Véase Expte. 0029293-25: «Concesión del servicio de estacionamiento regulado y otros servicios adicionales en la ciudad de Zaragoza.» de nuevo de 10 años y con valor de 97.661.770 euros.

⁸ En particular, los Pliegos se limitaban a permitir que los licitadores pudieran promover otros medios de pago y a señalar que la concesionaria tendría la obligación de realizar un proyecto piloto para prestar el Servicio de Cobro en una zona de la ciudad.

⁹ Participada por Indigo Park España S.A. (al 70 por 100) y Construcciones Mariano López Navarro S.A.U. (al 30 por 100).

interconectadas con la misma. Y es que, de lo contrario, los operadores del Servicio de Cobro: (i) no podrían conocer qué tarifas aplicar a cada estacionamiento; (ii) los horarios a los que aplicarlas; (iii) la limitación geográfica de cada área (para la aplicación de la tarifa correcta); y, lo más importante (iv) los controladores no podrían verificar en tiempo real si los vehículos que habían pagado sus estacionamientos a través de la aplicación móvil lo habían hecho, y por lo tanto multarían a los mismos (los Datos Necesarios).

A la vista de las oportunidades de negocio en España, el día 1 de diciembre de 2015 el Grupo EasyPark adquirió la sociedad española PARK SMART SOLUTIONS S.L.¹⁰ Desde el año 2012 esta sociedad prestaba el Servicio de Cobro en varios municipios de Cataluña (incluida Barcelona). Para tratar de beneficiarse de ser una de las primeras aplicaciones en el mercado, EasyPark trató de expandir los servicios de su aplicación móvil a lo largo de toda España, incluido el municipio de Zaragoza.

Para ello, el día 1 de junio de 2016 EasyPark solicitó acceso a la Plataforma Municipal o a los Datos Necesarios para prestar el Servicio de Cobro pero la Adjudicataria denegó su solicitud. Ante dicha negativa, el día 19 de enero de 2017 EasyPark buscó el amparo del Ayuntamiento para que ordenase a la Adjudicataria permitir su acceso. Tras dos meses sin respuesta por parte del Ayuntamiento, EasyPark formuló denuncia (la Denuncia) contra el Ayuntamiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA).

Ante el TDCA el Ayuntamiento negó expresamente que EasyPark pudiera prestar el Servicio de Cobro. En esencia, el Ayuntamiento fundamentó su negativa en que: (i) la «gestión del cobro» y la «recaudación de los ingresos por tarifa» formaba parte de la exclusiva de la concesionaria del Servicio de Gestión; y (ii) los Pliegos no distinguían el Servicio de Gestión del Servicio de Cobro, ni se planteaban la posibilidad de que el Servicio de Cobro pudiera ser prestado por terceros porque el Ayuntamiento ya disponía de una aplicación móvil desarrollada por la Adjudicataria.¹¹

3. LA RESOLUCIÓN DEL TDCA

El 11 de mayo de 2018 el TDCA dictó resolución por la cual archivó la Denuncia (la Resolución). La Resolución concluyó que el artículo 2 LDC no resultaba de aplicación al Ayuntamiento al estar su conducta amparada en su *ius imperii*. En esencia, la Resolución razonó que, como la Denuncia tenía como objeto impugnar la exclusiva para prestar el Servicio de Cobro incluida en los Pliegos del Servicio de Gestión, y el Ayuntamiento no había actuado como un «operador económico» en el mercado al aprobarlos, sino como un «poder adjudicador» ejerciendo potestades administrativas, el artículo 2 LDC no le resultaba de aplicación.¹²

¹⁰ Actualmente EASYPARK ESPAÑA S.L.U (EasyPark), perteneciente al Grupo Arrive.

¹¹ Véanse Págs. 5 y 6 de la Resolución.

¹² Véase Fundamento de Derecho 5º de la Resolución.

No obstante, acto seguido la Resolución recomendó al Ayuntamiento revisar la definición y alcance de su Servicio de Gestión para evitar que se restringiera la competencia en la prestación del Servicio de Cobro.¹³ Particularmente en este caso en el que la competencia podía «perder toda su operatividad» dada la «excesivamente larga o desproporcionada» duración de 10+5 años del Servicio de Gestión. En esencia, la Resolución razonó que, al recogerse como mejora, no parecía que el Servicio de Cobro realmente formara parte del Servicio de Gestión, lo cual había sido expresamente reconocido ya por la Autoridad Catalana de Competencia.¹⁴

Sin embargo, el Ayuntamiento no adoptó medidas concretas tras la recomendación de la Resolución. En consecuencia, ApParca ha prestado el Servicio de Cobro en régimen de monopolio en Zaragoza durante los 15 años de duración del contrato del Servicio de Gestión.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

En esencia, EasyPark adujo los siguientes motivos de recurso contra la Resolución: (i) error al considerar que lo denunciado eran los Pliegos en lugar de la actuación obstruccionista del Ayuntamiento 6 años después; (ii) error al considerar que el Servicio de Cobro estaba comprendido dentro del Servicio de Gestión; (iii) error al considerar que el Ayuntamiento no actuó como un «operador económico» bajo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en *Ambulanz Glöckner*,¹⁵ *Comisión Europea v. Hungría*,¹⁶ *EasyPay*,¹⁷ y *FENIN*,¹⁸ o (iv) subsidia-

¹³ Véase Fundamento de Derecho 6º de la Resolución.

¹⁴ Véase (1) Autoridad Catalana de la Competencia (Informe de 17 de junio de 2016), a la que luego siguieron los siguientes informes; (2) Comisión Gallega de la Competencia (Informe de 7 de junio de 2017); (3) Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (Informe de 13 de julio de 2017); (4) Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana (Informe de 24 de julio de 2018); (5) Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (Dictamen de 3 de junio de 2019); y (6-7) Autoridad de Competencia Italiana (Informes de 3 de junio de 2021 y 13 de abril de 2023).

¹⁵ C-475/99, de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner* (Párr. 20)(concluyendo que una «actividad económica» es todo aquel servicio que se haya prestado, se preste, o se pueda prestar, por una empresa en el mercado a cambio de una contraprestación).

¹⁶ C-171/17, de 7 de noviembre de 2018; *Comisión Europea v. Hungría* (Párr. 44 y 90)(concluyendo que el Servicio de Cobro es una «actividad económica» y que otorgar un monopolio a una empresa privada para la prestación del mismo restringe la libre prestación de servicios y la competencia cuando carece de justificación objetiva y existen medidas alternativas menos restrictivas).

¹⁷ C-185/14, de 22 de octubre de 2015, *EasyPay* (Párr. 41-44)(concluyendo que los servicios de pago/cobro de las pensiones públicas tienen la consideración de «actividad económica disociable» tanto del ius imperii del Estado, como de la gestión de las pensiones, en sí misma, porque: (i) el Estado Búlgaro había encomendado dicha labor a una empresa; (ii) existían otros medios alternativos para pagar/cobrar las pensiones (i.e. transferencias bancarias); y (iii) dicho medio de pago alternativo era ampliamente utilizado).

¹⁸ Véanse C-205/03P, de 11 de julio de 2006, *FENIN* (Párr. 26), leída *a contrario*, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 19 de junio de 2007 (Ponente: Eduardo Espín Templado) (ambas

riamente, error al no considerar, al menos, que el Ayuntamiento actuó como un «facilitador» de una infracción del artículo 2 LDC por parte de la Adjudicataria (i.e. negativa de suministro y/o trato discriminatorio) bajo la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en *Vinos de Jerez* (FDº 2).¹⁹

En su sentencia de 9 de junio de 2021 (la Sentencia TSJ)²⁰ el Tribunal Superior de Justicia de Aragón optó por limitar su análisis a: (i) la actuación del Ayuntamiento al redactar los Pliegos; y entrando a resolver el fondo del asunto (cuando el expediente no había sido incoado por el TDCA); (ii) concluir que dicha actuación se había mantenido dentro de las potestades legales del Ayuntamiento porque había sido «razonable», ya que resultaba «artificial» disociar el Servicio de Gestión del de Cobro; porque (iii) aunque solo permitiese prestar el Servicio de Cobro a la Adjudicataria, esta había sido seleccionada tras un concurso público.²¹

Sin embargo, y a diferencia de la Resolución, la Sentencia TSJ sí consideró correctamente que «la actuación municipal [había] conllev[ado] actividad económica». Precisamente la razón que había llevado a la Resolución a archivar la Denuncia de EasyPark.²²

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esencia, EasyPark adujo los siguientes motivos de recurso contra la Sentencia TSJ: (i) de nuevo, error al incurrir en incongruencia al analizar los Pliegos en lugar de la actuación obstruccionista del Ayuntamiento posterior a los mismos; (ii) igualmente, y de nuevo, error al considerar que el Servicio de Cobro estaba comprendido dentro del Servicio de Gestión; y (iii) error al considerar «razonable» una actuación anticompetitiva (i.e. negativa de suministro y/o trato discriminatorio) que el Ayuntamiento había llevado a cabo como un «operador económico», o como un «facilitador» de la conducta de su Adjudicataria.²³

concluyendo que el Derecho de la Competencia resulta de aplicación a la actuación de una Administración Pública durante un concurso público, de manera concurrente a la normativa de contratación pública, si los bienes adquiridos durante el mismo lo son para prestar una «actividad económica».

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 18 de julio de 2016 en el asunto *Vinos de Jerez* (Ponente: Eduardo Calvo Rojas) (*concluyendo que una actuación de una Administración Pública que «incide en el mercado restringiendo la competencia» vulnera el Derecho de la Competencia si no tiene justificación objetiva ni amparo legal, aunque se diga realizada al amparo de potestades públicas*). Esta sentencia trae causa de la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 6 de octubre de 2011 en el Expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*.

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sección 3ª de Refuerzo) núm. 198/2021, de 9 de junio de 2021 (Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch).

²¹ *Ibid.* Fundamentos de Derecho 3º-5º.

²² *Ibid.* Fundamento de Derecho 5º.

²³ Véase Hecho 2º del Auto del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 11 de mayo de 2022 (Ponente: María Isabel Perelló Doménech).

El día 11 de mayo de 2022 el Tribunal Supremo dictó auto admitiendo a trámite el recurso. La cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia quedó fijada de la siguiente manera:

reforzar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia sentada en [Vinos de Jerez] a fin de aclarar, en el ámbito de los servicios de gestión y cobro de los estacionamientos regulados municipales, si una actuación municipal como la controvertida puede suponer un abuso de posición dominante prohibido en el artículo 2.1.b) y d) LDC en relación con lo dispuesto en el artículo 4.2 LDC

El día 30 de marzo de 2023 el Tribunal Supremo dictó su sentencia (la Sentencia TS). La Sentencia TS desestimó el recurso de casación concluyendo de la siguiente manera:

La actuación municipal controvertida no puede calificarse como abuso de posición de dominio en la medida en que consistió en el ejercicio de una potestad pública de adjudicación de una actividad económica, con sujeción al derecho administrativo, que no implicaba en cuanto tal adjudicación, una actuación contraria al derecho de la competencia. Asimismo, tampoco puede considerarse contraria al derecho de la competencia la negativa del Ayuntamiento a proporcionar datos que afectan al desarrollo de la actividad económica del concesionario en los términos descritos.

En esencia, los fundamentos que llevaron a la Sentencia TS a alcanzar su conclusión fueron los siguientes.²⁴

En primer lugar, el Ayuntamiento no es un «operador económico» porque «no interviene en la prestación del [Servicio de Gestión], ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como “poder adjudicador” de una concesión local».

En segundo lugar, en todo caso, al Ayuntamiento sí le resultaba de aplicación el artículo 2 LDC, incluso cuando actuó como un poder adjudicador, porque el Servicio de Cobro es una «actividad económica»:

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.

En tercer lugar, en todo caso, y en el caso concreto de los Pliegos, el Ayuntamiento no infringió el artículo 2 LDC porque los Pliegos no creaban barreras ni restricciones de la competencia porque no otorgaban expresamente la exclusividad a la Adjudicataria para prestar el Servicio de Cobro. Por lo tanto, los Pliegos debían ser interpretados en favor de la competencia siendo la Adjudicataria la única responsable de discernir el acceso de EasyPark, estando la negativa de la Adjudicataria expuesta a la infracción del artículo 2 LDC:

²⁴ Véase Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia TS.

Y si bien no cabe apreciar que la Corporación Municipal, por las razones expuestas, pueda incurrir por sí misma en una posición de abuso de dominio ex artículo 2 LDC al no actuar como una empresa u operador económico, no sucede lo mismo con la UTE adjudicataria que presta en exclusiva el [Servicio de Gestión] que ha de ajustar su actuación a las reglas de la competencia. De modo que 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.

(...)

Y, es que, además, en el caso examinado, tal como se desprende del contenido de los Pliegos de la concesión del servicio, la Corporación Municipal no promovió ni decidió la exclusividad de la concesionaria en la concreta prestación del [Servicio de Cobro]; ante la solicitud de «EasyPark» de acceso a los datos se limitó a remitirse a las prescripciones técnicas de la concesión suscrita el 27 de octubre de 2010 por 10 años más 5 prorrogables, en la que no se contemplaba este tipo de pagos. y sólo al pago mediante tíquet. Y es en la cláusula 6.2.1 del Pliego de Prescripciones técnicas, en la que se recoge la posibilidad de [Servicio de Cobro] con arreglo al reglamento de estacionamiento del año 2014, sin que figure la exclusión de otros operadores en el servicio. Y cabe interpretar que el contenido de las condiciones de la concesión en sí mismas —que no regulan [Servicio de Cobro]— no restringen de forma expresa o necesariamente la participación a otros operadores o plataformas que ofrecen [Servicio de Cobro], apreciándose autonomía en la empresa concesionaria en lo que se refiere al acceso a dicho [Servicio de Cobro], conexo al del [Servicio de Gestión].

Esto es, la configuración de la concesión no implica 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 Cobro] 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 Cobro], ni la exclusión de otros operadores en el pago, correspondía a la UTE concesionaria del [Servicio de Gestión] discernir el acceso de otras entidades que pudieran prestar el servicio, como así se intentó por la recurrente frente a la concesionaria, actuación de esta última que es ajena a este proceso, que se circunscribe a la denuncia formulada contra el Ayuntamiento de Zaragoza.

En cuarto lugar, en todo caso, si los Pliegos del Ayuntamiento hubieran restringido la competencia en la prestación del Servicio de Cobro, su vía de impugnación no podía ser un procedimiento sancionador ante el TDCA, sino la impugnación del acto administrativo en sede contencioso-administrativa.

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.

(...)

No cabe aceptar la pretensión por las razones antes apuntadas. Aunque la concesión de la gestión implica la atribución de derechos de índole económica a la concesionaria, es lo cierto que la actuación de la Administración Pública se incardina en el ejercicio de competencias propias que le atribuye el artículo 25 LBRL en materia de ordenación del tráfico sujeta al derecho administrativo. Se trata de un acto administrativo formalmente adoptado con arreglo a la normativa de contratos del sector público, de modo que cualquier vulneración de las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las normas que regulan la competencia, los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, pueden ser invocadas y analizadas en sede jurisdiccional contenciosa.

En quinto y último lugar, el Ayuntamiento tampoco puede ser considerado un «facilitador» por su conducta obstruccionista posterior porque su negativa a facilitar los Datos Necesarios «se sustentó en la gestión indirecta del servicio de estacionamiento y en el desconocimiento de la información reclamada, por afectar al desarrollo de la actividad económica de la entidad concesionaria».

Esto es, aunque la Sentencia TS formalmente desestimase el recurso de EasyPark por las apreciaciones fácticas del caso concreto (i.e. los Pliegos no creaban barreras y la actuación posterior del Ayuntamiento fue pasiva), la Sentencia TS se mostró largamente conforme con los motivos del recurso de EasyPark. Y es que, como sostenía EasyPark: (i) a diferencia de la Resolución, la Sentencia TS concluyó que el artículo 2 LDC sí resultaba de aplicación al Ayuntamiento tanto al redactar sus Pliegos como en su actuación posterior; y (ii) a diferencia de la Resolución y la Sentencia TSJ, concluyó que los Pliegos del Servicio de Gestión no incluían expresamente la prestación del Servicio de Cobro en exclusiva. Precisamente por ello, la Sentencia TS concluyó que nada se podía reprochar al Ayuntamiento, sino exclusivamente a su Adjudicataria del Servicio de Gestión.

6. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE ÁREAS SER

En base a la Sentencia TS, siempre que los pliegos de un Servicio de Gestión no otorguen expresamente la exclusividad en la prestación del Servicio de Cobro estos han de ser interpretados en el sentido de que permiten su prestación por parte de terceros operadores y que el gestor es el único responsable de discernir su acceso, debiendo concederse el mismo en condiciones objetivas y no discriminatorias en comparación con la propia aplicación móvil del gestor. No cambia esta conclusión cualquier referencia que se haya incluido en los pliegos en relación con la «gestión del cobro», o la «recaudación de los ingresos por tarifa», o equivalentes. Tampoco que la prestación del Servicio de Cobro se haya incluido por el licitador, o aprobado por el Ayuntamiento, como una mejora.

Lejos de ser novedosa, la Sentencia TS es consistente con: (i) reiterados y consolidados precedentes que han distinguido entre el Servicio de Gestión y el Servicio de Cobro;²⁵ (ii) reiterada y consolidada jurisprudencia del TJUE concluyendo que el otorgamiento de exclusivas debe interpretarse siempre de manera restrictiva, puesto que suponen una excepción a la libre competencia;²⁶ y (iii) precedentes administrativos y judiciales en el mismo sector,²⁷ o en sectores donde se da un problemática

²⁵ Véase, entre otros, los informes y resoluciones citados en los pies de nota 15 y 28.

²⁶ Véanse los asuntos T-9/92 *Peugeot v Comisión*, de 22 de abril de 1993 (Párr. 37); y T-24/93 *Compagnie maritime belge transports* de 8 de octubre de 1996 (Párr. 48) (concluyendo que, dadas las prohibiciones generales de conducta establecidas por el Derecho de la Competencia, cualquier disposición o medida que las excepciones debe ser interpretada de forma restrictiva).

²⁷ Véanse: (i) la Resolución de la Autoridad Catalana de Competencia Expte. 79/2016 *Aparcamiento Sant Joan Despí (negativa de un gestor de área SER a facilitar acceso a terceros prestadores terminada*

similar,²⁸ que ya habían concluido lo mismo, incluyendo la calificación de conductas similares como abusivas.²⁹

A día de hoy no se tiene constancia de municipio alguno en España que haya otorgado expresamente una exclusividad para la prestación del Servicio de Cobro. Es más, bajo la Sentencia TS sería más que cuestionable que dicha exclusividad se otorgase porque el Servicio de Cobro puede ser prestado por múltiples operadores al mismo tiempo y en libre competencia. Por ello, el rol de los prestadores del Servicio de Gestión es fundamental para la libre prestación del Servicio de Cobro en competencia entre operadores. A efectos prácticos, y en base a la Sentencia TS, estos son los únicos responsables de discernir el acceso de terceros operadores del Servicio de Cobro en la práctica totalidad de España.

En consecuencia, tanto los Ayuntamientos, como las autoridades de competencia, como los Tribunales, como los propios gestores, deben de ser plenamente conscientes de ello, y de las consecuencias jurídicas a las que se exponen los gestores en caso de incumplimiento (e.g. multas, reclamaciones de daños y prohibiciones de contratar con la Administración Pública). Y es que cualquier tipo de negativa de suministro directa o indirecta (e.g. retrasos injustificados de acceso) y/o tratos discriminatorios en comparación con el trato/condiciones dadas a sus propias aplicaciones, podría ser calificada como abusiva. Particularmente teniendo en cuenta que nos encontramos ante mercados digitales, con los denominados efectos de red, en los que un rápido y efectivo acceso al mercado puede resultar determinante para poder competir en el mismo.³⁰

convencionalmente con el compromiso de permitir dicho acceso en condiciones proporcionales, no discriminatorias y transparentes); (ii) Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) Auto de Medidas Cautelares núm. 135/2019, de 2 de julio (Ponente: Luis Rodríguez Vega) (concluyendo que el gestor del Servicio de Gestión de Barcelona abusó de su posición de dominio al excluir a EasyPark de su plataforma dando un trato de favor a sus propias aplicaciones móviles); y (iii) la Resolución de la CNMC, 28 de febrero de 2019, en el Expte. SAMAD/03/16 Estacionamiento Regulado Ayuntamiento de Madrid (concluyendo que la conducta de las gestoras del Servicio de Gestión de Madrid «podría ser susceptible de ser analizado por las autoridades de competencia y, en su caso, sancionado, en aplicación del artículo 2 de la LDC»).

²⁸ Véase en el sector de las funerarias la Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de octubre de 2018, en el expediente SAMAD/01/2016, *Cementerios de Leganés*, firme tras ser confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª), de 28 de junio de 2023 (Ponente: María Jesús Vegas Torres)(«Pues bien, debemos convenir con la resolución recurrida en que ni el contrato de concesión, ni el pliego que regula la concesión, ni la ordenanza fiscal otorgaban a la concesionaria [de la gestión del cementerio] la exclusividad de los servicios de grabación y ornamentación [en nichos y lápidas]»).

²⁹ Véase, entre otras, las resoluciones citadas en los pies de nota 28, 29 y Sentencia del TJUE en el asunto C-475/99, de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner* (Párr. 40)(concluyendo que «según reiterada jurisprudencia, constituye un abuso a efectos del artículo [102 TFUE] del Tratado el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de esta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa»).

³⁰ La generación de efectos directos de red en mercados digitales crea un círculo virtuoso: a mayor número de usuarios más usuarios querrán utilizar la App lo que a su vez supone más usuarios y aún más usuarios queriendo utilizar la App. Las barreras a la competencia que dichos efectos de red pueden generar han sido estudiados en las resoluciones de concentración de la CNMC en los Exptes. C/0730/16,

7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS

Si bien el régimen de responsabilidad de los gestores de la Sentencia TS es claro y sencillo, el régimen establecido para los Ayuntamientos es un poco más complejo.

En este sentido, primero es necesario analizar si la limitación del Ayuntamiento está contenida en los pliegos, o resulta de una actuación material posterior. Si está contenida en los pliegos la misma solo podrá ser impugnada en vía contencioso-administrativa y conllevar su anulación. Esto es, no cabe impugnar unos pliegos ni directa ni indirectamente a través de un procedimiento sancionador ante una autoridad de competencia y que ello conlleve la imposición de sanciones previstas en la LDC.

Dicho de otro modo, lo que «refuerza, matiza o corrige» la Sentencia TS es que las actuaciones materiales que se permitieron impugnar en Vinos de Jerez no cubren actos administrativos como los Pliegos adoptados por el Ayuntamiento de Zaragoza que, aunque pudieran plantear problemas de competencia, habían sido «formalmente adoptado[s] con arreglo a la normativa de contratos del sector público».

Por el contrario, si la actuación del Ayuntamiento no se contiene en los pliegos, entonces la misma sí sigue estando cubierta por Vinos de Jerez y puede ser impugnada tanto en vía contencioso-administrativa, como a través de un procedimiento sancionador. Si bien la Sentencia TS parece que también «refuerza, matiza o corrige» que dicha actuación material debe ser una actuación «activa». Véanse las referencias en este sentido:

(i) tanto al principio del FDº 5: «ante la solicitud de “EasyPark” de acceso a los datos se limitó a remitirse [a los Pliegos];»

(ii) como al final del FDº 5: «Y tampoco cabe apreciar una actuación contraria al artículo 2 LDC derivada de la negativa de suministrar los datos solicitados [porque] se sustentó en la gestión indirecta del servicio de estacionamiento y en el desconocimiento de la información reclamada, por afectar al desarrollo de la actividad económica de la entidad concesionaria;»

(iii) lo cual está en línea con lo que posteriormente indica en su FDº 6 en respuesta a la cuestión de interés casacional: «Asimismo, tampoco puede considerarse contraria al derecho de la competencia la negativa del Ayuntamiento a proporcionar datos que afectan al desarrollo de la actividad económica del concesionario en los términos descritos».

Just Eat / La Nevera Roja, de 31 de marzo de 2016 y C/0802/16, *Daimler / Hailo / Mytaxi / Negocio Hailo* de 24 de noviembre de 2016. De hecho, en la primera de ellas la CNMC acabó autorizando la concentración sujeta a una serie de compromisos para evitar que JUST EAT pudiera utilizar el incremento de efectos directos de red por la integración de LA NEVERA ROJA para restringir la competencia (Véanse considerandos del Informe y Propuesta de Resolución 26 et seq. y 69 et seq.).

Además, hay que tener en cuenta que, si a diferencia del Ayuntamiento de Zaragoza, un Ayuntamiento presta el Servicio de Cobro directamente, o a través de una empresa pública, sí puede ser considerado un «operador económico» e infringir el artículo 2 LDC si limita la prestación del Servicio de Cobro.³¹ Si ello fuera así, entendemos que el régimen de responsabilidad sería el mismo si la limitación se establece en los pliegos, pero ligeramente distinta si fuera una actuación material posterior. Y es que, si el Ayuntamiento es un «operador económico» de un Servicio de Cobro, Vinos de Jerez ya no resultaría de aplicación y, por lo tanto, las actuaciones pasivas de los Ayuntamientos también podrían exponerle a responsabilidad.

En consecuencia, tanto las autoridades de competencia, como los Tribunales, como los propios Ayuntamientos, también deben de ser plenamente conscientes de su responsabilidad, y de las consecuencias jurídicas a las que se exponen en caso de incumplimientos (e.g. anulación de pliegos y multas o reclamaciones de daños por actuaciones materiales). Y es que la Sentencia TS también reconoce que el rol de los Ayuntamientos en la libre prestación del Servicio de Cobro es fundamental para evitar que los propios Ayuntamientos restrinjan la competencia en sus pliegos, o que a través de actuaciones materiales faciliten que sus adjudicatarias restrinjan la competencia.

8. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA TS

La valoración de la Sentencia TS es positiva en la medida en que el Tribunal Supremo decidió acertadamente admitir a trámite el recurso y corregir las conclusiones alcanzadas por la Resolución y la Sentencia TSJ en el sentido de considerar a los Ayuntamientos completamente exentos del Derecho de la Competencia en la redacción de sus pliegos y a la hora de interpretar restrictivamente el contenido y alcance de las exclusivas que otorgan en los mismos. Dicho de otro modo, si la Resolución, pero sobre todo la Sentencia TSJ, no hubiese sido corregida, entonces la prestación del Servicio de Cobro por parte de los prestadores del Servicio de Gestión hubiera permanecido artificialmente aislada de toda competencia, dando lugar a monopolios locales a lo largo de España, que se extenderían en el tiempo con los mismos extensos plazos de sus contratos del Servicio de Gestión.

³¹ Véase otra vez en el sector de las funerarias, en el asunto *Funerarias Palma de Mallorca*, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 14 de junio de 2013 (Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona. RJ\2013\5619) («Partiendo de esta premisa, la interposición de un ente instrumental subordinado, aunque esté dotado de personalidad jurídica propia, para la prestación -por parte de las Entidades Locales de determinados servicios en los mercados liberalizados convierte a aquellas Corporaciones en operadores económicos que deben competir en el mercado en igualdad de condiciones con el resto. O, en otras palabras, las Entidades Locales que hayan personificado bajo el régimen de derecho privado sus propias empresas, cuya actividad y comportamiento siguen determinando, no pueden ampararse después en el título de las “potestades administrativas” para intervenir en beneficio de aquellas e imponer al resto de los operadores condiciones de mercado más restrictivas o limitar su legítima actividad»).

En todo caso, la Sentencia TS no ha solucionado todos los problemas del mercado automáticamente. A juicio de terceros operadores, los gestores han seguido negando el acceso a terceros operadores del Servicio de Cobro y algunos Ayuntamientos han empezado a establecer limitaciones a la prestación del mismo en sus pliegos. Sin duda, la Sentencia TS allana el camino de las impugnaciones de estas actuaciones como evidencian los procedimientos sancionadores incoados por la CNMC,³² así como las resoluciones de los Tribunales Contractuales.³³ Sin embargo, la Sentencia TS debe ser aplicada de forma rigurosa, exhaustiva y en toda su extensión por autoridades de competencia y Tribunales para evitar que se den situaciones de lagunas de responsabilidad. Lo cual sería contrario a la Sentencia TS puesto que resultaría en la creación de barreras y restricciones a la competencia en la prestación del Servicio de Cobro sin que nadie fuese considerado responsable de ello (ni los Ayuntamientos, ni sus gestores).

Dados los procedimientos pendientes, es previsible que el Tribunal Supremo vuelva a ser llamado a reforzar, matizar o corregir la jurisprudencia fijada en la Sentencia TS. Particularmente en los siguientes aspectos donde sus conclusiones pueden ser discutibles a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional.

En primer lugar, la verdadera necesidad de una actuación material activa de los Ayuntamientos para que se les pueda aplicar Vinos de Jerez en este contexto. Y es que: (i) es jurisprudencia reiterada y consolidada del TJUE que las infracciones de Derecho de la Competencia también pueden cometerse por omisión (o de forma pasiva, como se denomina a nivel comunitario);³⁴ y por lo tanto (ii) que lo único que debería de haber sido relevante para poder imputar responsabilidad al Ayuntamiento de Zaragoza como facilitador era si este «jugó un papel esencial»³⁵ en la infracción cometida por su Adjudicataria (o un «papel relevante» en los términos usados en Vinos de Jerez).

Máxime teniendo en cuenta que, en este caso, el expediente del TDCA ni siquiera se había incoado y que, a diferencia de los hechos que apreció la Sentencia TS, el Ayuntamiento no solo jugó un papel relevante para bloquear el acceso de terceros al mercado, sino que además lo hizo de forma activa (lo cual debería de haber llevado

³² Véase, pie de nota 5.

³³ Véase, pie de nota 6.

³⁴ Véase Párr. 31 de Sentencia del TJUE en el Asunto C-194/14 P, AC Treuhand c. Comisión Europea, de 22 de octubre de 2015 que, de hecho, es el origen del concepto de facilitador acogido posteriormente por el Tribunal Supremo en Vinos de Jerez («A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada»).

³⁵ *Ibid.* Párr. 37.

a la estimación del recurso). Y es que, como se ha expuesto, el Ayuntamiento no se «limitó a remitirse [a los Pliegos]» como apreció la Sentencia TS, sino que, al margen de los mismos, y haciendo una interpretación artificial y extensiva de la exclusiva concedida a su prestador del Servicio de Gestión, el Ayuntamiento negó activa y expresamente que EasyPark pudiera prestar el Servicio de Cobro.

Dicho de otro modo, si el Ayuntamiento hubiera actuado como garante «salvaguard[ando] la libre competencia» como estaba obligado,³⁶ en lugar de negar el acceso de EasyPark al mercado sobre la base de una errónea interpretación de los Pliegos, este habría dado instrucciones a su Adjudicataria para que permitiese el acceso, o proporcionado los Datos Necesarios a EasyPark para prestar el Servicio de Cobro. Si así hubiera sido, el Ayuntamiento no se habría expuesto a infracción alguna de forma concurrente y como consecuencia de los actos de su Adjudicataria. Y es que no cabe duda de que su Adjudicataria habría cumplido con su instrucción permitiendo el acceso de EasyPark porque, de lo contrario, esta se habría enfrentado a importantes penalidades, que incluso podrían haber llevado a la intervención de la concesión, o a la resolución de su contrato.³⁷

En segundo lugar, la imposibilidad de impugnar unos pliegos a través de un procedimiento sancionador. Cuestión más compleja y discutible que la anterior y que es difícil que pueda volver a darse en la práctica (en este sector, e incluso quizás en otros, al menos en el corto plazo) en la medida en que es previsible que los operadores económicos adapten sus impugnaciones a la Sentencia TS y no esperen a la ejecución de los pliegos para impugnarlos a través de un procedimiento sancionador, sino que los impugnen directamente desde su publicación (como ha ocurrido en este sector).³⁸

En este sentido, es conveniente indicar que, como se ha expuesto, tanto ante el TDCA, como ante el Tribunal Superior de Justicia, como ante el Tribunal Supremo, EasyPark solo denunció/impugnó la actuación material posterior del Ayuntamiento negando su acceso, no sus Pliegos. Esto es, gran parte de la Sentencia TS que analiza la responsabilidad del Ayuntamiento en la redacción de los Pliegos responde a una cuestión que formalmente no se le había planteado. Lo cual es desafortunado, puesto que seguramente ello privó a la Sentencia TS de valorar en mayor profundidad la actuación material posterior del Ayuntamiento, que sí se le planteó, y que, como se ha expuesto, se resolvió someramente sobre la base de unas apreciaciones fácticas incompletas a la vista de la negativa. activa y expresa del Ayuntamiento a que EasyPark pudiera prestar el Servicio de Cobro que debería de haber llevado a la estimación del recurso.

Además, la imposibilidad de impugnar pliegos sobre la base del Derecho de la Competencia salvo que se recurran por vía administrativa/contencioso administrativo se compadece mal con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con que los ordenamientos jurídicos nacionales no hagan prácticamente imposible o excesivo

³⁶ Véase artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

³⁷ Véase también en este sentido los artículos 261 y ss. de la LCSP.

³⁸ Véase, pie de nota 6.

vamente difícil su aplicación. Y es que a operadores como EasyPark no les quedaría otro remedio que estar años excluidos del mercado, y los usuarios años padeciendo un monopolio, porque no tuvieron la suerte de que nadie impugnara los pliegos en su momento. Además, casos como el de Zaragoza evidencian que esta conclusión es bastante cuestionable, en la medida que EasyPark ni siquiera tuvo la oportunidad de impugnar los Pliegos puesto que estos se habían publicado 5 años antes de que iniciara su actividad en España.³⁹

Además, la imposibilidad de cuestionar la legalidad de unos Pliegos en vía sancionadora tampoco parece compatible con la jurisprudencia: (i) del TJUE y del propio Tribunal Supremo en lo que se refiere al efecto de las nulidades derivadas por infracciones de la normativa de Competencia (de pleno derecho, con efectos *ex tunc*, e imprescriptibles);⁴⁰ y (ii) del TJUE en lo que se refiere a la necesidad de poder imponer sanciones por las infracciones de la normativa de Competencia para asegurar que esta se cumpla.⁴¹ Y es que, como evidencia la propia conducta del Ayuntamiento de Zaragoza en este caso, y ante la falta de ningún tipo de consecuencia sancionatoria, el Ayuntamiento no corrigió su actuación durante todos estos años, a pesar de que la Resolución, e incluso la Sentencia TS, le reiteraran «la necesidad de que el Ayuntamiento adapte su actuación a los cambios tecnológicos».⁴²

Lo cual evidencia el fundamento lógico de donde radica la conclusión de la Sentencia TS que genera más dudas. Que no es otro que considerar que el Ayuntamiento cuando licitó el Servicio de Gestión no actuó como un «operador económico», sino como un «poder adjudicador» que no prestaba el servicio.⁴³ Y es que parece discutible considerar que el Ayuntamiento no prestaba el Servicio de Gestión al licitarlo, en lugar de considerar que sí lo prestaba pero indirectamente a través de su Adjudi-

³⁹ Véase en el mismo sentido pie de nota 22, Carrillo Donaire, J. A., Jiménez Díaz, J. M., & Rodríguez Pareja, M. (2025). Prácticas administrativas limitativas de la libre prestación de servicios de cobro mediante aplicaciones móviles y vías jurídicas de reacción. Cuadernos De Derecho Regulatorio, 3, 1–60. https://doi.org/10.37417/cudere/vol_3_2025_3191.

⁴⁰ Véase: (i) Sentencia de 6 de febrero de 1973, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*, C-48/72, EU:C:1973:11 (Párr. 25 a 27) («el apartado 2 del artículo [101 TFUE] sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo; (...) por consiguiente, esta nulidad puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión; (...) en consecuencia, la nulidad establecida en el apartado 2 del artículo [101 TFUE] produce efectos retroactivos»); y (ii) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 de junio de 2000 (ponente: Francisco Marín Castán) («el contrato [litigioso] debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho Comunitario y (...) por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (...). El alcance de esta nulidad debe ser el contemplado en el artículo 6.3 del Código Civil (...). [L]a nulidad debe traducirse en que éste no comience a producir sus efectos. La nulidad, además, ha de ser total»).

⁴¹ C-100/80, de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion Française y otros c. Comisión* (Párr. 105) («la capacidad de la Comisión de imponer multas a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, constituye uno de los medios atribuidos a la Comisión con el fin de permitirle cumplir la misión de vigilancia que le otorga el Derecho comunitario»).

⁴² Fundamento de Derecho 5º Sentencia TS.

⁴³ Véase en el mismo sentido Págs. 28-29 y 51-52, Carrillo Donaire *et al*, *loc. cit. supra*.

cataria. Y es que el Ayuntamiento: (i) era el titular y prestador del servicio durante la vigencia del contrato; (ii) estableció los parámetros de la prestación del servicio; (iii) decidió cómo, a quién y durante cuánto tiempo contratar para la gestión y explotación; y (iv) controlaba en todo momento la misma y tenía la competencia de la competencia para determinar si se están cumpliendo sus parámetros (inspección) o, incluso, para terminar el contrato en caso contrario (resolución contractual).

Lo cual es consistente con jurisprudencia nacional y del TJUE en este sentido para la cual lo único relevante para la aplicación del Derecho de la Competencia no es la condición de quien actúe (e.g. «operador económico» o «poder adjudicador»), sino para qué.⁴⁴ Y en el momento en el que la licitación se realiza para prestar una «actividad económica» (como es el caso y reconoció expresamente la Sentencia TS),⁴⁵ entonces tanto la licitación como la ejecución de la misma: (i) debían estar sometidas al Derecho de la Competencia en la medida en la que afectan al mercado; y (ii) ser susceptibles de ser impugnadas tanto en vía contencioso-administrativa como sancionadora.

9. CONCLUSIÓN

La Sentencia TS supone un hito fundamental en lo que se refiere al régimen de responsabilidad bajo Derecho de la Competencia para los gestores y Ayuntamientos en relación con el Servicio de Cobro. Aunque muy positivo, el fallo plantea algunas cuestiones discutibles sobre el alcance de actuaciones omisivas de los Ayuntamientos, así como sobre la efectividad práctica de las vías de impugnación disponibles para operadores excluidos por pliegos no recurridos.

Por ello, es fundamental que tanto las autoridades de competencia como los Tribunales hagan una aplicación rigurosa y exhaustiva de la misma para evitar lagunas de responsabilidad y proteger la libre competencia entre operadores del Servicio de Cobro. No solo por el bien de los prestadores del Servicio de Cobro, sino también por el de los Ayuntamientos y los importantes ahorros en la gestión de sus áreas SER, así como por el derecho de los ciudadanos a elegir el medio de pago que les resulte más conveniente. Todo ello bajo un régimen de libre competencia que es el único capaz de garantizar que tanto los Ayuntamientos como los ciudadanos reciben el mejor servicio al mejor precio posible.

⁴⁴ Véase pie de nota 15.

⁴⁵ Fundamento de Derecho 5º Sentencia TS («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»).