

INFORME

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN MERCASEVILLA

LUIS ENRIQUE FLORES DOMINGUEZ

Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla

Mayo, 2012

INDICE

I.- EL EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACION DEL SERVICIO.

II.- LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL MERCADO.

III.- EL MARCO JURÍDICO ACTUAL: LOS REGLAMENTOS DE 1986.

IV.- LA SITUACIÓN ACTUAL DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

V.- NECESIDAD DE UN CAMBIO NORMATIVO.

V.1.- La regularización de las prácticas sin cobertura reglamentaria.

V.2.- La ejecución de la Resolución de 7 de octubre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

V.3.- Exigencias de la libre prestación de servicios en la Unión Europea.

V.4.- El ordenamiento jurídico español.

V.5.- La actuación de la Comisión Europea.

V.6.- Recapitulación.

VI.- CRITERIOS QUE HAN DE REGIR EN EL NUEVO MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

VI.1.- La existencia del servicio de Mercado Central de Pescados en régimen de monopolio.

VI.2.- Los distintos servicios que presta Mercasevilla en el Mercado de Pescados. Su adecuación al marco jurídico expuesto.

1.- Servicios de interés general

2.- Servicios que deben ser liberalizados

VII.- PROCEDIMIENTO.

VIII.- CONCLUSIONES.

INFORME

Que emite el Secretario General que suscribe sobre los servicios que presta actualmente Mercasevilla, S.A., determinando cuáles son indispensables para garantizar la realización eficaz del servicio público encomendado, y cuáles otros pueden prestarse en un marco diferente que garantice el respeto al artículo 49 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea.

I.- EL EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACION DEL SERVICIO.

El artículo 166 de la Ley de Régimen Local de 1955 habilitaba a los Ayuntamientos para prestar en régimen de monopolio el servicio de mercado, previo expediente de municipalización. Con esta habilitación, el Ayuntamiento de Sevilla tramitó el expediente nº 38/1966 de municipalización de los ~~%~~ Servicios Centrales Mayoristas y Matadero de Sevilla+. La situación de los Mercados Centrales de Sevilla a principios de los años 60 se caracterizaba por la poca idoneidad de sus emplazamientos, falta de espacio y unas condiciones técnicas lamentables. Para remediar esta situación se acometieron los trabajos para la ejecución de un Polígono de Subsistencias en Triana, junto al muro de defensa y la carretera de Huelva. Por indicación de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes se planteó un proyecto más ambicioso, a ubicar en unos terrenos junto al canal de Ranilla y la carretera de Málaga, ubicación actual de Mercasevilla.

La solución que se articuló para obtener la financiación fue la prevista en el Decreto 975/1966, de 7 de abril, que crea MERCASA y se le autoriza a construir mercados centrales mediante la constitución de empresas mixtas con corporaciones públicas y particulares. El Ayuntamiento tramitó simultáneamente la municipalización del servicio y la adquisición de acciones de la empresa mixta Mercasevilla, hasta alcanzar el 51% de su capital, mediante la aportación de los terrenos y la valoración de la concesión, aprobándose definitivamente en virtud de acuerdo plenario de 8 de mayo de 1971.

El Reglamento de Prestación del Servicio que se incorpora a la Memoria configura el Mercado de Pescado con unas características singulares, ocupando Mercasevilla una situación de monopolio que va a marcar el devenir futuro del mercado. En síntesis su régimen jurídico se definía por las siguientes notas:

1ª El servicio era prestado directamente por el Ayuntamiento bajo el régimen de venta a comisión, para lo que obtuvo la autorización, prevista en el artículo 166.2 Ley de Régimen Local, del Ministerio de la Gobernación con fecha 19 de mayo de 1971.

2ª No existía la figura del comerciante mayorista, por lo que la empresa mixta actuaba como asentador único o mayorista exclusivo.

3ª El producto era propiedad de los remitentes o exportadores, efectuando las ventas la empresa mixta, como intermediario, con su propio personal.

4ª La venta se realizaba en la modalidad de subasta, teniendo los minoristas el derecho a participar en la misma, y los entradores tenían derecho a asistir y a comprobar la cantidad vendida y el precio. La empresa mixta tenía la obligación de recibir en los locales o tarimas de subasta el género remitido por los entradores.

5ª Los minoristas tenían la obligación de abonar el importe de los productos en el plazo de veinticuatro horas desde su adquisición, y los entradores tenían el derecho a percibir el importe de las ventas en el plazo de cuarenta y ocho horas, descontándole cuantos derechos hayan de abonar.

6ª Mercasevilla tenía derecho a cobrar una comisión por gestión de venta.

7ª Los derechos de comisión de ventas, prestación del servicio y garantía de pago se fijaban en un seis por ciento del importe de las ventas de pescado fresco y en un tres por ciento de las ventas de pescado congelado. Se suprimen las tarifas adicionales por arrastre y colocación de bultos, tareas que realiza también el personal de la empresa.

En definitiva se trataba de un monopolio no solo en cuanto a la titularidad del servicio de mercado de pescados sino, también, en la forma de prestación de

los distintos servicios que comportaba. El esquema era fácil: el minorista se limitaba a acceder, adquirir la mercancía, facturar y retirarla. Todos los servicios que requería este proceso eran prestados por los mayoristas, en nuestro caso por el único mayorista existente, es decir, Mercasevilla. En este esquema encontramos el origen de la singularidad del actual Mercado de Pescados de Mercasevilla, que lo diferencia notablemente del resto de los Mercas, y que origina el conflicto jurídico-social que hemos de abordar.

II.- LA CONFIGURACION LEGAL DEL MERCADO.

Dadas las singularidades del mercado de pescado, sus orígenes históricos y los servicios que presta, se suscita la duda acerca de si estamos ante un mercado o ante una lonja, actividades ambas susceptibles de municipalización y prestación en régimen de monopolio al amparo del artículo 166 de la Ley de Régimen Local de 1955 (actualmente artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local . LBRL-, que declara la reserva de estas actividades a favor de las Entidades Locales). La actividad que se desarrolla en el Mercado de Pescados es una actividad de Mercado mayorista o central y no una actividad de lonja. Tres razones avalan esta posición:

1ª) El propio expediente de municipalización, cuyo objeto no es el servicio de lonja, sino que tiene por objeto los *%Servicios de Mercados Centrales Mayoristas y Matadero de Sevilla+*, comprendiendo los cuatro mercados centrales existentes: Frutas y verduras; Huevos y recova; Pescados; Carne; y además la construcción de un matadero.

2ª) El concepto legal de lonja ha estado vinculado a las primeras ventas y a la modalidad de subasta, además de exigir una autorización u homologación expresa de este condición. Así, el artículo 5.1 del R.D. 1521/1984, de 1 de agosto, Reglamentación Técnico-Sanitaria, las define como centro de contratación, manipulación y comercialización en primera venta del pescado; el artículo 9 del Decreto 147/1997, de 27 de mayo (BOJA, 19 de junio), que atribuye a las lonjas la actividad de comercialización en primera venta de los productos frescos de la pesca, y la organización y dirección de la

subasta pública, exigiendo el artículo 10 un título administrativo habilitante para ser titular de una lonja; los artículos 62 a 67 de la Ley 1/2002, de 4 de abril, de ordenación, fomento y control de la Pesca Marítima, el Marisqueo y la Acuicultura Marina en Andalucía, que regulan la ordenación y el control de la comercialización en origen, exigiendo una autorización expresa para aquellos establecimientos que operen como mercados en origen y atribuyendo esta condición a las lonjas; o los artículos 3 y 4 del R.D. 1822/2009, de 27 de noviembre, regulador de la primera venta de los productos pesqueros, que exigen que la primera venta de los productos de la pesca vivos, frescos y refrigerados, se realice en las lonjas o excepcionalmente en establecimientos autorizados por las Comunidades Autónomas, no contemplando esta norma ya la subasta como única modalidad de venta.

3ª) En el recurso contencioso-administrativo nº 760/02 seguido ante la Audiencia Nacional contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de octubre de 2002, declarando como prácticas restrictivas de la competencia determinados servicios de Mercasevilla, se solicitó como prueba la siguiente documental: *Se requiera a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía a fin de que aporte copia del expediente administrativo en el que se reconoce a Mercasevilla el carácter de mercado de Destino y Primera Venta de Pescado*. La Dirección General de Pesca y Acuicultura respondió a dicho requerimiento mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2004 con el siguiente tenor literal: *Se comunicamos que dicho Centro (Mercasevilla) **no es un mercado de Primera Venta, sino de Destino**, por lo que no se requiere reconocimiento de esta Dirección General, no existiendo, por tanto, ningún expediente*.

El conjunto de estos elementos muestran claramente que la actividad del Mercado de Pescado de Mercasevilla es una actividad de Mercado Central y no de Lonja, al no haberse municipalizado este servicio, no realizar actividad de primeras ventas y no hallarse expresamente autorizado por la Comunidad Autónoma para la actividad de lonja.

III.- EL MARCO JURÍDICO ACTUAL: LOS REGLAMENTOS DE 1986.

En 1981, y por Orden de la Consejería de Interior de la Junta de Andalucía de 5 de agosto de 1981, se aprobó una modificación del artículo 38 del Reglamento de Prestación del Servicio en lo relativo a los traspasos de negocios, estableciendo la obligación del cedente de abonar el treinta por ciento de la cantidad en que se fijara el traspaso, y regulando los derechos de tanteo y retracto de Mercasevilla sobre las cuarteladas o negocios objeto de traspaso.

Pero la auténtica transformación jurídica del Mercado de Pescados se produce en 1986. En virtud de acuerdo plenario de 30 de julio se aprobó inicialmente la modificación de los Reglamentos de Prestación del Servicio y de Régimen Interior de Mercados Mayorista y Mataderos. Tras un período de exposición pública (Boletín Oficial de la Provincia de 9 de agosto) en el que no se formularon reclamaciones, por acuerdo plenario de 24 de septiembre se aprobaron definitivamente los nuevos Reglamentos, publicándose su texto íntegro en el Boletín Oficial de la Provincia nº 239, de 15 de octubre.

Como señala la parte expositiva del acuerdo de 30 de julio de 1986 se pretende con esta reestructuración adecuar *la estructura tanto económica, política y administrativa con desaparición de sistemas de comercialización que pudieran ser conflictivo con lo establecido en la Constitución de 1978*. Especialmente, y para el Mercado de Pescados, *se especifica **la desaparición del sistema de monopolio comercial de la Empresa Mixta** en el Mercado de Pescados con introducción en el mismo del **sistema de libre comercio** generando la **figura de los ÍmayoristasÍ** en el nuevo Mercado de Pescado, así como la adecuación de funcionamiento necesaria en el mismo para el establecimiento de esta estructura económica*.

El nuevo marco jurídico difiere notablemente del que se configura en el expediente de municipalización, con las siguientes características:

1ª Mercasevilla ya no tiene el carácter de mayorista exclusivo, perdiendo su condición de asentador único.

2ª Desaparece el régimen de venta a comisión.

3ª No se contempla la subasta como modalidad de venta, sustituyéndose el derecho de los minoristas a participar en las subastas por el derecho a *la*

compra de los distintos productos en régimen de libre oferta y demanda. En consecuencia, la obligación de Mercasevilla de recibir el pescado en la tarima de subasta se sustituye por la de recibirlo en los locales del mercado.

Puede comprobarse que la singularidad histórica del Mercado de El Barranco se transforma profundamente, actuando los propios mayoristas como operadores del mercado y no Mercasevilla, y adquiriendo los productos los minoristas en régimen similar a los demás Mercados. La transformación no obstante no se llevó hasta sus últimas consecuencias, es decir, a la plena liberalización de los servicios que se prestaban en el mercado, sino que la prestación de estos servicios se mantiene por parte de Mercasevilla, con su propio personal y en régimen de monopolio. La nueva configuración jurídica parece el resultado de un pacto, de ahí que no hubiera ninguna alegación en el período de exposición pública de las normas. De un lado, los mayoristas asumen un papel protagonista en el mercado. De otro, los trabajadores se garantizan un volumen de trabajo idéntico al existente con el modelo de la municipalización. Ello se plasma en el artículo 67 del Reglamento de Régimen Interior y Normas de Funcionamiento al definir los servicios que presta Mercasevilla, entre los que se encuentran todos los relativos a los movimientos de la mercancía (colocación en el punto de venta, retirada y almacenamiento de sobrante, traslado del decomiso) o los servicios de pesaje, facturación, cobro de su importe a minoristas y pago a mayoristas, además de otros singulares como la evisceración y preparación del pescado de cuero, generándose la aplicación de las correspondientes tarifas aprobadas por el Ayuntamiento de Sevilla (artículo 37 del Reglamento de Prestación del Servicio). Ciertamente en el año 1986, recién ingresados en la entonces Comunidad Económica Europea, los conceptos de mercado libre o libre prestación de servicios no tenían en nuestro ordenamiento jurídico el impacto que tienen actualmente, lo que permitió esta situación de un mercado en el que operan unos operadores privados pero los servicios que reciben se prestan en régimen de monopolio.

La conclusión más importante a los efectos que nos ocupan es que el marco jurídico actual, aunque trae causa del expediente de municipalización, no es el

que se diseñó en dicho expediente. Dicho marco jurídico fue alterado no por la vía de una modificación de la municipalización, siguiendo los trámites exigidos para su aprobación, sino que fue alterado sustancialmente por la vía de la modificación de los Reglamentos reguladores del servicio.

IV.- LA SITUACION ACTUAL DE PRESTACION DEL SERVICIO.

La realidad del Mercado de Pescado es que su funcionamiento no se adecua en todos sus términos y facetas al marco jurídico antes descrito, sino que, con frecuencia, se opera en base a prácticas convencionales al margen de la norma escrita o en virtud de pactos entre la empresa y los distintos operadores, muchos de ellos no formalizados. Esta situación en sí misma justificaría una revisión profunda de los Reglamentos actualmente vigentes para adaptarlos a la operativa actual, o bien una modificación de las prácticas existentes para reconducirlas a las previsiones reglamentarias.

De la información que hemos podido obtener podemos describir a grandes rasgos, y sin perjuicio de la existencia de alguna práctica que se nos escape, el siguiente funcionamiento del Mercado:

a.- Prácticas acordes con las previsiones reglamentarias. El producto es desembarcado generalmente en las distintas lonjas autorizadas, y de ahí se transporta a Mercasevilla con destino a los distintos mayoristas que lo han adquirido. El pescado es descargado del camión al muelle de descarga por los trabajadores de una empresa externa (Grudescase), sin que este servicio esté previsto entre los que corresponden a Mercasevilla (recordemos que ésta tiene la obligación de recibir en los locales del mercado correspondiente el género remitido por los productores o entradores+ . artículo 33.2,a del Reglamento de Prestación del Servicio-, precisando el artículo 70 del Reglamento de Régimen Interior que la descarga de la mercancía transportada se efectuará por personal ajeno a la empresa, en el horario establecido por ésta). A partir de ese momento es el propio personal de la empresa mixta quien realiza las operaciones de traslado de las mercancías a los respectivos puntos de venta. Los minoristas seleccionan los productos a adquirir y, previo pesaje, se factura su importe en los puntos de venta (%abinas+), operación que

también realiza personal de Mercasevilla. Finalizado este proceso, el personal de la empresa procede a la retirada del sobrante para su almacenamiento en las cámaras frigoríficas. Igualmente este personal lleva a cabo la retirada de los productos decomisados por la inspección veterinaria. Los minoristas disponen según el Reglamento de un plazo de veinticuatro horas para abonar el importe de la factura, plazo que fue modificado por acuerdo de la Comisión Mixta de Seguimiento del Nuevo Mercado de Abastos de 1 de abril de 1987 ampliándose en función de los días (compras de viernes y sábado, se hacen efectivas los martes; compras de martes, miércoles y jueves, se hacen efectivas los viernes). La empresa dispone de un plazo de setenta horas para abonar la facturación a los mayoristas (aunque el artículo 33.2,c del Reglamento de Prestación del Servicio obliga a que se liquide en el plazo de cuarenta y ocho horas). Las operaciones de movimientos de mercancía generan una tarifa por importe de 1,57% del importe de la venta, y las de facturación y cobro una tarifa por importe de 2,025% del total comercializado, que son abonadas por los mayoristas.

Un supuesto específico es el de género directo previsto en el artículo 81 del Reglamento de Régimen Interior, que consiste en género que reciben los industriales detallistas desde los puertos de origen, que debe someterse a reconocimiento veterinario y venir amparado por la factura de origen, en la que se consignará peso y precio, devengando una tarifa del 3,63% del valor de la mercancía.

b.- Prácticas previstas en las normas tributarias. Encontramos una serie de supuestos en los que a determinadas prácticas se le ha pretendido dar cobertura, con los efectos que luego analizaremos, en las Ordenanzas Fiscales y no en los Reglamentos de Prestación del Servicio y de Régimen Interior. Entre ellas podemos citar la tarifa por prestación del servicio de pago al día de la facturación de los mayoristas (0,10% sobre importe diario del total de las ventas) o la tarifa por descarga de bultos de pescados de camión a muelle, que ya hemos indicado que no es un servicio de la empresa y que supone un 0,0118 euros/kg.

c.- Al margen de las previsiones reglamentarias. En el Mercado de Pescados encontramos otra serie de prácticas no reguladas, que, como hemos indicado, obedecen a la costumbre o a los acuerdos alcanzados. Entre ellas podemos citar la descarga de congelados a la que no se aplica tarifa alguna; los productos deselab (descongelados y elaborados) que son tratados como congelados; el género directo que no se factura; las ventas a minoristas fuera de horario sin la correspondiente factura; las ventas fuera de horario a personas no dadas de alta como minoristas; los transbordos sin facturar, correspondientes a mercancía que es transbordada de un vehículo de transporte procedente de una lonja o puerto a otro vehículo con destino a otro puerto; o el singular tratamiento de los cefalópodos, que según acuerdo se descarga como fresco y se comercializa como congelado. El conjunto de estas prácticas supone un 45% del total del pescado que transita por Mercasevilla, lo que implica que únicamente se factura un 55%.

Esta situación exige necesariamente una revisión porque la empresa no puede soportar el coste de una serie de servicios sin ningún tipo de repercusión a los usuarios, lo que inexorablemente lleva a una delicada situación económica. Por ello sería conveniente articular los mecanismos precisos para que ninguna mercancía que entre en el mercado de pescado pueda salir fuera del horario de ventas y sin la documentación que acredite su correcta comercialización. Ello, además, es una obligación que viene impuesta por el artículo 8 del R.D. 200/2010, que da una nueva redacción al artículo 16 del R.D. 1882/1978, de 26 de julio, sobre canales de comercialización de productos agropecuarios y pesqueros para la alimentación, al disponer que *“Tanto el órgano gestor de cada mercado mayorista como los usuarios de los mismos, estarán obligados a facilitar al órgano competente en la materia y a los Ayuntamientos respectivos la información relativa a las mercancías entradas y salidas en los mercados mayoristas, las condiciones de las transacciones realizadas en los mismos, tanto de las mercancías adquiridas y vendidas por cuenta propia como en comisión, así como en general, sobre todos los aspectos relativos al abastecimiento que les sean solicitados”*.

Una situación de inactividad de la Administración titular del servicio la encontramos en la lonja del puerto de Castellón, donde la Autoridad Portuaria consentía que la Cofradía de Pescadores cobrara una especie de tasa/tarifa por la venta de pescado a los detallistas. Impugnada esta práctica por la Asociación Provincial de Detallistas de Pescado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 27 de enero de 2010 (JUR 2010/169384) concluyó que *“resulta inadmisibile la inactividad de la Administración demandada al tolerar una exacción ilegal, al no adoptar las necesarias medidas que pongan fin de manera inmediata y terminante una práctica contraria al ordenamiento jurídico, **por muy inmemorial, consuetudinaria y preconstitucional que resulte su percepción.** (õ) se dará, pues, una nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por haberse permitido por la Autoridad Portuaria de Castellón el cobro de una tarifa sin cobertura jurídica y al margen del procedimiento legalmente establecido”*.

V.- NECESIDAD DE UN CAMBIO NORMATIVO.

El esquema organizativo diseñado en 1986, y su evolución posterior, debería revisarse para su adecuación a la realidad social, jurídica y fáctica actual. Cinco circunstancias avalan esta necesidad de cambio.

V.1.- La regularización de las prácticas sin cobertura reglamentaria.

Hemos expuesto anteriormente cuál es la situación actual de la prestación de los servicios en Mercasevilla, constatándose una serie de prácticas que se desarrollan al margen de las previsiones de los Reglamentos de Prestación del Servicio y de Régimen Interior, lo que origina una cierta inseguridad jurídica y un quebranto patrimonial para la empresa que pone en riesgo su propia viabilidad. Esta situación en sí misma ya justificaría una profunda revisión de las normas vigentes, incluidas las tributarias, para regularizar la prestación de los servicios, de modo que estos encuentren una regulación suficiente y su coste sea asumido por los directamente beneficiarios de la prestación. Hay que reiterar que muchas de estas prácticas han encontrado reflejo en la normativa

tributaria local, incorporando la Ordenanza Fiscal del Servicio de Mercados Mayoristas de Sevilla una serie de tarifas por la prestación de servicios que, en ocasiones, no encuentran regulación en el Reglamento de Prestación del Servicio. Además de no ser la Ordenanza Fiscal el instrumento normativo adecuado para regular los servicios, en los términos que a continuación expondremos, encontramos que la deficiente regulación da lugar a pactos y prácticas que normalmente resultan perjudiciales o no beneficiosos para la empresa (la forma de distribuir el importe obtenido por la descarga de bultos de camión a muelle es paradigmática a estos efectos).

V.2.- La ejecución de la Resolución de 7 de octubre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

A consecuencia de la denuncia formulada por la Asociación de Mayoristas del Mercado Central de Pescado se procedió por el Tribunal de Defensa de la Competencia a incoar el expediente 525/01, que concluyó con la Resolución del Pleno de 7 de octubre de 2002. La denuncia se concreta en las conductas desarrolladas por Mercasevilla *“consistentes en la imposición de condiciones comerciales y de servicio y de fijación de precios que son limitativos de la producción, de la distribución y del desarrollo de las empresas mayoristas”*. Los servicios que se denuncian son el pesaje, facturación y cobro a minoristas y pago a mayoristas, los servicios de comercialización de pescado fresco y la comisión a mayoristas por adelanto del pago.

El Pleno del TDC acordó *“declarar acreditada una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, consistente en la modificación de los plazos de pago a los mayoristas con respecto de los previstos en los Reglamentos de Prestación de Servicios y de Régimen Interior así como en la aplicación de una comisión por el adelanto del pago a los mayoristas del 1,5 en el año 1995 y del 1 por mil desde 1996 al 2000”*. En la misma Resolución se intima a Mercasevilla para que *“se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro”*, y se impone una multa de 12.000 euros.

El TDC considera que *no debería ser incompatible el establecimiento de una empresa mixta para la atención de un servicio público sometida al marco regulador de un Ayuntamiento y la realización de una actividad empresarial que no vulnere los límites razonables de la competencia propia de ese sector.* Ahora bien, distingue dos tipos de medidas:

a) respecto de aquellas prestaciones que realiza Mercasevilla amparadas por los Reglamentos vigentes, el TDC se limita a cuestionar su adecuación a las exigencias de la libre competencia y acuerda elaborar un informe en base al artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, para formular propuesta motivada al Gobierno a través del Ministerio de Economía (no nos consta que se haya elaborado dicho informe). Se admite que respecto de los Reglamentos y Ordenanzas Fiscales *al estar aprobados en virtud de la competencia que le otorga la Ley de Bases de Régimen Local, es el orden contencioso-administrativo quien debe resolver los conflictos que se deriven del mismo.* La propuesta de modificación de los Reglamentos que se contiene en la Resolución tenía por finalidad conseguir que *la actividad y funcionamiento de los mercados mayoristas se estableciera libremente por las partes intervinientes.*

b) respecto de aquellas prestaciones no amparadas por los Reglamentos (modificación del plazo de pago a mayoristas y aplicación de una comisión por adelanto del pago), las declara simple y llanamente prácticas restrictivas de la competencia. Así resume el TDC su posición: *Si no se imputan a Mercasevilla otras prácticas anticompetitivas que podrían vulnerar la ley de defensa de la competencia precisamente por tener amparo legal y reglamentario, sí que se debe declarar abusivas aquellas actuaciones restrictivas de la libertad de comportamiento de los operadores independientes que no tienen el susodicho amparo.*

La Resolución del TDC fue recurrida por Mercasevilla ante la Audiencia Nacional, que dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2006 (recurso nº 760/2002) desestimando íntegramente el recurso. El TDC fundó su decisión en la falta de cobertura reglamentaria de las prácticas declaradas restrictivas de la competencia. En el recurso contencioso-administrativo Mercasevilla invocó que

a partir del año 2001 fue una Ordenanza Fiscal Municipal la que fijó la tarifa por anticipo del pago al día de la facturación de los mayoristas en el 0,01% sobre el importe diario en pesetas del total de las ventas, entendiéndose que ya sí goza la prestación de este servicio de cobertura reglamentaria. Frente a esta alegación, la Sentencia de la Audiencia Nacional responde que aunque se haya dictado una disposición reglamentaria, que se invoca para justificar la actuación, lo cierto es que *«justamente las conductas descritas no gozan de la protección del citado Reglamento de Régimen Interior de la recurrente»*. Es decir, también la Audiencia Nacional sitúa en el dato formal de la exigencia de cobertura reglamentaria la conformidad o no a Derecho de los servicios prestados por Mercasevilla. Lo importante de la sentencia no es solo esta exigencia de cobertura reglamentaria, sino el hecho de que no es suficiente cualquier Reglamento, debiendo ser precisamente el Reglamento de Prestación del Servicio el que contemple y describa los servicios a prestar.

La ejecución de la Resolución exige necesariamente o bien la supresión de estas prácticas o bien la modificación del Reglamento de Prestación de Servicios para dar adecuada cobertura reglamentaria a las mismas. Ahora bien, cuestión distinta es si estas prácticas, aún con cobertura suficiente, pueden constituir *per se* unas restricciones injustificadas a la libre competencia, y si pueden afectar al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que consagra la libertad de establecimiento. Tampoco podemos olvidar que en la propia resolución se cuestionan las prácticas que tienen amparo reglamentario, afirmando el TDC que *«considera grave para el desarrollo de la libre competencia lo que aparece con nitidez en este expediente como consecuencia del intervencionismo, que Mercasevilla, también el Ayuntamiento de Sevilla a través de los reglamentos y disposiciones, ejerce sobre la actividad de los mayoristas independientes que no pueden actuar con libertad en numerosos e importantes aspectos de su actuación comercial»*.

Por último en este apartado señalar que las sentencias analizadas refuerzan la idea de que es en el ámbito de los Reglamentos organizativos de la actividad

(Prestación de Servicios y Régimen Interior) donde es preciso actuar para llevar a cabo, si se quiere, el cambio de modelo.

V.3.- Exigencias de la libre prestación de servicios en la Unión Europea.

El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece una prohibición a las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Unión que no sea el del destinatario de la prestación. El artículo 50 considera servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. También debemos tener en cuenta el artículo 43 que sanciona el derecho de establecimiento, prohibiendo las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Estos derechos o libertades que se consagran en el Tratado han ido evolucionando desde una prohibición de trato desigual a los no nacionales, hacia una prohibición de restricciones injustificadas a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento (así, en el Asunto Säger, C-76, Sentencia de 25 de julio de 1991, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que podían existir medidas que se aplicaran por igual a nacionales y no nacionales y no ser discriminatorias, pero sí podían impedir o prohibir la prestación de servicios; o en el Asunto Comisión contra Francia, C-381/93, Sentencia de 5 de octubre de 1994, el Tribunal llegó a declarar contrarias al artículo 49 del Tratado cualquier clase de medidas que hagan más difícil la prestación de servicios por nacionales de otros Estados).

Conscientes de la importancia del sector servicios para el empleo y para el crecimiento económico, el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000 diseñó la denominada «Estrategia de Lisboa», con el objetivo de eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros. La técnica utilizada no ha sido la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, resolviendo los casos por el procedimiento de infracción, sino el

establecimiento de un marco jurídico general mediante la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Servicios). A los efectos de este informe cabe destacar el considerando (8) de la Directiva, cuyo tenor literal es el siguiente: *«Conviene que lo dispuesto en la presente Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución».*

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios tiene como consecuencia que únicamente se puede supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando concurren las condiciones del artículo 9.1, y no podrá sujetarse dicho acceso a prestadores de otro Estado miembro a requisitos que no respeten los principios del artículo 16.1. Ahora bien, hay que señalar que la Directiva en bloque no se aplica a los servicios no económicos de interés general (artículo 2.a) y que el artículo 16 no se aplica a los servicios de interés económico general que se presten en otro Estado miembro, entre otros, los enumerados en el artículo 17.

Es conveniente precisar que el término *«servicio de interés general»* no figura en el Tratado, derivando en la práctica comunitaria del concepto de *«servicio económico de interés general»* de los artículos 16 y 86.2. El primero es un concepto más amplio, abarcando los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las Autoridades Públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público (Comunicaciones de la Comisión sobre servicios de interés general en Europa de 11 de septiembre de 1996 y 20 de septiembre de 2000). Estos servicios generales son actividades de interés general que se declaran de titularidad pública, con un régimen de prestación propio de nuestros tradicionales servicios públicos (p.e. el artículo 58.1 Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios Portuarios en los puertos de

interés general los definía en su redacción originaria como ~~los~~ servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud¹. Por tanto, y aplicando estos conceptos a Mercasevilla, habrá que distinguir, dentro de los servicios que analizaremos más adelante, tres planos:

a) Aquellos servicios que sean de interés general, cuya prestación puede realizarse en régimen de servicio público.

b) Aquellos servicios que deben abrirse a la competencia y respecto de los que puede exigirse un título habilitante para su prestación, bien por estar sometidos a una obligación específica de servicio público o bien por concurrir los requisitos del artículo 9 de la Directiva Servicios y respetando los principios del artículo 16.

c) Aquellos servicios que deben prestarse en régimen de total libertad económica.

V.4.- El ordenamiento jurídico español.

La Directiva Servicios obviamente ha tenido un claro impacto en el ordenamiento jurídico interno, llevándose a cabo su transposición fundamentalmente por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que dio origen a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior.

La Ley 17/2009 apura todas las posibilidades que le otorga la Directiva Servicios con el objetivo de facilitar la libertad de establecimiento de los

¹ Un estudio exhaustivo del cambio de un modelo de prestación de un servicio en régimen de monopolio a su apertura a la competencia puede verse en HORGUE BAENA, C. *“Régimen de prestación de los servicios portuarios en los puertos de interés general. En especial, de los servicios portuarios básicos”* REDA, nº 134, abril-junio 2007. La problemática es muy similar a la que abordamos en Mercasevilla (incluso uno de los grandes temas fue el servicio de estiba y desestiba de buques), pretendiéndose con la reforma, como señala la Exposición de Motivos, que el Estado *se concibiera ño como un agente económico directo, sino promotor, catalizador y garante de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa, centrando sus funciones en el desarrollo de políticas que favorezcan la estabilidad, la libre competencia y el fomento de la inversión en los puertos de interés general*. Y, en consecuencia, la actividad y los servicios económicos que se desarrollen en los puertos debe corresponder a la iniciativa privada. En los puertos hay que recordar que no existía el derecho de los particulares a prestar servicios portuarios, salvo determinados servicios en gestión indirecta mediante concesión, lo que implicaba que no se reconocía el derecho de libertad de empresa y acceso al mercado.

prestadores y la libre prestación de servicios, y prevalece en caso de conflicto con otras disposiciones que regulen el acceso a una actividad de servicio, salvo en los aspectos de estas disposiciones expresamente previstos en la normativa comunitaria (artículo 2.4). Proclama el principio de libertad de establecimiento para ejercer una actividad de servicio (artículo 4), sin que se pueda imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que se motive la concurrencia de las condiciones del artículo 5 (no discriminación, necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad). Además, se contemplan determinados requisitos que no pueden establecerse para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (artículo 10), y otros que pueden ser exigibles excepcionalmente y sujetos a evaluación previa (artículo 11). Los servicios exceptuados del ámbito de aplicación de la Ley se enumeran en el artículo 2.2 y las excepciones a la libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro se enumeran en el artículo 13. Es decir, la normativa de transposición sienta el principio general de libre prestación de servicios en términos que hacen difícil justificar una excepción.

Este cambio de modelo ya ha operado en algunos aspectos de funcionamiento de los mercados centrales. Así, el R.D. 200/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el R.D. 1882/1978, de 26 de julio, en su artículo siete introduce una nueva redacción al artículo quince exigiendo que el procedimiento de adjudicación de puestos en los mercados mayoristas deberá tener en cuenta los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

Además, en nuestro ordenamiento jurídico juega el principio de libertad de empresa constitucionalmente garantizado por el artículo 38 CE, por lo tanto cualquier restricción al ejercicio de ese derecho debe encontrar amparo en otro título también constitucionalmente garantizado (así, por ejemplo, la inclusión de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también sancionada por la CE, garantiza la intervención pública en defensa de la competencia y del mercado . STC 88/1986, de 1 de julio). Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado encontramos la Ley 15/2007, de 3 de

julio, de Defensa de la Competencia, que considera la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, bien una conducta colusoria (artículo 1.1,d), bien un abuso de posición dominante (artículo 2.2.,d). Por tanto, habría que considerar también si el coste que impone Mercasevilla a los servicios obligatorios que presta puede suponer la realización de esta conducta, colocando a los mayoristas en una posición desventajosa frente a otros competidores que organizan su actividad con arreglo a otros criterios (recordemos que la empresa ya fue sancionada por incurrir en abuso de posición dominante al amparo del artículo 6 de la entonces vigente Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia).

Con este marco normativo, y dado que muchos de los servicios que actualmente se prestan en Mercasevilla no pueden exceptuarse de la libre prestación, es preciso abordar un cambio del modelo actualmente vigente.

V.5.- La actuación de la Comisión Europea.

Mediante escrito de 1 de junio de 2010 el Sr. Presidente de la Asociación de Mayoristas de Pescados %El Barranco+de Mercasevilla se dirigió al Parlamento Europeo, ejerciendo el derecho de petición previsto en el artículo 194 del Tratado, instando a la Comisión de Peticiones para que intimara al Ayuntamiento de Sevilla al objeto de que modifique o derogue los reglamentos organizativos internos y ordenanzas correspondientes para crear un mercado de pescados libre, sin imposiciones de ningún tipo de servicios, ni restricciones al ejercicio de la actividad empresarial de los empresarios mayoristas de pescados. Fundamentalmente denuncian los servicios obligatorios de facturación y cobro a minoristas, y los servicios para la comercialización del pescado fresco, que en su conjunto ascienden al 3,595% del importe de las ventas de pescado.

A raíz de esta petición el Parlamento Europeo solicitó información a la Comisión Europea, que remitió sus primeras observaciones en febrero de 2011. La Comisión concluía que no estaba en disposición de juzgar la situación de los procedimientos relativos a la aplicación de una decisión específica

adoptada por la Autoridad Nacional de Competencia española. No obstante, manifestaba cierta preocupación respecto del cobro de comisiones en concepto de prestación de servicios obligatoria por parte del personal de Mercasevilla, S.A., que los mayoristas de pescado se ven obligados a aceptar y no pueden realizar por sí mismos. Así pues, añadía, que ninguna otra empresa puede establecerse en Sevilla a fin de prestar dichos servicios a los mayoristas, planteándose problemas de compatibilidad con el artículo 49 del Tratado relativo a la libertad de establecimiento. Para evaluar esta situación, la Comisión inició el expediente EU/Pilot 2358/11/MARK, solicitando de las autoridades españolas información adicional respecto del sistema de ventas y, en particular: a) normativa existente para garantizar la transparencia de los costes de los servicios obligatorios; b) datos que demuestren que el uso obligatorio de estos servicios es más rentable para los mayoristas que los servicios similares prestados en mercados más abiertos; c) información que demuestre que ya se ha considerado la posibilidad de introducir un sistema menos restrictivo y motivos por lo que se ha descartado tal posibilidad.

A través de la Dirección General de Asuntos Generales y de Coordinación de Políticas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión Europea requirió en agosto de 2011 al Ayuntamiento de Sevilla la información descrita anteriormente. Con fecha 19 de agosto de 2011 (Registro de Salida del posterior día 25), la Jefe del Servicio de Consumo remitió informe a la Dirección General. Posteriormente, y a requerimiento del Sr. Teniente de Alcalde Delegado de Empleo, Economía, Fiestas Mayores y Turismo, se emitió informe por esta Secretaría con fecha 26 de septiembre de 2011, concluyendo con la necesidad de realizar un estudio jurídico sobre el mantenimiento del mercado central y, en su caso, delimitar cuáles de los servicios que actualmente se prestan guardan una íntima conexión con la reserva legal en régimen de monopolio y cuáles pueden colisionar con la libertad de establecimiento del artículo 49. La Comisión Ejecutiva de Mercasevilla tomó conocimiento de este informe en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2011 y el Sr. Teniente de Alcalde Delegado de Empleo, Economía, Fiestas Mayores y Turismo respondió a las cuestiones planteadas por la Comisión mediante

escrito de fecha 11 de octubre (Registro de Salida del posterior día 14), asumiendo el compromiso de remitir a la Comisión los resultados del plan de viabilidad que se apruebe y del estudio jurídico que se encargue, con una propuesta de calendario para su implementación. Al cumplimiento de dichos compromisos se dirige el presente informe.

V.6.- Recapitulación.

La existencia de prácticas no reglamentadas, la obligación de dar cumplimiento a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, las exigencias del ordenamiento comunitario en orden a garantizar la libre prestación de los servicios, la incorporación de dicho ordenamiento a nuestro derecho interno así como el respeto al principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y, por último, el expediente iniciado por la Comisión Europea, obligan necesariamente a replantear el modelo de Mercasevilla en los términos que exponemos a continuación.

VI.- CRITERIOS QUE HAN DE REGIR EN EL NUEVO MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Dos órdenes de temas se plantean, pudiendo cuestionarse la propia existencia del servicio público de mercado central como monopolio, o únicamente plantearse la adecuación al ordenamiento jurídico de los distintos servicios que se prestan, también con carácter monopolístico en el Mercado de Pescados %El Barranco+.

VI.1.- La existencia del servicio de Mercado Central de Pescados en régimen de monopolio.

No es preciso extendernos mucho sobre esta cuestión, pero sí queríamos dejar meridianamente claro en el presente informe que no se está cuestionando el carácter de servicio público local de los Mercados Centrales de Abastecimiento, incluido el de Pescados, gestionados actualmente mediante la sociedad de economía mixta Mercasevilla, S.A. Como ya hemos señalado la Directiva Servicios no obliga ni a liberalizar servicios económicos de interés general, ni a

privatizar empresas públicas, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución. Por lo tanto las exigencias de liberalización de determinados servicios o actividades pueden venir impuestas en otras normas específicas del Derecho Comunitario (p.e. telecomunicaciones, etc.), pero no en el marco general que define la Directiva Servicios.

El artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en cumplimiento de la exigencia de que medie una Ley del artículo 128.2 CE, mantiene la reserva a favor de las Entidades Locales de los servicios esenciales de mataderos, mercados y lonjas centrales, pudiendo ejecutarse en régimen de monopolio. Por tanto, en cuanto no se modifique este marco normativo se mantiene el carácter de la actividad de Mercasevilla como un servicio público esencial, de titularidad municipal y gestionado indirectamente (distinta suerte corrieron, por ejemplo, los servicios mortuorios que se liberalizaron por el artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio).²

Cuestión distinta es que la duración de Mercasevilla, a tenor del artículo 3 de sus Estatutos Sociales, es de cincuenta años (plazo máximo que permitía el artículo 111.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), por lo que la gestión del servicio mediante empresa mixta expira en el año 2021, revirtiendo al Ayuntamiento el activo y pasivo de la sociedad.

VI.2.- Los distintos servicios que presta Mercasevilla en el Mercado de Pescados. Su adecuación al marco jurídico expuesto.

Ahora sí procede detenernos en el análisis de los distintos servicios prestados para pronunciarnos sobre la necesidad o no de su prestación en régimen de monopolio. Para ello es preciso partir de las propias obligaciones genéricas de la empresa mixta que se contenían en el artículo 7 del Reglamento de Prestación del Servicio de 1971 y se mantienen en el de 1986. Estas obligaciones se agrupan entorno a las siguientes: a) garantizar el

² Hay que hacer constar que el artículo 32 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local para Andalucía declara la reserva, pudiendo efectuarse en régimen de monopolio, a favor de los municipios de los servicios públicos básicos enumerados en el artículo 92.2,d). En dicho precepto no se encuentran los servicios de mercados centrales y lonjas.

abastecimiento a la ciudad y a los distintos núcleos a los que se extiende la influencia de los Mercados y Matadero; b) garantizar el control y salubridad de los alimentos; c) facilitar la centralización de todas las operaciones de compra-venta. Además, el apartado g) del precepto contiene una obligación que todavía debe presidir el funcionamiento de la empresa: *Procurar que la explotación de los Mercados Mayoristas y el Matadero, **ocasiona la menor incidencia en los costes de comercialización de los productos***, esta exigencia ya nos obligaría a examinar si las tarifas y costes que se imponen en el Mercado de Pescados provocan una mayor incidencia en los costes de comercialización que en otros Mercados similares.

Con carácter previo debemos insistir en la dificultad de delimitar todos y cada uno de los servicios por lo ya expuesto de que unos están regulados detalladamente en el Reglamento de Prestación del Servicio, otros únicamente se contemplan en la Ordenanza Fiscal a efectos de tarifas adecuándose su funcionamiento a las prácticas convencionales y, otros, carecen absolutamente de cobertura con claro perjuicio para la empresa y a los que ya nos referimos.

A.- Servicios a prestar por la Empresa según el artículo 67 del Reglamento de Prestación de Servicios.

- Colocación de mercancía en el punto de venta
- Retirada y almacenamiento de sobrante en cámara frigorífica de conservación.
- Traslado del decomiso e intervenciones.
- Evisceración y preparación del pescado de cuero.
- Fábrica de Hielo
- Almacén de envases vacíos.
- Limpieza y alumbrado general de la nave y puntos de venta.
- Conservación y mantenimiento de las instalaciones generales.
- Servicio de vigilancia y control.
- Servicio de pesaje, facturación, cobro de su importe a minoristas y pago a mayoristas.

B.- Otros servicios contemplados exclusivamente en la Ordenanza Fiscal:

- Servicio de pago al día de la facturación a mayoristas.
- Descarga de bultos de pescados de camión a muelle.
- Servicio de Mercado al Género Directo.
- Transbordos.

Siguiendo el esquema que expusimos al referirnos a la normativa comunitaria podemos aglutinar los servicios enumerados entorno a dos grupos, con dos matizaciones: 1ª) quien suscribe no es más que un conocedor de la realidad de Mercasevilla en su condición de Consejero y en el estudio realizado para emitir este informe, lo que significa que puede haber servicios específicos que desde un conocimiento más profundo del funcionamiento del Mercado puedan reconducirse a una u otra categoría. No obstante, sí dejamos señaladas las características generales de cada categoría; 2ª) no nos pronunciamos sobre aquellas prácticas que se realizan al margen o en contra de la cobertura reglamentaria, respecto de las que habrá de estudiar su regulación o, directamente, su supresión.

1.- Servicios de interés general.

En este grupo incluimos todos aquellos servicios que o bien responden a la propia esencia del Mercado, justificando su carácter de servicio público, o bien constituyen servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud. En esta categoría incluimos los siguientes:

- Limpieza y alumbrado general de la nave y puntos de venta (la limpieza de los puntos de venta se justifica, a nuestro juicio, en que la unidad alimentaria debe estar en condiciones óptimas de limpieza y no dejar este extremo a la iniciativa privada).

- Conservación y mantenimiento de las instalaciones generales.
- Servicio de vigilancia y control.
- Servicio de pesaje. Este servicio también se justifica en la propia función de control que corresponden a estos Mercados.

- Todos los servicios que hayan de prestarse en materia de inspección sanitaria y de consumo.

- Traslado del decomiso e intervenciones. Servicio que debe prestar la empresa en defecto de que el obligado no proceda a la retirada.

- Servicios de cámaras frigoríficas. Además de que no resultaría práctico, ni siquiera sabemos si posible, dotar a cada usuario de su propia cámara frigorífica, resulta conveniente al interés a satisfacer por la empresa que todo el pescado que se halle en sus dependencias esté bajo un mismo control.

Estos servicios deben ser prestados por Mercasevilla, directamente o mediante concesión a terceros como señala el artículo 67 del Reglamento, y financiados mediante las tarifas³ correspondientes a aprobar por el Ayuntamiento.

2.- Servicios que deben ser liberalizados.

El resto de los servicios que presta la empresa actualmente con carácter obligatorio y en régimen de monopolio, y fundamentalmente los relativos al transporte interior de mercancías de los mayoristas y los servicios de facturación y cobro a minoristas, deben ser liberalizados porque no se vinculan con la propia esencia del servicio público, respondiendo a una reminiscencia histórica ya explicada, porque no existe norma que declare su reserva, porque constituyen una posición de abuso dominante por parte de la empresa, atentando contra el principio de libertad de empresa, y porque constituye una exigencia del ordenamiento comunitario y de nuestro derecho interno la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, sin que encontremos ninguna norma para que estos servicios constituyan una excepción a tales libertades (máxime si tenemos en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado que las excepciones a una norma establecida en una directiva con la intención de garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado, como la libre prestación de servicios, han de

³ La naturaleza de la figura impositiva a establecer exigirá un estudio detenido tras la supresión del segundo párrafo de la letra a) del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, llevada a cabo por la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2010, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

interpretarse de manera rigurosa -Sentencia de 18 de mayo de 1995, Comisión contra Italia, asunto C-57/94-). Un referente o modelo respecto de la prestación de estos servicios puede ser la propia red de Mercas, en las que participa MERCASA.

Ahora bien, esta liberalización tiene dos elementos a considerar:

1º Que la propia empresa puede seguir prestando los servicios, si bien en un marco liberalizado y de competencia. Es decir, la liberalización, aunque es su presupuesto, no implica necesariamente la privatización. Por ello la empresa debe plantearse si mantiene determinados servicios con el personal de que dispone actualmente (no es infrecuente que determinadas empresas públicas continúen actuando con este carácter en mercados liberalizados). Por citar algún ejemplo, el servicio de eviscerado de pescado de cuero o el de venta de hielo puede seguir prestándolo la propia empresa como un servicio de recepción voluntaria.

2º Que la liberalización no implica necesariamente que, sin más, cualquiera pueda prestar servicios en el Mercado. Ello porque si concurren los requisitos del artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, el Reglamento de Prestación del Servicio podrá contemplar un régimen de autorización para ser operador en el interior del Merca, y, si además, concurren inequívocos impedimentos técnicos el número de autorizaciones podrá ser limitado.

VII.- PROCEDIMIENTO.

La propuesta que hacemos no altera el régimen de la municipalización, cuya gran transformación se produjo en 1986, sino que se pretende únicamente modificar el modo de prestación de los servicios dentro de la empresa. Como ya hemos señalado a lo largo de este informe, y ha sido avalado por la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en relación con Mercasevilla, el procedimiento a seguir será el de modificación de los Reglamentos de Prestación del Servicio y de Régimen Interior al objeto de definir los nuevos derechos y obligaciones de la empresa y de los usuarios, la forma de

financiación de los servicios prestados por la empresa y la forma de prestación de los servicios liberalizados con regulación de los títulos habilitantes para su prestación. En síntesis los trámites a seguir serían:

1º Elaboración del proyecto de Reglamento, que deberá respetar los principios de buena regulación de toda iniciativa normativa contenidos en el artículo 4 de la Ley 2/2010, de Economía Sostenible, resumidos en los de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Asimismo, deberá acompañarse estudio económico-financiero para la tramitación simultánea de la Ordenanza Fiscal correspondiente.

2º Aprobación del Proyecto por la Junta de Gobierno Local (artículo 127.1,a LBRL)

3º Aprobación inicial por el Pleno, sin que sea necesario quórum especial (artículo 123.1,d y 2 LBRL).

4º Informe de de la Dirección General Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Este informe se entenderá favorable, transcurridos 30 días desde la remisión del reglamento sin que aquél hubiera sido evacuado (artículo 14 R.D. 1882/1978, en la redacción dada por R.D. 200/2010).

5º Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de sugerencias y reclamaciones (artículo 49,b LBRL), debiendo fomentarse la participación de los interesados con el objetivo de mejorar la calidad de la norma (artículo 5.2 Ley 2/2010).

6º Resolución de reclamaciones y aprobación definitiva por el Pleno, sin que sea necesario quórum especial (artículo 123.1,d y 2 LBRL). En el caso de que no se hubiesen presentado reclamaciones o sugerencias, se entenderá definitivamente aprobado el Reglamento (artículo 49 LBRL).

7º Publicación del texto íntegro del Reglamento en el Boletín Oficial de la Provincia para su entrada en vigor (artículo 70.2 LBRL).

El Reglamento también deberá contener un régimen transitorio que regule el paso del régimen de prestación de servicios mediante monopolio a un régimen liberalizado, contemplando los plazos para otorgar los nuevos títulos habilitantes y la gradual implantación de los nuevos servicios al objeto de que la empresa acometa las reformas estructurales que el nuevo modelo requiera. Este aspecto puede resultar esencial en la regulación, dada que una transición deficientemente planificada puede afectar seriamente a la viabilidad de la empresa.

VIII.- CONCLUSIONES.

A modo de recapitulación y para concretar lo expuesto en el presente informe, señalamos las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El carácter de servicio público del Mercado Central de Pescados %El Barranco+ y su prestación en régimen de monopolio mediante empresa mixta se adecua al ordenamiento jurídico.

SEGUNDA.- Los Reglamentos de Prestación de Servicio y Régimen Interior de Mercasevilla necesitan una revisión profunda, siquiera para adaptar la norma a la realidad actual de prestación de servicios.

TERCERA.- Los servicios que podrán prestarse por la empresa en régimen de monopolio son aquellos que se vinculan directamente al servicio público encomendado o que constituyen servicios comunes de los que se benefician los usuarios sin necesidad de solicitud, en los términos expuestos en el apartado VI.2.1.

CUARTA.- El resto de los servicios deben ser liberalizados, pudiendo prestarlos Mercasevilla con su propio personal en un régimen de libertad económica y debiendo estudiarse los títulos habilitantes que serían exigibles para operar en el Mercado, en los términos expuestos en el apartado VI.2.2.

QUINTA.- El procedimiento a seguir sería el de la modificación de los actuales Reglamentos y, consiguientemente de la Ordenanza Fiscal, en los términos expuestos en el apartado VII, debiendo contemplarse un período transitorio para la implementación del nuevo modelo.

SEXTA.- La ejecución de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia no requiere modificación reglamentaria al no estar previstos en el Reglamento de Prestación del Servicio los servicios declarados como prácticas restrictivas de la competencia. Únicamente exigiría una modificación parcial de la Ordenanza Fiscal suprimiendo la tarifa por el servicio de pago al día de la facturación de los mayoristas. En cuanto al plazo de pago a las cuarenta y ocho horas bastaría un acuerdo de los órganos competentes para proceder en este sentido.

En Sevilla, a siete de mayo de dos mil doce
EL SECRETARIO GENERAL,

Fdo.- Luis Enrique Flores Domínguez

ILTMO. SR. TTE. DE ALCALDE DELEGADO DE EMPLEO, ECONOMÍA,
FIESTAS MAYORES Y TURISMO.