

INFORME DE 27 DE MARZO DE 2018 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA UNA ORDENANZA MUNICIPAL DE PROTECCIÓN CONTRA LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA (UM/017/18).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 19 de febrero de 2018 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito de un operador, en el marco del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), informando de los obstáculos impuestos por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas de Gran Canaria) que se traducen en la restricción de la libertad de establecimiento al impedir la implantación en el mercado de los limitadores de sonido fabricados por dicho operador. La información suministrada puede resumirse de este modo:

- Que la información sobre los obstáculos detectados se refiere a la Ordenanza Municipal de Protección contra la Contaminación Acústica (BOP de 9 de agosto de 2013), así como al documento posterior “Información para empresas instaladoras y mantenedoras de equipos limitadores-controladores de sonido y de transmisión telemática”, aprobados por dicha autoridad municipal.
- Que las previsiones de tales documentos se traducen en la restricción de la libertad de establecimiento del operador *“al imponer para la transmisión telemática de datos registrados por éstos, el protocolo de comunicación exclusivo de un tercer fabricante, incompatible con los equipos de las mercantiles a las que represento [...] lo que obliga en puridad a todos los fabricantes a adaptar el software de sus equipos limitadores al protocolo de transmisión adoptado por el Ayuntamiento –que resulta ser el propio de un tercer fabricante-, impidiendo el libre acceso y expansión de las actividades económicas de las mercantiles que represento”*.
- Que la Ordenanza, aprobada el 1 de agosto de 2013, establece que los locales con equipos de reproducción musical o audiovisual deberán instalar controladores de sonido, indicando su artículo 13 que el Ayuntamiento podrá exigir la instalación de un sistema de transmisión remota de los datos almacenados en el sistema limitador. La misma Ordenanza (anexo VI, apartado 2) advierte que para el caso de que se implante un sistema que inspeccione automáticamente las actividades, será necesario que los datos y la forma de entregarlos cumplan “con una serie de requisitos específicos normalizados”.
- Que tales “requisitos específicos normalizados” se establecieron mediante el documento de “Información para empresas instaladoras y

mantenedoras de equipos limitadores controladores de sonido y de transmisión telemática”.

- Que, el Ayuntamiento, en lugar de implementar un protocolo de transmisión para el control de los datos propio, abierto y compatible con los equipos limitadores existentes en el mercado, optó por imponer el protocolo de transmisión de uno de los fabricantes de los equipos limitadores, como resulta de la circunstancia de que los “requisitos técnicos normalizados” resulten ser idénticos a los descritos en la información comercial del sistema de una determinada marca comercial.
- Que cada uno de los fabricantes de equipos limitadores de sonido dispone de su software con protocolo de comunicación propio que ofrece, al menos, la misma capacidad que el del operador cuyo sistema coincide con el exigido por la autoridad municipal, resultando más lógico que se permitiera operar a cada equipo limitador con el protocolo de comunicación para el que fue diseñado.
- Que, en vista de que el Ayuntamiento exige el protocolo de transmisión de uno de los fabricantes de equipos, obligando a los demás fabricantes a cambiar su propio protocolo de comunicación para poder operar en el municipio, está vulnerando los artículos 1.2, 9.2.a), 18.2.f) y g) y 5 LGUM.
- Que, en particular, los fabricantes de limitadores tienen su propio sistema telemático de envío de datos, conviviendo en muchos ayuntamientos de España y de Europa con su respectivo sistema de comunicación. En vista de ello, no se entiende el nexo causal entre la restricción impuesta y la salvaguarda de intereses generales.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) La Ordenanza cuestionada

Con fecha 1 de agosto de 2013 se aprobó por el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana la Ordenanza Municipal de Protección contra la Contaminación acústica.

El preámbulo de la misma, con referencia a la normativa europea e interna en materia de protección frente al ruido, señala que, tras efectuarse un estudio al efecto, se detectó la necesidad de adaptar la regulación municipal a la Ley estatal (Ley 37/2003, de 17 de noviembre, de Ruido).

Asimismo, dicho preámbulo hace referencia a la condición de municipio turístico de San Bartolomé de Tirajana así como a los numerosos locales destinados al

ocio, cuya emisión de ruido puede prolongarse durante el año en zonas con suelo calificado como residencial.

En vista de lo anterior, el artículo 57 de la Ordenanza establece la obligación de instalar, en locales donde se disponga de equipo de reproducción musical o audiovisual, de un equipo limitador-controlador que permita asegurar que las emisiones de ruido no superen los límites admisibles en las edificaciones adyacentes:

1. En aquellos locales donde se disponga de equipo de reproducción musical o audiovisual en los que los niveles de emisión sonora pudieran de alguna forma ser manipulados directa o indirectamente, se instalará un equipo limitador-controlador que permita asegurar, de forma permanente, que bajo ninguna circunstancia las emisiones del equipo de reproducción musical o audiovisual superen los límites admisibles de nivel sonoro en el interior de las edificaciones adyacentes o colindantes, así como que cumplen los niveles de emisión al exterior exigidos en esta Ordenanza.

El apartado 13 del mismo artículo dispone que el Ayuntamiento podrá exigir un sistema de transmisión remota de los datos con las especificaciones que se determinen:

13. El Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, podrá exigir la instalación de un sistema de transmisión remota de los datos almacenados en el sistema limitador, según las especificaciones y procedimientos que en cada caso se determinen en aplicación de las mejores técnicas disponibles.

En el Anexo VI de la propia Ordenanza se establece que los señalados requisitos propios de los protocolos de transmisión se podrán establecer por la autoridad municipal:

En caso de que se implante un sistema que inspeccione automáticamente las actividades, a la hora de compatibilizar los elementos de control (limitadores de sonido) con este sistema, será necesario que los datos entregados y la forma de entregarlos al sistema cumplan con una serie de requisitos específicos normalizados. Dichos requisitos, deberán ser establecidos por el órgano competente del Municipio de San Bartolomé de Tirajana, a través de un bando u orden emitidos por éste.

El documento “Información para empresas instaladoras y mantenedoras de equipos limitadores-controladores de sonido y de transmisión telemática”, aportado por el informante, contiene en su anexo 2.2 el protocolo que deben cumplir los aparatos limitadores a la hora de transmitir los datos al sistema de supervisión telemática.

II.2) Descripción de las alegaciones del interesado

El operador informa del obstáculo al acceso, establecido en la Ordenanza Municipal de Protección contra la Contaminación Acústica, consistente en que

los equipos de control de sonido que deben instalarse en ciertos locales a tenor de la Ordenanza, deben emplear un protocolo de comunicación telemática de datos coincidente con el de un concreto fabricante, a tenor de un documento complementario a dicha Ordenanza. Por tanto, los operadores que se quieran establecer en el municipio deben sustituir el software de sus equipos por otro coincidente con el del señalado fabricante.

A juicio del operador, tal exigencia vulnera diversas previsiones de la LGUM, incluyendo los artículos 5, 9 y 18 de dicha Ley.

II.3) Consideraciones de la CNMC

Según lo indicado, el operador considera que los requisitos impuestos por la Ordenanza Municipal para los equipos controladores de sonido vulneran los artículos 5, 9 y 18 de la LGUM, al exigir que los mismos empleen el software o protocolo de comunicación de un determinado operador. Al respecto se efectúan las siguientes consideraciones.

La LGUM tiene por finalidad garantizar en todo el territorio español la libre circulación de bienes y servicios, así como la libertad de establecimiento de empresas y el ejercicio de su actividad en condiciones de igualdad.

Se trata, por tanto, de una Ley liberalizadora de las actividades económicas que garantiza la libre iniciativa económica y su ejercicio, según su artículo 16. Así pues, el acceso y ejercicio a una actividad económica sólo podrá limitarse según lo dispuesto en la propia LGUM y en el Derecho europeo (o internacional).

Toda posible limitación a la regla general de libre acceso y ejercicio de las actividades económicas deberá ser necesaria, es decir, estar motivada en una razón imperiosa de interés general, y ser proporcionada a la razón invocada. Así resulta del artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Así pues, una actividad económica solo puede limitarse a fin de salvaguardar una razón imperiosa de interés general. Las posibles razones imperiosas de interés general figuran en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos:

«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada [por] la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

El artículo 9 de la LGUM establece la garantía de las libertades de los operadores económicos en términos amplios, al exigir que toda actuación administrativa observe los principios previstos en la propia LGUM:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

Lo anterior determina que las autoridades competentes, en la medida en que establezcan límites al ejercicio de una actividad económica, deben justificar que tales límites responden a una razón imperiosa de interés general y que son proporcionados.

El operador informante ha señalado que el protocolo de comunicación exigido por la autoridad municipal para los equipos limitadores de sonido que se instalen en el municipio coincide con el de un concreto fabricante. Dicho escrito del operador compara, de manera gráfica, los requisitos técnicos exigidos por la autoridad municipal con la información publicada por el fabricante cuyo sistema supuestamente exige la autoridad competente. Si bien no corresponde a esta Comisión, con objeto de la emisión de este informe, efectuar un análisis técnico sobre las coincidencias entre ambos protocolos de comunicación, analizada la comparación efectuada por el informante se observan, a primera vista, similitudes entre el sistema de dicho concreto fabricante y el protocolo de comunicación exigido a los equipos controladores de sonido que se instalen en el municipio. Sin perjuicio de ello, no corresponde tampoco a esta Comisión en este momento analizar la trascendencia técnica de la exigencia de sustituir el sistema de comunicación de un equipo por otro diferente.

Sin perjuicio de lo anterior, y a la luz de la información facilitada, cabría considerar que la exigencia establecida para los fabricantes de equipos de sonido de emplear un cierto software, similar al empleado por una empresa competidora, en sustitución del que habitualmente utilizan, puede considerarse un obstáculo al acceso a las actividades económicas.

Dicho obstáculo al acceso a una actividad económica deberá analizarse en términos de necesidad y proporcionalidad.

A tal efecto, los límites al acceso se consideran necesarios cuando estén fundamentados en alguna de las razones de interés general establecidos en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, por remisión del artículo 5 LGUM.

La exigencia de disponer de equipos limitadores de sonido se justifica en el preámbulo de la Ordenanza como una medida dirigida al control de las actividades sujetas a intervención municipal debido a su condición de actividad clasificada. En particular, se trataría de la protección frente al ruido, fundamentalmente nocturno, en zonas residenciales, lo cual podría fundamentarse en razones de protección de la salud pública.

Si bien lo anterior podría justificar la necesidad de disponer de controladores-limitadores de sonido en determinados locales, desde el punto de vista de los operadores que ofrecen dicho producto, debe analizarse el requisito consistente en que los limitadores a instalar deban emplear un protocolo de comunicación telemática de datos cuyas especificaciones coinciden con el empleado por un concreto fabricante. En tales circunstancias, cabe pensar que se esté facilitando el acceso a la actividad a ese concreto fabricante y, de manera correlativa, se esté imponiendo un obstáculo a los demás fabricantes que deban adaptar sus equipos a las especificaciones técnicas del software empleado por el primero.

Desde el punto de vista de los fabricantes obligados a realizar adaptaciones en sus equipos, dicha circunstancia de tener que modificar el software que emplean podría constituir un límite al ejercicio de su actividad, en la medida en que la dificulta o le resta atractivo. Por otro lado, a salvo de las explicaciones que pueda dar el punto de contacto de la autoridad competente, no se observa que la exigencia de unos determinados requisitos técnicos para los sistemas de los equipos limitadores de sonido, que coinciden con los empleados por un concreto fabricante, esté justificada desde el punto de vista del principio de necesidad.

Por otro lado, si, tal como señala el informante, el Ayuntamiento pudo haber establecido un sistema de transmisión de datos compatible con los protocolos de los distintos equipos limitadores, sin que los fabricantes debiesen renunciar a su software propio, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad. Y ello en la medida en que la solución elegida, consistente en obligar a todos los fabricantes a adaptar su software a otro coincidente con el empleado por una empresa determinada, no sería la menos restrictiva posible.

Junto a lo anterior, no puede obviarse que, si bien no se produciría en este caso, en sentido estricto, una intervención de competidores en el otorgamiento de autorizaciones individuales (artículo 18.2.g LGUM en relación con el artículo 10.f de la Ley 17/2009), el hecho de que el municipio haya adoptado como requisito necesario para la instalación de equipos limitadores de sonido, el uso de un software coincidente con el empleado por un concreto fabricante, sitúa a dicho fabricante en una situación notoriamente ventajosa con respecto al resto.

III. CONCLUSIONES

1. El presente informe versa sobre la actuación de la autoridad competente consistente en exigir un determinado protocolo de comunicación telemática de datos (software) en los equipos controladores de sonido a instalar en locales de un municipio, cuyas características técnicas coincidirían con las empleadas por los equipos de un concreto fabricante, obligando al resto de operadores a adaptar el software de sus equipos al empleado por dicho fabricante.

2. A salvo de las explicaciones que pueda dar el punto de contacto de la autoridad competente, no se observa que la exigencia de un determinado protocolo de comunicación telemática de datos, cuyas especificaciones coinciden con las del empleado por un concreto fabricante, esté justificada desde el punto de vista del principio de necesidad. Por otro lado, si resultase posible técnicamente establecer unas exigencias técnicas compatibles con el software de todos los fabricantes, la obligación de emplear uno concreto estaría vulnerando el principio de proporcionalidad, al no ser la solución menos restrictiva posible. Y ello sin obviar la notoria ventaja competitiva que se concede al fabricante cuyo software sirve de referencia a las especificaciones técnicas establecidas por la autoridad municipal.