

# “Remunicipalización” de servicios locales y competencia

ANNA COLOMÉ I NIN

*Técnica de la Dirección General de la  
Autoritat Catalana de la Competència*

SUSANNA GRAU I ARNAU<sup>1</sup>

*Jefa del Área de Instrucción de Expedientes de la Dirección  
General de la Autoritat Catalana de la Competència*

1. **Delimitación conceptual: ¿de qué hablamos y por qué lo hacemos?**
2. **Impacto de las decisiones municipales sobre prestación de servicios en las condiciones de competencia en el mercado**
  - 2.1. Régimen de prestación: monopolio *versus* libre concurrencia
  - 2.2. Forma de gestión: directa *versus* indirecta
    - 2.2.1. Consideraciones generales
    - 2.2.2. Aspectos a valorar en la toma de decisión sobre la forma de gestión
    - 2.2.3. Algunas recomendaciones en el marco de las licitaciones públicas
    - 2.2.4. Cooperación horizontal y vertical en materia de servicios locales
  - 2.3. Efectos sobre la competencia en función del régimen de prestación y la forma de gestión escogidos
  - 2.4. Ejercicio de la iniciativa económica por los entes locales
3. **La LRSAL y el ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales desde el punto de vista de la competencia**
  - 3.1. Introducción de un análisis de competencia en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad (art. 86.1 LRBRL)
  - 3.2. Limitación de los servicios o actividades que pueden ser prestados en régimen de monopolio (art. 86.2 LRBRL)

---

*Artículo recibido el 29/12/2016; aceptado el 01/02/2017.*

1. Las consideraciones y los comentarios de las autoras recogidos en esta publicación son responsabilidad exclusiva de las mismas. No reflejan ni comprometen las posiciones presentes o futuras de la institución en la cual prestan servicios.

- 3.3. Informe de la autoridad de competencia para el establecimiento de un servicio en régimen de monopolio (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)
- 4. Informe de la autoridad de competencia (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)**
  - 4.1. Procedimiento
  - 4.2. Precisión de los supuestos en los que procede la solicitud de informe
  - 4.3. Preparación del expediente de municipalización, desde una óptica de competencia, por parte del ente local
- 5. Conclusiones**

## Resumen

El propósito de este artículo es tanto ofrecer la visión de la política de competencia en los procesos de “remunicipalización” de servicios públicos en el ámbito local, en el marco de la intervención que estas autoridades tienen normativamente encomendada (*ex* art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), como, de manera más general, señalar las implicaciones en términos de política de competencia de las decisiones de las Administraciones locales relativas: (i) al régimen de prestación de los servicios públicos (monopolio *vs.* concurrencia); (ii) a la concreta forma de gestión de los servicios públicos (gestión directa *vs.* indirecta), así como (iii) al ejercicio de la iniciativa económica de las entidades locales. En particular, este trabajo pretende hacer énfasis en la importancia de que estos procesos decisorios no obvien el análisis de competencia, a fin de evitar sacrificios injustificados en este ámbito que nos alejen de la eficiencia y que, por tanto, dificulten poder disponer de servicios públicos de calidad, de manera sostenible y fiable, al menor coste posible.

Palabras clave: *competencia; entidades locales; gestión directa; iniciativa económica; neutralidad competitiva; servicios esenciales reservados; servicios públicos; remunicipalización.*

## “Remunicipalization” of local services and competition law

### Abstract

*This article offers some insights into the process of “remunicipalization” of public local services from the perspective of competition law in the context of the powers assigned to local entities (ex art. 97.2 Royal Decree Law 781/1986, of 18 April, as amended by Law 27/2013, of 27 December, on Rationalization and Sustainability of local administrations) but also, in general terms, the article points out the implications of public administrations decisions on competition law in relation to: (i) the framework of public services (monopoly vs. free concurrence); (ii) the forms to manage public services (direct management vs. indirect management); and (iii) the exercise of the own economic initiative of local entities. In particular, this article emphasizes that all these decision-making processes should take into account the analysis from the point of view of competition law in order to avoid unjustified burdens in this matter which can lead to inefficiencies and low quality services.*

*Keywords: competition law; local entities; direct management; economic initiative; competition neutrality; essential public services reserved; public services; remunicipalization.*

### 1

#### **Delimitación conceptual: ¿de qué hablamos y por qué lo hacemos?**

A lo largo de los últimos años se ha observado un interés creciente en la llamada “remunicipalización” de determinados servicios locales, interés que se contrapone a la priorización, generalizada durante un largo período de tiempo, de las formas de gestión indirecta a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada para la prestación de dichos servicios. Este debate se ha producido también en otros ámbitos de la actividad prestacional de la Administración, por ejemplo, en aquellos de competencia autonómica como la sanidad; sin embargo, en este trabajo nos centraremos en las implicaciones de esta cuestión a nivel local.

A pesar de que el término utilizado para describir el fenómeno puede inducir a confusión sobre su significado exacto, puesto que la titularidad (y, por lo tanto, la responsabilidad) del servicio siempre ha sido del ente local, **“remunicipalizar” significa esencialmente “reinternalizar” el servicio**

**público local, es decir, recuperar la gestión por parte de los entes locales de aquellos servicios que vienen prestándose de forma indirecta por parte de la iniciativa privada.** Por tanto, cuando hablamos de “remunicipalización” nos estamos refiriendo a un proceso de cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales, pasando de una gestión indirecta a una gestión directa<sup>2</sup>.

Pero, ¿a qué se debe este cambio de tendencia? A pesar de que en algunos casos ha coincidido con un cambio en la configuración política –y en muchos casos también ideológica– de las corporaciones locales, cuestiones de eficiencia han sido puestas de manifiesto a la hora de valorar la conveniencia y oportunidad de plantearse una vuelta a la gestión directa de determinados servicios e iniciar un proceso de remunicipalización.

En este sentido, por un lado, algunos informes han puesto de manifiesto –en ciertos casos y bajo ciertas condiciones– la ineficiencia y la existencia de problemas derivados de una gestión indirecta por parte de operadores privados<sup>3</sup>, y, por el otro, hemos visto cómo algunas experiencias de recuperación de la gestión directa de determinados servicios han demostrado que este tipo de gestión puede ser factible y preferible en determinados casos (por motivos de eficiencia, calidad del servicio o participación ciudadana)<sup>4</sup>.

---

2. “Remunicipalizar no supone, por tanto, crear un nuevo servicio público, ni evitar la privatización –en el sentido de devolver esta actividad a un régimen de mercado– de un determinado servicio público. Al remunicipalizar tan solo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual servicios privatizados vuelvan a ser declarados servicios públicos y, por tanto, se produzca una nueva asunción por parte de la Administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado. Esta garantía, la condición de prestación de un servicio público, no había desaparecido. Lo que se modifica es el cómo se lleva a cabo la prestación de un servicio que no ha dejado de ser un servicio público, aunque su gestión se haya encomendado a un sujeto privado”. TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016.

3. En este sentido, se puede hacer mención del Informe núm. 1010, de “fiscalización del sector público local, ejercicio 2011”, del Tribunal de Cuentas (2013), que ha concluido que en los ayuntamientos con una población situada en el tramo comprendido entre 5001 y 20 000 habitantes, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable ha resultado más costoso cuando su provisión se ha atendido mediante contratación pública que en aquellos otros casos en los que se ha encomendado a sus propios medios; o del Informe de la Universidad de Greenwich y otros, “Llegó para quedarse. La remunicipalización del agua como tendencia global” (2014).

4. En este sentido se ha manifestado PONCE SOLÉ, J., en “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2016.

**Ilustración núm. 1****Algunos de los motivos por los que se debate acerca de la remunicipalización**

<b>Tradicionalmente se ha asociado a la gestión privada de los servicios públicos...</b>	<b>... sin embargo, actualmente la gestión privada es cuestionada por:</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Profesionalidad de la gestión del servicio (menores obstáculos y mayores incentivos a establecer mecanismos de gestión que potencian la eficiencia)</li> <li>• Aprovechamiento de las economías de escala</li> <li>• Capacidad de inversión</li> <li>• Flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de la gestión</li> <li>• Agilidad en la toma de decisiones</li> <li>• Decisiones no ligadas al corto plazo o al ciclo electoral</li> <li>• Introducción de competencia en la fase de acceso al mercado (situación que ha de propiciar la introducción de eficiencia)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Discutible calidad de los servicios</li> <li>• Fraude en los procesos de licitación pública (corrupción y comportamientos anticompetitivos de los operadores)</li> <li>• Exiguo poder negociación del ente local frente a grandes corporaciones que asumen la gestión del servicio público (problema de dimensión de las organizaciones)</li> <li>• Limitada capacidad de supervisión y control sobre la prestación del servicio por parte de los entes locales, a pesar de ser los titulares del servicio</li> <li>• Coste del servicio (retribución del gestor, coste del proceso de licitación, etc.)</li> <li>• Insuficiente sensibilidad ciudadana</li> <li>• Escasa transparencia en la gestión del servicio</li> </ul>

Sin embargo, para que pueda remunicipalizarse un determinado servicio local (por ejemplo, el abastecimiento domiciliario de agua potable o la recogida de residuos urbanos) es condición *sine qua non* que previamente se haya producido la municipalización del mismo. Así, según la doctrina administrativa, **“municipalizar” significa asumir por parte del ente local la efectiva prestación de un servicio público y, en consecuencia, la responsabilidad de su prestación**, excluyendo la iniciativa privada de este ámbito; supone el **establecimiento o la creación de un servicio público local en régimen de monopolio**. Una vez municipalizado el servicio, el ente local deberá optar entre una forma de gestión directa (por él mismo) o indirecta, a través del encargo a operadores privados.

Tal como indica TORNOS (2016), al municipalizar se admite que el municipio puede llevar a cabo una actividad pública de contenido económico si decide prestar directamente el servicio, si bien esta actividad económica está vinculada a la prestación de servicios públicos.

Cabe recordar que el artículo 128.2 de la Constitución reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, y establece además que mediante norma con rango de ley pueden reservarse al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio. Así pues, por un lado, se reconoce constitucionalmente la capacidad de las Administraciones de desarrollar actividades económicas, como un sujeto más al que el orde-

namiento jurídico atribuye iniciativa para ello, y, por el otro, se les reconoce la facultad de prestar determinados servicios (los que les son legalmente reservados) en régimen de monopolio<sup>5</sup>.

A nivel local, el contenido de este precepto constitucional se concreta en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), el cual establece los requisitos básicos para el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas. En este sentido, la actividad económica de los entes locales necesariamente debe estar vinculada a su ámbito competencial, por lo que habrá de acudir a los artículos 25 y 26 de esta misma Ley para poder determinar la tipología de servicios o actividades económicas que pueden y, en algunos casos, deben ser prestados a nivel local.

Por un lado, el artículo 25.1 LRBRL vincula la prestación de servicios al concepto de utilidad pública de los mismos, disponiendo que “el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”. En el apartado 2.º se detallan los ámbitos en los que se reconoce competencia municipal<sup>6</sup>; por otro lado, el artículo 26.1 LRBRL establece un listado de servicios de obligatoria prestación por parte de todos los municipios, en función de su número de habitantes, los cuales se configuran como servicios locales mínimos<sup>7</sup>.

Asimismo, también de conformidad con el artículo 128.2 de la Constitución, el artículo 86.2 LRBRL reserva a los entes locales la posibilidad de prestar en régimen de monopolio, es decir, excluyendo la iniciativa privada de ese ámbito, determinados servicios o actividades esenciales: “Se declara

---

5. El artículo 103 de la Constitución, de aplicación general a toda actividad administrativa, condiciona el ejercicio de la iniciativa pública en la economía al cumplimiento de finalidades de interés general. Así, tal como manifestó la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de octubre de 1989, la iniciativa pública en la economía está condicionada, por un lado, por el cumplimiento de las finalidades de interés general a las que toda Administración debe servir, y, por el otro, por el respeto a la libre competencia, que impone que los operadores públicos se sometan a las mismas cargas que afectan a los privados y a sus mismos riesgos, sin disfrutar de ningún tipo de privilegio.

6. Por ejemplo, urbanismo, medio ambiente urbano, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación de aguas residuales, cementerios y servicios funerarios, promoción del deporte, etc.

7. Así, son de obligatoria prestación en todos los municipios los siguientes servicios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

En resumen, los entes locales solo pueden prestar en régimen de monopolio, la opción más restrictiva de la competencia, los servicios o las actividades esenciales previstos en este artículo o los que se establezcan mediante norma de rango legal; el resto de actividades económicas deberán desarrollarse en régimen de libre concurrencia, es decir, siguiendo las reglas de mercado.

Llegados a este punto es importante recordar que la normativa comunitaria<sup>8</sup> no impone un determinado régimen o forma de gestión de los servicios públicos; no prejuzga ni prioriza la opción privada *versus* la pública, pero sí que es exigente con el respeto y cumplimiento de las normas de competencia<sup>9</sup>. Son pocas las excepciones al principio de libre competencia admisibles por el derecho comunitario, por lo que en el ámbito de los servicios locales, al igual que en otros ámbitos, solo serían aceptables aquellas restricciones a la competencia estrictamente necesarias para la consecución de objetivos de interés general.

Es evidente que el debate sobre la remunicipalización de los servicios locales interesa, y mucho, a las autoridades de competencia. Más allá de la intervención de estas autoridades prevista normativamente (*ex art.* 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local) en los procedimientos decisorios de los entes locales relativos a la prestación de determinados

8. Para un análisis detallado sobre la incidencia del derecho comunitario en los procesos de remunicipalización, véase GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016.

9. Artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

servicios en régimen de monopolio (cuestión que se tratará en este artículo), **las decisiones relativas tanto al régimen de prestación y a la concreta forma de gestión de los servicios públicos como al ejercicio de la iniciativa económica local presentan importantes implicaciones en términos de política de competencia.** De hecho, solo en atención a la gran cantidad de servicios que ofrecen los entes locales, es evidente que **la actividad prestacional de los mismos puede tener un gran impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado; por ello, es importante que en proceso decisorio los entes locales tomen también en consideración la variable “competencia”.**

Y ello es así porque **la competencia persigue** la eficiencia en la asignación de los recursos en el mercado en beneficio del consumidor, lo que debe traducirse **en el ámbito de los servicios públicos locales en poder disponer de servicios de calidad, sostenibles, fiables y al menor coste posible.**

## 2

### **Impacto de las decisiones municipales sobre prestación de servicios en las condiciones de competencia en el mercado**

Como hemos señalado, las decisiones adoptadas por los entes locales relativas a la prestación de los servicios cuya responsabilidad tienen encomendada, o a la realización de actividades económicas en base a su iniciativa económica, no son neutras en términos de competencia. Tanto la decisión relativa al régimen de prestación (monopolio *versus* libre concurrencia) como la relativa a la forma de gestión del servicio (directa, por el propio ente local, *versus* indirecta, haciendo uso de las formas de gestión previstas en la normativa de contratación del sector público) inciden en mayor o menor medida en las condiciones de competencia del mercado en que se desarrolla dicha actividad prestacional.

A continuación se analizan dichas implicaciones. Sin embargo, con carácter previo, cabe recordar que la decisión sobre el régimen de prestación está condicionada por el hecho de que uno u otro régimen (monopolio o libre concurrencia con el sector privado) no son completamente alternativos; solo en los casos previstos por la legislación los entes locales podrán realmente optar, ya que la prestación en régimen de monopolio solamente está prevista para los llamados servicios o actividades esenciales, actualmente limitados al abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros,



de conformidad con el artículo 86.2<sup>10</sup> LRBRL. Para el resto de servicios locales, el único régimen previsto es el de libre concurrencia con el sector privado.

## 2.1

### Régimen de prestación: monopolio *versus* libre concurrencia

La primera de las decisiones (prestación en régimen de monopolio o en libre concurrencia) es de vital importancia desde una óptica de competencia, puesto que de ella **dependerá la existencia o inexistencia de competencia en el mercado**, es decir, la existencia o no de múltiples operadores (públicos y privados) que rivalicen en la prestación del servicio o la ejecución de la actividad de que se trate. En este sentido, hay que tener presente que **el juego de la competencia también es importante en el ámbito de los servicios y las actividades económicas locales, puesto que la competencia, a través de los mecanismos de oferta y demanda, no persigue otro objetivo que la eficiencia en la asignación de recursos en beneficio del consumidor, propiciando mayor variedad y cantidad de oferta, precios más bajos, más innovación y mayor calidad, entre otros.**

Si se opta por la prestación del servicio o de la actividad en régimen de libre concurrencia, el ente local (independientemente de la forma de gestión adoptada) se convierte en un prestador que compite, en igualdad de condiciones, con la iniciativa privada, de modo que el ciudadano puede optar por una pluralidad de prestadores. En cambio, cuando se produce una reserva monopolista, los servicios se prestan por la Administración, directa o indirectamente, en régimen de exclusiva, negando la libertad de empresa a la iniciativa privada en el mercado afectado por dicha reserva.

Desde una óptica de competencia, la decisión relativa a la prestación de un servicio en régimen de monopolio o en concurrencia con la iniciativa privada es, como hemos dicho, de vital importancia, puesto que la primera opción (monopolio) constituye la restricción a la competencia más importante que puede producirse por parte de un ente público (local, en este caso). En una **situación de reserva monopolista, desaparece la posibilidad de**

10. Este mismo apartado 2 del artículo 86 LRBRL prevé que tanto el Estado como las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante norma con rango de ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. Al respecto señalar que en Cataluña no se ha producido una reserva adicional para otro tipo de actividades o servicios, por lo que la prestación en régimen de monopolio se limitará a los casos contemplados en el artículo 86.2 LRBRL.

**inducir el juego de la competencia, ya que la entrada de operadores distintos al legalmente establecido ha quedado vedada; estaríamos, en definitiva, ante una situación de no competencia.**

Por tanto, en general, **la recomendación en términos de competencia es clara: siempre que puedan prestarse los servicios públicos en régimen de libre concurrencia deberá evitarse la prestación en régimen de monopolio.**

Sin embargo, ¿existen supuestos o situaciones en que podría estar justificado, desde una óptica de competencia, el establecimiento de un régimen de monopolio?

En este sentido, se ha demostrado que **no en todos los supuestos la mejor opción es siempre el libre mercado.** Hablamos, esencialmente, de situaciones en que existe un **fallo de mercado**: cuando el mercado no es capaz, por sí mismo, de proveer de manera adecuada determinados bienes y servicios, muy probablemente estará justificado acudir a un régimen de monopolio para la prestación de un servicio o la realización de una determinada actividad económica. En el caso de los servicios locales, los principales fallos de mercado detectados serían, básicamente: (i) la existencia de **externalidades**, esto es, consecuencias derivadas de la actividad económica que afectarían a personas distintas a las que realizan la actividad en cuestión y que no tendrían reflejo en los precios de los servicios producidos (pueden ser positivas<sup>11</sup> o negativas<sup>12</sup>), y (ii) las **asimetrías informativas**, es decir, casos en que las partes participantes en una determinada transacción no poseen la misma información sobre determinadas variables (precio, cantidades a producir u otras condiciones comerciales) que son importantes para que el usuario pueda tomar una correcta decisión sobre el servicio en cuestión. Asimismo, puede ocurrir que sea imprescindible la toma en consideración de **determinados criterios de eficiencia** a la hora de proveer determinados servicios, o que la estructura del mercado responda a un **monopolio natural** (por ejemplo, la gestión del ciclo del agua), por lo que el establecimiento de un régimen de monopolio, que atribuya a un único operador (público o privado, como veremos más adelante) la prestación del servicio o la explotación de una actividad en exclusiva, probablemente constituya la mejor forma de prestación. En cualquier caso, habrá que realizar una tarea

---

11. En general, se trata de los efectos beneficiosos que puede tener sobre terceros (empresas o particulares) la prestación de determinados servicios o actividades económicas.

12. En cambio, cuando hablamos de externalidades negativas nos estamos refiriendo a los costes que la realización de determinada actividad económica comportaría para los terceros ajenos a la misma (por ejemplo, la contaminación causada por un determinado operador).

de identificación y análisis de dichos fallos, puesto que la determinación de si una actividad se presta mejor de un modo u otro debe valorarse caso a caso.

Finalmente señalar que, en relación con la prestación en régimen de monopolio, en términos de competencia sería conveniente que **el monopolio no abarcara más prestaciones o actividades que las estrictamente necesarias para el correcto cumplimiento del servicio público en cuestión**, de modo que aquellas actuaciones no necesariamente vinculadas a este servicio continuaran abiertas a la competencia entre operadores<sup>13</sup>. Sin duda alguna, ello redundaría en beneficio de los consumidores y usuarios de los servicios públicos.

## 2.2

### Forma de gestión: directa versus indirecta

#### 2.2.1

#### Consideraciones generales

Una vez tomada la decisión anterior (monopolio o libre concurrencia con el sector privado), el ente local deberá determinar cómo gestiona efectivamente el servicio: directamente, es decir, por el propio ente local, atendiendo a las formas previstas para ello en la legislación de régimen local<sup>14</sup>, o indirectamente, mediante el encargo al sector privado<sup>15</sup>.

13. Por ejemplo, cuando se declara la prestación en monopolio del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, con independencia de que la gestión sea directa o indirecta, determinadas prestaciones, como la realización de obras de extensión de la red o de determinadas acometidas, conservación y mantenimiento de contadores, etc., podrían ser realizadas por otros prestadores de servicios en régimen de competencia, estableciendo para ello un régimen de reglamentación y especificación técnica adecuado.

14. El artículo 85.2 LRBRL establece como formas de gestión directa las siguientes: a) gestión por la propia entidad local; b) organismo autónomo local; c) entidad pública empresarial local, y d) sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

15. El mismo artículo 85.2 LRBRL remite a la legislación de contratos del sector público para la determinación de las formas de gestión indirecta. Así, el artículo 227 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), dispone que: “La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; c) Concierto con la persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; d) Sociedad de economía mixta en la que

Dicha decisión también es importante en clave de competencia, ya que **la decisión relativa a la forma de gestión (directa o indirecta) condiciona el tipo de competencia existente en el sector**; hablamos en este caso de **competencia POR el mercado**, que sustituye a este nivel a la **competencia EN el mercado**. Esta última implica la concurrencia de distintos operadores, públicos y/o privados, que rivalizan en la prestación del servicio o la realización de la actividad de que se trate; en cambio, la competencia por el mercado se refiere a la concurrencia o rivalidad de los operadores para obtener el derecho a explotar o gestionar unos servicios o actividades de manera exclusiva durante un período de tiempo determinado.

Por tanto, este tipo de competencia se produce en los supuestos de gestión indirecta y se excluye en los supuestos de gestión directa, en que quien presta el servicio (con independencia de la concreta forma escogida) es la propia Administración local:

- a) En los supuestos de gestión indirecta, la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato, en la que concurre una pluralidad de operadores con distintas ofertas de precio, calidad u otras características. Una vez adjudicado el contrato a un operador determinado, la competencia por el mercado desaparece durante toda la vigencia del contrato, y no reaparece hasta que se produce una nueva licitación. Por estos motivos, en los supuestos de gestión indirecta cobra especial relevancia el procedimiento de licitación del contrato, que deberá ser lo más competitivo posible<sup>16</sup>, ya que en caso de que se introduzcan en él elementos de distorsión, sus consecuencias negativas para la competencia persistirán durante toda la vigencia del contrato.
- b) En cambio, en una gestión directa no existe competencia por el mercado, reduciéndose la tensión competitiva a la hora de prestar el servicio, lo que podría provocar una pérdida de incentivos a la eficiencia.

**Aunque *a priori*, en términos de competencia, sería preferible optar por una gestión indirecta, ya que lleva asociado un mayor grado de competencia (los operadores rivalizan periódicamente para obtener el**

---

la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

16. Procedimiento de licitación que debería ser diseñado de tal manera que permitiera la participación del mayor número posible de licitadores (por tanto, un mayor número de ofertas entre las que escoger), y minimizara las distorsiones a la competencia que pudieran producirse.

**encargo de la Administración)<sup>17</sup>, no necesariamente siempre es la mejor opción; en ocasiones los beneficios derivados de una gestión eficiente pueden ser superiores a los derivados del juego de la competencia, por lo que si la gestión directa se demuestra más eficiente habrá que optar por ella.**

De hecho, este concepto de eficiencia se recoge en el redactado vigente del artículo 85.2 LRRL, al establecer un orden de preferencia entre las distintas formas de gestión directa de los servicios locales (aspecto no tratado en este artículo). Así, “solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) [entidad pública empresarial y sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública] cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión”.

En resumen, la eficiencia es clave de la cuestión; sin embargo, en ocasiones la opción de establecer una gestión directa se toma teniendo en cuenta criterios ajenos a la eficiencia. En este sentido, con frecuencia se esgrime la evitación de conflictos socio-laborales que se derivarían de la privatización (por ejemplo, racionalización de plantillas), o la voluntad de retener el control que implica la gestión directa del servicio por razones de imagen pública. Asimismo, también pueden influir otros factores, como el posicionamiento ideológico de los órganos decisorios del ente local, o la experiencia práctica de municipios cercanos en la gestión de un determinado servicio.

---

17. Tal como señala ESPINOSA GARCÍA, J., en “Servicios públicos locales y competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. (coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, 2011, pp. 197-219, “en principio, y con todas las matices pertinentes cuando se realiza un ejercicio de generalización, la decisión de externalizar el servicio puede suponer un incremento de la eficiencia en su prestación, al menos por dos razones principales. En primer lugar, cabe suponer que las entidades privadas tienen menos obstáculos y mayores incentivos a establecer mecanismos de gestión que supongan importantes ventajas de costes en relación con la gestión pública, debido a su ánimo de lucro como primer elemento motivador de su actividad y a una mayor flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de dicha gestión. En segundo lugar, como se verá posteriormente, la externalización permite introducir competencia en la fase de acceso al mercado, y dicha competencia precisamente puede asegurar un mejor traslado de esas eficiencias y ventajas de costes a la prestación del servicio, mediante la puja entre distintos competidores por hacerse con él”.

## 2.2.2

### Aspectos a valorar en la toma de decisión sobre la forma de gestión

Pero ¿qué aspectos o variables concretas, desde una óptica de competencia, deberían ser tenidos en cuenta para decantarse por una gestión directa o indirecta?<sup>18</sup> Entre otros, se pueden destacar los siguientes:

- *Número suficiente de oferentes en el mercado interesados en la prestación del servicio.* Para decidir sobre la oportunidad de externalizar un servicio, es importante conocer si existe un número suficiente de oferentes dispuestos a competir efectivamente para resultar adjudicatarios de un determinado contrato. Esto es, debe existir competencia efectiva en la asignación del contrato; de lo contrario, no va a resultar adecuado acudir al mercado.
- *La calidad del servicio debe ser fácil de medir y es preferible que los servicios se deban financiar en gran parte por los propios usuarios de los mismos.* En caso de no cumplirse estas premisas va a resultar complicado acercarse adecuadamente al mercado para que preste el servicio.
- *Correcta distribución del riesgo e información abundante.* En el caso de acudir a una gestión indirecta debe nítidamente poderse: (i) establecer una adecuada asignación de riesgos; (ii) garantizar la transparencia de la relación público-privada durante la vida del contrato, y (iii) contar con una unidad –con experiencia y recursos suficientes– para controlar y supervisar el servicio que se ha contratado.
- *Inexistencia de elevados costes a la entrada y/o costes hundidos.* Unos costes iniciales muy elevados o importantes costes hundidos para la prestación del servicio –es decir, no fácilmente recuperables una vez finalizado el contrato– pueden comportar, en vista a nuevas licitaciones, la perpetuación de los operadores que prestan en la actualidad el servicio y, por tanto, el desincentivo de los potenciales interesados en participar y competir en un proceso para obtener la adjudicación de un nuevo contrato.
- *Posibilidad de conceder autonomía sobre los costes de la operación del servicio.* Cuando se concede un amplio grado de autonomía sobre los costes de la operación del servicio (por ejemplo, los cos-

---

18. Véanse ESPINOSA GARCÍA, J., *op. cit.*; y ENGEL, E., FISCHER, R. D. yGALETOVIC, A., *The Economics of Public-Private Partnerships*, Cambridge University Press, New York, 2014.

tes salariales), se favorece la presentación de ofertas competitivas que internalicen las eficiencias derivadas de una mayor capacidad de gestión, intensificándose la competencia en el acceso al servicio público de que se trate.

- *Limitación de la posibilidad de realizar modificaciones contractuales.* Las circunstancias susceptibles de poder alterar el contenido económico del contrato deben poder preverse y limitarse razonablemente. En este sentido, la modificación sobrevenida de las condiciones contractuales previamente pactadas supone una grave alteración de las condiciones de competencia en las que se produjo la licitación del contrato y, por lo tanto, el acceso a la gestión del contrato.

Si se verificaran tales circunstancias, probablemente la decisión más beneficiosa para el interés general sería la externalización del servicio. En caso contrario, las ventajas que normalmente se atribuyen a la gestión privada o indirecta serán probablemente menores.

### 2.2.3

#### Algunas recomendaciones en el marco de las licitaciones públicas

Si finalmente se opta por una gestión indirecta del servicio, desde una óptica de competencia, adquiere una extraordinaria importancia el diseño tanto del procedimiento de licitación en sí mismo como del contrato que finalmente se adjudique. Como hemos señalado, las consecuencias negativas para la competencia derivadas de la introducción de determinados elementos de distorsión en la licitación persistirán durante toda la vigencia del contrato. Por tanto, **para favorecer precisamente la competencia por el mercado, el procedimiento de licitación debería permitir la participación del máximo número de licitadores posibles, y minimizar los posibles riesgos de distorsión a la competencia que puedan darse.**

Para ello, dentro del margen que concede la normativa de contratación del sector público a las Administraciones Públicas, los entes locales deberían elegir aquellas opciones o variables que favorezcan la competencia en el momento de selección del operador<sup>19</sup>:

19. Atendida la importancia de la contratación pública en España, las autoridades de competencia, tanto estatal como autonómicas, han analizado profusamente los elementos propios del diseño de las licitaciones públicas a fin de recomendar aquellas opciones que resulten lo más procompetitivas posibles; entre otras –sin ánimo de exhaustividad– se puede hacer referencia a las siguientes publicaciones:

- *Tipo de procedimiento de adjudicación.* Cualquier medida que dificulte la participación de los operadores en la licitación será peor en términos de competencia; por ello, debería priorizarse el procedimiento abierto.
- *Publicidad verdaderamente efectiva de los anuncios de licitación.* La noticia de la licitación debería llegar a los potenciales interesados a fin de asegurar la mayor competencia potencial posible. Por ejemplo, además de los mecanismos de publicidad establecidos en la normativa de contratación pública, los entes locales también podrían hacer uso de las plataformas electrónicas de contratación administrativa.
- *Puesta a disposición de los licitadores de toda la información relevante, no solo de carácter técnico sino también económico.* El objetivo es que los licitadores puedan, efectivamente, presentar ofertas realistas y competitivas. Si la información relevante (por ejemplo, costes del servicio actual, flujos de demanda, etc.) solo es conocida por el prestador actual del servicio, este dispondrá de una ventaja competitiva que le permitirá presentar, ante una nueva licitación del servicio, la oferta mejor adaptada a la realidad pero sin a lo mejor ser la más eficiente.
- *Duración del contrato.* Los plazos que se establezcan deberían permitir la recuperación de las inversiones y obtener un beneficio sobre el capital invertido, evitando asimismo las prórrogas innecesarias del contrato. Solo así se limita el cierre de mercado que se

- 
- la “Guía sobre Contratación Pública y Competencia” (2011), de la CNC, págs. 10 a 28.  
([https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf));
  - el Informe de la CNMC “PRO/CNMC/001/15-Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia” (2015), págs. 9 a 24.  
([https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502\\_Informe\\_ContratacionPublica.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf));
  - el “Estudio sobre la contratación pública en la Comunidad Autónoma andaluza desde el punto de vista de la competencia” (2010), de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, págs. 14 a 17.  
(<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-contratacion-publica-final.pdf>), así como
  - las “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza” (2010), págs. 16 a 41.  
(<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/RecomendacionesContratacionPublica.pdf>).



produce con la adjudicación y, por tanto, la restricción a la competencia, al mínimo posible.

- *Establecimiento de criterios de solvencia económica y técnica proporcionados al objetivo que se persigue.* Es prioritario poder contar con un buen número de licitadores, por ello es necesario que el propio diseño de la licitación no limite injustificadamente el acceso de determinados operadores que podrían desempeñar perfectamente el servicio (en especial, los de pequeña dimensión).
- *Diversificación y fragmentación de los contratos.* Con la división de los contratos en lotes<sup>20</sup> se permite la participación de un mayor número de licitadores en el procedimiento y, además, adjudicados los lotes, existe una pluralidad de prestadores de servicios.
- *No discriminación entre nuevos operadores y operadores incumbentes.* En general, evitar el establecimiento de cláusulas que favorezcan o privilegien al operador que actualmente presta el servicio (por ejemplo, exigencia de determinada experiencia previa).

La aplicación de tales criterios en los procedimientos de licitación debería permitir al ente local beneficiarse de las ventajas derivadas de la competencia.

#### 2.2.4

#### Cooperación horizontal y vertical en materia de servicios locales

En ocasiones, los entes locales celebran convenios de colaboración con otras Administraciones Públicas (cooperación horizontal o no institucionalizada) o recurren al encargo a medios propios (cooperación vertical o institucionalizada) para la gestión directa de determinados servicios locales. Ello supone la exclusión de la aplicación de la normativa de contratación pública en supuestos que, en ausencia de tales mecanismos para desarrollar una actividad en gestión directa, muy probablemente deberían recurrir a la gestión indirecta y, en consecuencia, licitar el contrato correspondiente, suscitando la competencia por el mercado. Por este motivo, **la utilización de estos mecanismos**

20. De hecho, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, prioriza la contratación por lotes. El artículo 46 de la misma impone la obligación de justificar cuando no se procede a la división en lotes de los contratos (apdo. 1, al que se le reconoce aplicabilidad directa desde el pasado 18 de abril de 2016), y prevé que los Estados miembros puedan hacer obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados (apdo. 4).

por parte de los entes locales tiene importantes implicaciones en materia de competencia<sup>21</sup>, más en los supuestos en los que podrían no cumplirse los requisitos establecidos para que opere la exclusión.

Respecto de los **convenios de colaboración**, el artículo 4.1 c) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) regula la posibilidad de que se celebren convenios entre Administraciones Públicas que queden excluidos de la aplicación de las normas de contratación pública. Dicha exclusión será factible solamente cuando el convenio en cuestión no tenga una naturaleza objetivamente contractual<sup>22</sup>, por lo que es crucial determinar cuándo un convenio de colaboración entre dos Administraciones Públicas tiene carácter contractual y cuándo no lo tiene. En este sentido, señalar que la denominación que otorguen las partes al convenio es irrelevante a la hora de decidir si realmente se trata de un convenio de colaboración o de un contrato, debiendo estar a la naturaleza real y objetiva de lo convenido<sup>23</sup>.

Son requisitos mínimos para considerar que existe un convenio de colaboración en el sentido de la exclusión de la normativa de contratación pública<sup>24</sup>, esto es, sin naturaleza contractual: (i) que en él participen solo poderes adjudicadores y no haya presencia de capital privado; (ii) que se produzca una cooperación real en vista a la realización de una tarea común (misión o servicio público común), y (iii) que tal cooperación se rija únicamente en atención a consideraciones de interés público. Para la apreciación de tal elemento cooperativo en el desarrollo de una tarea común, pueden considerarse distintos elementos: por ejemplo, si existe un reparto de res-

---

21. Ver el Informe, de fecha 26 de marzo de 2015, de la *Autoritat Catalana de la Competència*, sobre el establecimiento, en régimen de monopolio, del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable del municipio de Santa María de Oló (referencia OB 19/2015).

22. Art. 4.1 TRLCSP: “Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: [...] c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades públicas, las comunidades autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”.

23. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004.

24. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06 Comisión/Alemania.

También ver el Documento de Trabajo de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación en el sector público), de referencia SEC (2011) 1169, de 4 de octubre de 2011.

ponsabilidades, o, como mínimo, que la actuación de una de las partes constituya un “complemento específico” de las funciones de interés público de la otra parte<sup>25</sup>.

Por tanto, en caso de ausencia de una verdadera cooperación entre Administraciones Públicas (cuando, por ejemplo, exista una asignación de tareas unilateral de una Administración a otra, o se retribuya más allá de los costes del servicio), un convenio de colaboración tendrá naturaleza contractual y, en consecuencia, deberá someterse a las normas de contratación del sector público, licitando el correspondiente contrato.

Respecto a las **encomiendas de gestión a medios propios**, en primer lugar señalar que han sido objeto de análisis detallado por parte de las autoridades de competencia<sup>26</sup>. Los medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas son entidades del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil, que proveen determinados bienes y servicios a su Administración encomendante, de acuerdo con una relación administrativa de encomienda de gestión, no contractual, consecuencia del carácter interno o instrumental de dichas entidades<sup>27</sup>. Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de las encomiendas de gestión (el instrumento normativo previsto para realizar el encargo) a medios propios es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por tanto, de la concurrencia.

**Cuando su utilización es extensiva puede generar riesgos para la competencia efectiva en los mercados;** en palabras de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)<sup>28</sup>: “El recurso a encomiendas de gestión, en particular cuando es sistemático, puede suponer condiciones menos ventajosas para las Administraciones demandantes de las que se derivarían de una licitación pública [por ausencia, básicamente, de tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución de las encomiendas], una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por

25. Ver conclusiones del Abogado General, de fecha 23 de enero de 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH / Technische Universität Hamburg-Hamburg*.

26. Ver, en este sentido, el Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, de 2013.

27. Como recuerda la CNC el citado Informe, el motivo detrás de su existencia tiene que ver con la necesidad o conveniencia que tienen las Administraciones de aprovisionarse de determinados bienes y servicios con excepcional rapidez, por la naturaleza particularísima de las prestaciones demandadas o por la ausencia de proveedores alternativos. Son, pues, operadores económicos que actúan en los mercados, si bien su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración “matriz”.

28. Actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

parte de operadores privados alternativos y una ruptura de la neutralidad competitiva en los bienes y servicios que estas entidades ofertan a otros demandantes, cuando ello sucede”. **Esta circunstancia provoca que deban justificarse adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, además de cumplirse escrupulosamente los requisitos que permiten su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.**

Así pues, el artículo 4.1 del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública “los negocios en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”. De conformidad con las previsiones del citado artículo 26.4, para que opere tal exclusión, es necesario que, por un lado, la entidad pública que formule el encargo ostente sobre el medio propio un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por el otro, que el medio propio realice la parte esencial de sus actividades para la entidad o entidades que lo controlan<sup>29</sup>.

La apreciación de la efectiva concurrencia de tales requisitos ha ido perfilándose a través de la jurisprudencia esencialmente comunitaria, la cual ha sido incorporada en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. En concreto, el artículo 12.1<sup>30</sup> de la

29. Artículo 24.6 TRLCSP:

*A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

30. Tal como señala el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, cabe reconocer el efecto directo

misma fija los requisitos cumulativos para que se considere que un encargo a un medio propio no está sujeto a las normas de contratación pública: “a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que lo controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”.

**Cuando no se cumplan escrupulosamente tales requisitos, no debería producirse una encomienda de gestión a un medio propio para la provisión de determinados bienes y servicios. En caso contrario, se estaría haciendo un uso fraudulento de tal recurso para evitar la aplicación de la normativa de contratación pública y, a su vez, provocar un daño a la competencia** (restricción a la competencia que se fundamenta en la falta de concurrencia en la selección del *partner* de la Administración adjudicadora del encargo). **Esta perturbación de la competencia**, podría en determinadas circunstancias ser analizable desde la perspectiva de defensa de la competencia, **puesto que eventualmente podría considerarse como una infracción de la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia**<sup>31</sup>.

### 2.3

#### **Efectos sobre la competencia en función del régimen de prestación y la forma de gestión escogidos**

Como se ha visto, tanto la decisión sobre el régimen de prestación (monopolio o libre concurrencia) como la posterior relativa a la forma de gestión (directa o indirecta) presentan implicaciones sobre la competencia. Efectos que serán más o menos intensos en función de la interacción entre las variables elegidas por el ente local:

---

del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE desde el 18 de abril de 2016, fecha en la que finalizó el plazo de transposición de la misma.

31. Ver, en este sentido, la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015 (expediente 7/2013, OBRAS PUBLICAS ALAVA).

**Ilustración núm. 2**  
**Afectaciones a la competencia en función del régimen de prestación y de la forma de gestión escogida**

		Régimen de prestación	
		MONOPOLIO	LIBRE CONCURRENCIA
Forma de gestión	GESTIÓN DIRECTA	NO hay mercado	Competencia EN el mercado
	GESTIÓN INDIRECTA	Competencia POR EL mercado	Competencia EN el mercado y POR EL mercado

Evidentemente, la situación más restrictiva de la competencia es la combinación “monopolio/gestión directa”, en la que la Administración es la única prestadora del servicio, seguida de la situación “monopolio/gestión indirecta”; en este último caso, las empresas rivalizan para conseguir una situación privilegiada, mientras que en el primero no surge esta posibilidad, al no existir mercado. A continuación, seguiría la situación “libre concurrencia/gestión directa”, en que existe competencia en el mercado y la Administración es un operador más. Por último, tendríamos el cuadrante “libre concurrencia/gestión indirecta”; en este último caso existe, por un lado, la rivalidad entre operadores para conseguir el encargo de la Administración (competencia por el mercado), y, por el otro, la derivada del solapamiento entre el operador que presta el servicio por la Administración y la iniciativa privada.

Las restricciones a la competencia pueden sustantivarse en un cierre más o menos importante del mercado, por lo que, en principio, las opciones de prestación en régimen de libre concurrencia son las que deberían priorizarse<sup>32</sup>.

32. Más allá de los problemas de competencia puestos de manifiesto en la prestación en régimen de monopolio, cabe añadir los derivados del poder tarifario que la Administración ejerce sobre el servicio de que se trate. En este sentido, cuando se presta el servicio en régimen de monopolio, la Administración debe estimar los costes reales del servicio, con la dificultad que ello conlleva, para poder fijar las tarifas. En cambio, en los casos de pres-

## 2.4

**Ejercicio de la iniciativa económica por los entes locales**

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las entidades locales prestan a los ciudadanos servicios de diversa índole; de hecho, en los apartados previos de esta sección nos hemos referido básicamente a la prestación de servicios públicos, pero los entes locales, más allá de esa actividad prestacional, también pueden hacer –y hacen– uso de su iniciativa económica, reconocida en el art. 128.2 de la Constitución (como un agente más).

En estos supuestos, al tratarse necesariamente de una actividad que se desarrolla en concurrencia con la iniciativa privada, podría parecer apriorísticamente que no se van a producir dificultades o problemas de competencia. Sin embargo, esto no es necesariamente así, ya que a menudo en este entorno se producen situaciones que presentan la potencialidad de alterar las condiciones de competencia en el mercado; por ejemplo, el supuesto de una empresa pública que establece una política de pérdidas continuadas, ya que dispone de financiación pública, u ofrece bienes y servicios por debajo del precio de coste, no compitiendo en igualdad de condiciones con un operador privado, quien incluso podría llegar a verse expulsado del mercado. Si cabe, estos riesgos para la competencia son más elevados cuando la Administración ostenta la capacidad de regulación en el mercado, en calidad de titular de potestades públicas de ordenación y control, y al mismo tiempo interviene en el mercado como operador económico<sup>33</sup>.

Por ello, en estos casos es determinante la salvaguarda del **principio de neutralidad competitiva de los mercados**, de modo que el marco jurídico y regulatorio garantice la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en los que el sector público desarrolla actividad económica o presta servicios públicos. En este sentido, cuando el sector público (empresas públicas) desarrolla actividades económicas, tales actividades deben llevarse a cabo sin ninguna ventaja o desventaja con respecto a otros operadores, públicos o privados. En otras palabras, no debe privilegiarse la posición de los operadores públicos de manera que estos obtengan ventajas competi-

---

tación en libre concurrencia con el sector privado, la Administración no solo contará con elementos reales de juicio para ejercer su potestad tarifaria, sino que, además, sentirá las presiones competitivas de la iniciativa privada, que le obligarán a establecer unos precios de mercado.

33. Véase por ejemplo la Resolución de 30 de septiembre de 2010 de la *Autoritat Catalana de la Competència*, dictada en el marco del expediente núm. 13/2009-AJUNTA-MENT DE SOLSONA, referida al sector de los servicios funerarios, en el cual el Ayuntamiento de referencia ejercía tanto el rol de prestador directo del servicio (en concurrencia con una empresa privada) como el de regulador.

tivas de las que no dispongan el resto de prestadores, y las utilicen para captar o mantener clientes.

Diversos son los factores que pueden incidir en la creación de tales condiciones equitativas en la práctica, entre otros: una clara separación entre las funciones de regulación y la prestación del servicio o realización de la actividad económica; el no discriminar indebidamente, a nivel normativo, entre el operador público y sus competidores en el mercado, o bien que la actividad económica de tales operadores públicos, en lo que se refiere al acceso a la financiación de la deuda y la inversión en capital, se realice en condiciones de mercado<sup>34</sup>.

En definitiva, vistas las consecuencias en las condiciones de competencia que puede tener el ejercicio de la iniciativa económica por parte de los entes locales (y Administraciones Públicas en general), **es imprescindible la realización de un análisis del impacto competitivo de su decisión de participación en el mercado, basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión.**

Tal análisis comporta que dicha decisión debe venir precedida de una definición clara del objetivo que, con su participación en el mercado, pretende conseguir el ente local, y de cuál es la manera más eficiente y más neutra para el mercado, o menos distorsionadora de la competencia, para conseguir dicho objetivo (por ejemplo, si se pretende promover el ejercicio físico entre la ciudadanía, para mejorar sus condiciones de salud, deben valorarse tanto la construcción de un centro deportivo municipal, prestando el servicio, como el otorgamiento de determinadas ayudas económicas a los ciudadanos para que estos se inscriban al gimnasio de su preferencia. La decisión entre una u otra posibilidad deberá justificarse adecuadamente).

### 3

#### **La LRSAL y el ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales desde el punto de vista de la competencia**

Como hemos señalado anteriormente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), modificó el marco normativo que regula el ejercicio de la iniciativa pública económica de los entes locales. Desde una óptica de competencia, las modificaciones se refirieron básicamente a tres aspectos: por un lado, se introdujo

---

34. Ver las *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, edición de 2015 (publicadas en 2016).



la necesidad de efectuar un análisis de competencia; por el otro, se limitaron los servicios que podrían ser prestados en régimen de monopolio por parte del ente local, y, finalmente, se introdujo la obligatoriedad de solicitar informe a las autoridades de competencia en los casos de prestación en régimen de monopolio.

En general puede afirmarse que, a pesar del reconocimiento constitucional de la iniciativa económica de los entes locales, las modificaciones operadas por la LRSAL establecen unos controles o requisitos que dificultan precisamente el ejercicio de la misma.

### 3.1

#### **Introducción de un análisis de competencia en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad (art. 86.1 LRBRL)**

En primer lugar, la LRSAL modificó el redactado del artículo 86.1 LRBRL<sup>35</sup>, añadiendo determinados condicionantes o limitaciones al ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales, con independencia de que la misma se ejerza en régimen de monopolio o en libre concurrencia con la iniciativa privada.

La versión del citado artículo previa a la LRSAL, simplemente exigía un análisis sobre la conveniencia y oportunidad de la medida cuando un ente local decidía ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas<sup>36</sup>. En cambio, el redactado introducido por la LRSAL dispone que: “Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis de mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la respectiva corporación local la aproba-

35. Modificado por el artículo 1.23 LRSAL.

36. Redacción anterior a la LRSAL del artículo 86.1 LRBRL: “Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución”.

ción del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”<sup>37</sup>.

Así pues, el primer condicionante al ejercicio de la iniciativa económica municipal se refiere al riesgo que el desarrollo de determinada actividad económica por parte del ente local pueda generar en la Hacienda municipal; en caso de que no se garantice el objetivo de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, los entes locales no podrán establecer nuevos servicios o llevar a cabo determinadas actividades económicas. En segundo lugar, se impone un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado del ente local: así, en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida también deberá realizarse un análisis de mercado relativo a: (i) la oferta y demanda existentes en el mercado; (ii) la rentabilidad de la actividad proyectada, y (iii) los posibles efectos de la actividad del ente local sobre la concurrencia empresarial. Desde una óptica de competencia, la introducción de un análisis de impacto en el expediente municipal ha sido valorada positivamente. Al respecto, la CNC señaló en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (IPN 88/13)<sup>38</sup> que “la introducción sistemática del análisis del impacto sobre la libre competencia de dichas decisiones [de ejercer la iniciativa económica] podría facilitar la compatibilización del objetivo de interés público perseguido con el favorecimiento de la competencia o, al menos, el principio de mínima restricción competitiva. El nuevo artículo 86.1 LBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida sobre la neutralidad competitiva y las posibles ventajas y desventajas derivadas de la propiedad pública del operador económico en cuestión”.

### 3.2

#### **Limitación de los servicios o actividades que pueden ser prestados en régimen de monopolio (art. 86.2 LRBRL)**

En segundo lugar, la LRSAL redujo el número de servicios reservados legalmente en favor de los entes locales para su prestación en régimen de monopolio. La redacción vigente del artículo 86.2 LRBRL establece que: “Se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades

37. El subrayado no consta en el original.

38. Para más detalles se puede consultar el informe siguiendo este enlace: <https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informessobrenormativa.aspx?num=IPN+088%2f13&ambito=Informes+de+Propuestas+Normativas&b=&p=69&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&estado=0&sector=0&av=0>

o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente corporación local, la aprobación del órgano competente de la comunidad autónoma<sup>39</sup>.

Con anterioridad, la reserva legal prevista en la LRBRL abarcaba otros servicios o actividades (suministro de gas y calefacción, y mataderos, mercados y lonjas centrales)<sup>40</sup>, los cuales podían ser prestados en régimen de monopolio y, por lo tanto, podían resultar completamente vetados a la iniciativa privada en el ámbito de actuación copado por el ente local.

Con la limitación efectuada por la LRSAL se restringe considerablemente tal posibilidad, lo que, en atención a los problemas de competencia que presenta, en general, la prestación de servicios o la realización de actividades económicas en régimen de monopolio señaladas anteriormente, es valorado positivamente por las autoridades de competencia. No obstante, tal y como señaló la CNC en el informe sobre el anteproyecto de ley, el mantenimiento de la reserva legal a favor de los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y el transporte público de viajeros, debería compatibilizarse con el fomento de la competencia efectiva. La CNC incluso señaló la oportunidad de valorar periódicamente, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, la conveniencia de mantener dicha reserva legal (debido, esencialmente, a la más que probable evolución tecnológica en la

39. Si bien podrían establecerse reservas legales a favor de los entes locales para la prestación de otros servicios o actividades, ni la normativa estatal ni la normativa catalana han hecho uso de tal posibilidad. De hecho, en el ámbito catalán, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLRMLC) simplemente establece que los servicios esenciales que han sido reservados por ley a los entes locales podrán prestarse en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio (art. 245.1), sin contar con una relación de tales servicios esenciales. Tal relación se halla en el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), pero es la misma relación de servicios que preveía el anterior redactado, previo a la LRSAL, del artículo 86.2 LRBRL. En virtud del principio de jerarquía normativa, y al ser el ROAS una norma de rango reglamentario, no deben considerarse válidas las referencias a aquellos servicios que, en la actualidad, ya no son objeto de la reserva legal.

40. Con anterioridad a la LRSAL, la reserva legal se hallaba contemplada en el artículo 86.3 LRBRL.

prestación de estos servicios en red y al grado de interés público que puede subyacer en los mismos).

### 3.3

#### **Informe de la autoridad de competencia para el establecimiento de un servicio en régimen de monopolio (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)**

Finalmente, la LRSAL (disposición final 1.<sup>a</sup>) introdujo la obligatoriedad de solicitar el informe de la autoridad de competencia en los supuestos de establecimiento del servicio en régimen de monopolio, a través de la modificación del artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (RDLeg. 781/1986).

El citado artículo 97 RDLeg. 781/1986 establece, en su apartado primero<sup>41</sup>, el procedimiento a seguir por la corporación local para el ejercicio de actividades económicas. En el apartado segundo, modificado por la LRSAL, dispone que para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 LRBR, “se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente”. Asimismo, dispone que el acuerdo de aprobación del proyecto por el pleno deberá ser por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, y que, una vez recaído tal acuerdo, debe elevarse el expediente completo al órgano competente de la comunidad autónoma, para resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses<sup>42</sup>.

---

41. Art. 97 RDLeg. 781/1986: “1. Para el ejercicio de las actividades económicas por las entidades locales se requiere: a) acuerdo inicial de la corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico; b) redacción por dicha comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas en la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Además deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la entidad local como ingreso de su presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones; c) exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y entidades, y d) aprobación del proyecto por el pleno de la entidad local”.

42. Centrándonos en la normativa catalana, el procedimiento para el establecimiento o la municipalización de un servicio esencial en régimen de monopolio se regula, esencial-

La introducción del informe de las autoridades de competencia en el procedimiento para el establecimiento en régimen de monopolio, supone la intervención de un órgano especializado para efectuar un análisis sobre la situación que, como se ha destacado con anterioridad, presentaría mayores afectaciones en la competencia efectiva en los mercados. Al referirse solamente a los supuestos de prestación en régimen de monopolio, la intervención de los órganos de competencia solo se activará en los supuestos de los servicios o actividades esenciales previstos en el artículo 86.2 LRBRL: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, u otros que eventualmente pudieran establecerse mediante ley.

#### 4

#### Informe de la autoridad de competencia (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)

Como hemos señalado, la LRSAL introdujo en los procedimientos de municipalización la intervención, mediante la emisión de un informe, de las autoridades de competencia. Por lo tanto, tal intervención se produce solamente respecto de los servicios o actividades esenciales, relacionados en el artículo 86.2 LRBRL, cuando el régimen de prestación elegido por el ente local es el monopolio.

Cabe señalar que **la forma de gestión escogida para la prestación efectiva del servicio municipalizado** (directa o indirecta), **o incluso el instrumento utilizado para articular la gestión** (directamente por el ente local, a través de medios propios, concesión, etc.), **no inciden en la necesidad de solicitar el informe de las autoridades de competencia.** En otros términos, el desencadenante de la obligación de solicitar el informe en cuestión es únicamente el establecimiento del servicio en régimen de monopolio.

En cuanto a su régimen jurídico, **el informe de las autoridades de competencia es preceptivo pero no vinculante.** Esto es, no obliga al ente local ni, posteriormente, al órgano competente de la comunidad autónoma a seguir el criterio en él establecido; sin embargo, de conformidad con el artículo 35.1, letra c), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si se apartan del

---

mente, en los artículos 243 a 245 TRLMRLC, y 181 a 187 ROAS, y requiere la aprobación definitiva del Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

parecer manifestado por la autoridad de competencia en su informe, deberá motivarse explícitamente<sup>43</sup>.

Más problemáticos, en términos de robustez jurídica del procedimiento de establecimiento del servicio en régimen de monopolio, resultan los supuestos en que el informe de la autoridad de competencia no es solicitado; todo ello, sin perjuicio de que deberá ser la jurisdicción contencioso-administrativa la que determine las consecuencias de ese eventual incumplimiento del procedimiento.

## 4.1 Procedimiento

La solicitud y emisión del informe de la autoridad de competencia se introducen en el procedimiento previsto en la normativa de régimen local para el ejercicio de actividades económicas, con las particularidades previstas para los servicios prestados en régimen de monopolio.

Centrándonos en lo establecido por la normativa catalana de régimen local, de acuerdo con las bases fijadas por la LRBRL, este procedimiento contaría con una fase desarrollada internamente por el ente local, y otra posterior que requiere la intervención de órganos autonómicos, con aprobación final por parte del Gobierno de la Generalitat de Cataluña:

- i. Fase municipal, referida básicamente a la tramitación del expediente y aprobación por parte del pleno de la corporación local, con los siguientes trámites (art. 86 LRBRL, arts. 243 a 245 TRLMRLC, y arts. 143 a 149 y 183 ROAS):
  - Acuerdo inicial de la corporación y designación de una comisión de estudio.
  - Redacción por parte de la comisión de estudio de una memoria, base de la resolución del expediente, en la que se determinen y justifiquen, entre otros aspectos, la prestación en régimen de monopolio y la forma de gestión del servicio (directa o indirecta).
  - Toma en consideración de la memoria por el pleno y exposición pública de la misma por un período no inferior a 30 días naturales.

---

43. Art. 35 Ley 39/2015: “1. Serán motivados, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho: [...] c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”.

- Solicitud y emisión del informe de la autoridad de competencia (art. 97.2 RDLeg. 781/1986).
  - Aprobación por el pleno de la corporación local, por mayoría absoluta del número legal de sus miembros.
- ii. Fase postmunicipal, en la que se remite el expediente a la Generalitat de Cataluña (al departamento competente)<sup>44</sup> y en la que los principales trámites son:
- Solicitud y emisión de informe por parte de la *Comissió Jurídica Assessora* [art. 97.3 RDLeg. 781/1986, y art. 8.3, letra k)<sup>45</sup>, Ley 5/2005, de 2 de mayo].
  - Acuerdo definitivo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en el plazo de 3 meses, que versará sobre la conveniencia y oportunidad del monopolio en la prestación del servicio (art. 86.2 LRRL, art. 245.2 TRLMRLC, y art. 184 ROAS).

La intervención de tales órganos autonómicos (en el caso catalán, ACCO, *Comissió Jurídica Assessora* y Gobierno de la Generalitat de Cataluña) en un procedimiento que cuando se refiere a actividades ejercidas en régimen de libre concurrencia es estrictamente municipal, configura este procedimiento como especialmente agravado.

## 4.2

### Precisión de los supuestos en los que procede la solicitud de informe

La cuestión que seguidamente se suscita es: **¿cuándo resulta necesario solicitar el informe del órgano de competencia?** Y el artículo 97.2 RDLeg. 781/1986 únicamente dispone que este debe solicitarse en los supuestos de ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas. Así pues, el primer y principal de los supuestos en los que procede es el de **municipalización**, es decir, el establecimiento o la creación del servicio con declaración de la reserva monopolística por parte del ente local.

Sin embargo, **un cambio de forma de gestión** (por ejemplo, el cambio de gestión indirecta a directa, o “remunicipalización”) **también podría comportar la necesidad de efectuar tal trámite**. Ello sucedería en los supues-

44. Actualmente, el *Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge*.

45. “Es preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora sobre los expedientes de la Administración de la Generalitat o de la Administración local referentes a las siguientes materias: [...] k) Procedimientos de municipalización bajo el régimen de monopolio de los servicios”.

**tos en que la monopolización del servicio se hubiera producido *de facto*, es decir, sin pronunciamiento expreso al respecto por parte del ente local y, por lo tanto, sin haber seguido el procedimiento establecido al efecto (por ejemplo, que se hubiera concesionado el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable sin declaración de establecimiento del servicio en régimen de monopolio). En estos supuestos, en que efectivamente se ha monopolizado el servicio, con ocasión del cambio de gestión, el ente local debería proceder a la declaración de monopolio, y, en consecuencia, solicitar el informe de la autoridad de competencia. A *sensu contrario*, si la corporación local ya había previamente establecido el servicio en régimen de monopolio, el cambio de forma de gestión no genera la obligación de solicitar ni emitir tal informe.**

Finalmente, debe advertirse que **las implicaciones en materia de competencia de la prestación de un servicio en régimen de monopolio no son las mismas en un entorno de gestión indirecta del servicio público** (en la que se produce competencia por el mercado de forma periódica) **que en una gestión directa, en la que desaparece cualquier tipo de competencia y se produce un cierre definitivo del mercado.** Sin embargo, la normativa de régimen local no establece requerimientos diferenciados en función de si el servicio monopolizado por el ente local se presta mediante una forma de gestión directa o indirecta.

En cualquier caso, y más allá de las obligaciones normativas al respecto, atendidas las consecuencias que puede presentar un cambio de la forma de gestión, sería aconsejable que –incluso en los supuestos en los que ya se hubiera llevado a cabo la municipalización del servicio con anterioridad– los entes locales llevaran a cabo internamente un análisis del impacto competitivo de la decisión adoptada.

### 4.3

#### **Preparación del expediente de municipalización, desde una óptica de competencia, por parte del ente local**

El análisis que realizan las autoridades de competencia sobre el impacto en la competencia del establecimiento del servicio en régimen de monopolio, se basará en la documentación aportada por el ente local solicitante. Por este motivo, es importante que el expediente de municipalización cuente con todos aquellos elementos que justifiquen por qué el régimen de monopolio es la opción más adecuada para prestar el servicio en cuestión. En este sentido, cuanto más sustentada jurídica y económicamente esté tal decisión, y se fa-



cilite la totalidad de dicha información a la autoridad de competencia, esta podrá emitir un informe fundamentado, basado en elementos de juicio que respondan a la realidad del servicio que se pretende municipalizar.

**¿Cuáles son, desde una óptica de competencia, los factores que deberían ser analizados en el expediente de municipalización?** Como hemos señalado en el apartado 2 de este artículo, el ente local debería llevar un **análisis del impacto competitivo**<sup>46</sup> de su decisión basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión; en otras palabras, la decisión de establecer un servicio o prestar una actividad económica en régimen de monopolio debe venir precedida de una definición clara del objetivo que, con su participación en el mercado, pretende conseguir el ente local, y de cuál es la manera más eficiente y más neutra para el mercado, o menos distorsionadora de la competencia, para conseguir dicho objetivo.

Los factores que deberían incluirse en dicho análisis serían:

- Identificación del objetivo que se pretende y justificación de la oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio.
- Valoración de las alternativas existentes para conseguir el objetivo que se pretende.
- Análisis de las consecuencias jurídicas y económicas de la opción escogida (en este caso, de la prestación en régimen de monopolio).
- Adicionalmente, de conformidad con el artículo 86.1 LRBR, la realización de un análisis de mercado que contenga un estudio sobre la oferta y demanda, la rentabilidad del proyecto y los efectos del servicio local sobre la competencia empresarial.

## 5

### Conclusiones

En definitiva, en el ejercicio de sus potestades públicas, **las decisiones de las Administraciones locales referentes a**, por un lado, **cómo se prestan los servicios públicos**, y, por el otro, **cómo ejercen la iniciativa económica** que tienen constitucionalmente reconocida, y, finalmente, **cómo regulan ciertas actividades económicas**, presentan importantes implicaciones en térmi-

46. Para realizar dicho análisis, puede ser de utilidad la Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas, elaborada por la ACCO y publicada en su página web: <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-limpacte-competitiu-de-les-normes>. Esta Metodología se fundamenta en los principios de buena regulación económica desde una óptica de competencia.

**nos de competencia, esto es: repercuten sobre las condiciones de competencia en el mercado.**

Por ello, estos procesos decisorios **no pueden obviar un análisis de competencia**, consistente básicamente en sopesar el coste, en términos de perjuicio para la competencia efectiva en el mercado, de las medidas que pretendan llevar a cabo y de los supuestos beneficios al interés general que las mismas persiguen. En otros términos, se trata de valorar la necesidad, proporcionalidad, mínima distorsión y no discriminación de las restricciones a la competencia inherentes en las decisiones de los entes locales, a fin de evitar sacrificios injustificados de los principios de competencia que, de manera más o menos directa, se trasladaran a los consumidores y usuarios.

En concreto, hay que tener en cuenta que **las decisiones sobre el régimen de prestación** (monopolio *versus* libre concurrencia) y **la forma de gestión** (directa *versus* indirecta) **de los servicios locales deberían fundamentarse en criterios de eficiencia**, ya que el objetivo final no debería ser otro que **ofrecer a los ciudadanos el mejor servicio público posible en términos de precio, calidad, sostenibilidad y fiabilidad.**

Más allá de la intervención de las autoridades de competencia en los supuestos de prestación del servicio en régimen de monopolio introducida por la LRSAL, también **es y debe ser vocación de estas autoridades** –a juicio de quien suscribe, especialmente de las autoridades autonómicas de competencia, en tanto que mejor posicionadas en relación con las actuaciones de ámbito local– **ofrecer el apoyo necesario a los entes locales para que adopten**, en los distintos ámbitos de responsabilidad que tienen encomendados, **decisiones favorecedoras de la competencia**, y para que, **de manera general, incorporen los principios de la política de competencia como variable a tener en cuenta en sus procesos de toma de decisiones.**

