

IPN 88/13. ANTEPROYECTO DE LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 13 de marzo de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (APL en adelante), en el que analiza las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 21 de febrero de 2013. La documentación remitida consistió en una versión el mencionado Anteproyecto, sin que le acompañe Memoria de Análisis del Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia le atribuye a la CNC.

I. ANTECEDENTES

La Constitución Española no contiene referencias explícitas a las competencias locales, municipales o provinciales¹. El Tribunal Constitucional, a través de la jurisprudencia constitucional, interpreta la relación entre los arts. 149.1.18ª y 137, determinando el título competencial del Estado y delimitando el modelo competencial de municipios y provincias.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL en adelante) diseñó un **modelo competencial local** basado en la definición de las competencias propias y en las atribuidas por delegación. Este sistema ha dado lugar a algunas disfuncionalidades. En particular, ha generado situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidades en la prestación de servicios, o prestaciones de servicios por los Ayuntamientos sin un título competencial habilitante específico, las denominadas competencias *impropias*.

De esta situación se derivan dos consecuencias que este APL pretendería corregir. Por una parte, la complejidad del sistema competencial municipal difumina la responsabilidad de los gobiernos locales en su ejercicio y puede confundirse con ámbitos competenciales propios de las Comunidades Autónomas. Esto origina la denominada **duplicidad de competencias**. En segundo lugar, la estrecha vinculación

¹ A diferencia de lo que sucede con los listados competenciales contenidos en los arts. 148 y 149 con relación con la distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

entre la **disfuncionalidad del modelo competencial y las Haciendas Locales**², que detrae de los Ayuntamientos importantes recursos destinados a actuaciones sin habilitación específica.

Por otro lado, la reforma del **artículo 135 de la Constitución en el 2011**, introduce una **regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en España** y restringe la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Además, el desarrollo normativo por Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en vigor el pasado 1 de mayo de 2012, identifica tres **principios rectores de la actuación económico financiera de todas las Administraciones Públicas** españolas, claves de la reforma de la normativa local de este APL:

- a) El **principio de estabilidad presupuestaria**, que se define como la situación de equilibrio o superávit estructural de las Administraciones Públicas.
- b) El **principio de sostenibilidad financiera**, que delimita la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros de las Administraciones Públicas. Con ello se pretende reforzar la estabilidad, no solo en un momento coyuntural, sino con carácter permanente.
- c) El **principio de eficiencia** en la asignación y utilización de los recursos públicos, que determina que la elaboración y aprobación de las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación que afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberá valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios anteriores.

² En el período 2003-2007, según un estudio conjunto de la Federación Española de Municipios y Provincias, del Instituto de Economía de la Universidad de Barcelona y de la Fundación Democracia y Gobierno Local, los municipios españoles liquidaron un volumen de gasto no obligatorio de 259,67 euros por habitante, lo que supone una cuarta parte (25,8%) de total de gasto liquidado. En el año 2008, el Libro Marrón del Círculo de Empresarios cifra el gasto no obligatorio en 8.639,9 millones de euros (un 18,34% del gasto no financiero municipal). En el año 2009, el porcentaje que representan los gastos impropios se estima entre el 9% y el 15,5%, es decir, entre 5.166 y 8.898 millones de euros (entre 110 y 189 euros por habitante).

A partir de lo anterior, los **antecedentes inmediatos** de la reestructuración del sector público local que se desarrollaría mediante este APL son los acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las entidades locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012.

El primero, un acuerdo marco más genérico sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, establecía la aprobación por parte las entidades locales de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público.

El segundo acuerdo, denominado de reordenación y racionalización del sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, buscaba disciplinar la actividad de las Administraciones públicas y mantener la calidad de los servicios prestados, con medidas de reducción de la dimensión del sector público.

Por todo lo expuesto, transcurridos casi treinta años desde la entrada en vigor de la LBRL, y tras más de veinte modificaciones de su texto, se propone con este APL una **revisión profunda del estatuto jurídico de la Administración local**.

II. CONTENIDO

El APL se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva. Esta última consta de dos artículos (el primero con veintiocho apartados y el segundo con dos) y una parte final con diecinueve Disposiciones adicionales, doce Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y cuatro Disposiciones finales.

El texto presenta un **contenido heterogéneo** con importantes modificaciones de la LBRL a través del artículo primero. El artículo segundo modifica puntualmente el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, También se modifican, por 19 Disposiciones Adicionales, 12 Disposiciones Transitorias y 4 Disposiciones Finales, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el 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 y, por último, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

En concreto, el APL perseguiría los siguientes **objetivos**:

- a) **Clarificar las competencias municipales evitando duplicidades.** Se pretende corregir la actual indeterminación de la responsabilidad de los gobiernos locales en el ejercicio de las *competencias impropias*, es decir, aquéllas distintas de las competencias propias y de las atribuidas por delegación (artículo 7 LBRL). También evitar disfuncionalidades en las Haciendas Locales derivadas de la realización de gastos no obligatorios en el ejercicio de las competencias impropias (arts. 25, 26 y 36 LBRL). El APL plantea como solución que las entidades locales sólo podrán prestar servicios no obligatorios o impropios cuando esté garantizada la prestación de los obligatorios.
- b) **Racionalizar su estructura organizativa.** Se refuerzan las competencias de las Diputaciones provinciales, en especial con respecto a los municipios inferiores a 20.000 habitantes (artículo 26.3 LBRL). Para las entidades locales saneadas se establecen limitaciones al ejercicio de la iniciativa pública de actividad económica (artículo 86 LBRL). Además, se limita la creación de entes instrumentales para las entidades locales sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste a aprobar a más tardar el 31 de diciembre de 2013 (DA 5ª).

En el régimen de las competencias delegadas (artículo 27 LBRL) se introducen dos novedades. Por una parte, sólo se podrán delegar competencias cuando se mejore la eficiencia de la gestión pública, se contribuya a eliminar duplicidades y sea conforme con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por otra parte, se vincula la delegación de competencias con la necesaria financiación de la actividad o servicio que se delega.

De forma análoga, el APL vincula a la sostenibilidad y eficiencia la elección por las entidades locales de la gestión directa o indirecta de los servicios públicos (artículo 85.2 LBRL).

- c) **Garantizar un control financiero-presupuestario más riguroso y transparente.** Se modifican los artículos 2, 7 y 10 LBRL para incluir entre los principios que orientan al legislador sectorial, estatal o autonómico, los de estabilidad presupuestaria, equilibrio y sostenibilidad financiera.

Como novedad, las leyes sectoriales, incluidas las autonómicas, que determinan las competencias propias municipales deben ir acompañadas de una *memoria económica* (artículo 25.4 LBRL). Esta memoria debe reflejar el impacto financiero sobre las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del servicio o actividad de que se trate. Asimismo, para evitar duplicidades, la ley básica local ordena que dichas leyes establezcan con precisión el servicio o actividad a atribuir como competencia municipal.

Se prevé la evaluación obligatoria de los servicios que prestan las entidades locales para ajustarlos a los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera y evitar duplicidades administrativas (DA 6ª y 7ª).

Mediante Real Decreto se establecerá el coste estándar de los servicios prestados por los entes locales (artículo 26.2 y 36.3 LBRL), la periodicidad y el procedimiento en que deberán ser evaluados y las condiciones en que se publicitarán su coste y eficiencia.

Asimismo, la DA 13ª señala que las evaluaciones de los costes de los servicios contempladas en el APL deberán expresar su coste real y efectivo. Este coste se comparará con el coste estándar de los servicios con independencia de la forma, proporción y cuantía en que finalmente sean financiados.

El APL indica reforzar el papel de la función interventora y en general de las funciones de control así como la profesionalidad y eficacia de los funcionarios implicados.

- d) **Favorecer la iniciativa económica privada.** Se limita el uso de regímenes de autorización o licencia para ejercer una actividad económica (artículo 84bis LBRL) a casos en que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas por motivos de protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, de seguridad o salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

Además, se elimina la reserva legal de actividad para las entidades locales en suministro de calefacción y de mataderos, mercados y lonjas centrales (artículo 86.3 LBRL), manteniéndose, en cambio, para el 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.

Por último, se somete a informe de la autoridad de competencia correspondiente la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas a las entidades locales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.3 LBRL³.

³ DF 3ª del APL que modifica el artículo 97 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

III. OBSERVACIONES

En líneas generales, desde el punto de vista de competencia, **se valora positivamente** determinadas medidas incluidas en el APL, como la limitación a la creación de entes instrumentales, las medidas para evitar la generalización de actividades económicas por parte de éstos y la eliminación de licencias o autorizaciones en casos no justificados (artículo 84 bis). Estas medidas, obligadas por el plan de ajuste económico-financiero a presentar por las entidades locales (DA 5ª), permiten la eliminación de posibles barreras de entrada al sector privado no justificadas.

Del mismo modo, **la CNC acoge muy favorablemente la eliminación de reservas legales de actividad para las entidades locales en ciertos servicios** (artículo 86.3 LBRL). En concreto, el **suministro de calefacción** y, en línea con lo recomendado por el reciente Informe de la CNC sobre competencia en el servicio de mercas⁴, **los mataderos, mercados y lonjas centrales**.

Se mantiene, en cambio, la reserva legal en favor de las entidades locales en los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y el transporte público de viajeros. **La reserva de estos servicios a favor de las entidades locales debería compatibilizarse en el APL con el fomento de la competencia efectiva como se indica en los siguientes apartados**. Por otro lado, atendiendo a la posible evolución tecnológica en la prestación de estos servicios de red y al grado de interés público que puede subyacer en los mismos, sería **recomendable que el APL estableciera la obligación de valorar periódicamente, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, la conveniencia de mantener dicha reserva legal**.

La CNC considera necesario destacar que el presente **APL es una oportunidad difícilmente repetible para potenciar la racionalidad y diversos elementos favorecedores de la competencia efectiva en las decisiones económica de las entidades locales**. Con base en lo dicho, la CNC considera que diversos **aspectos de la norma resultan susceptibles de profundización, mejora o precisión** para que el proyecto resulte favorecedor de la competencia y, en particular:

⁴ Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino. CNC, 2013. Disponible en www.cncompetencia.es.

III.1 Apertura al mercado en la provisión efectiva de los servicios de titularidad local.

Cuando la titularidad de la prestación esté reservada a las entidades locales, éstas deben decidir, de acuerdo con el artículo 82 LBRL, si prestar el servicio directamente o mediante gestión indirecta.

La CNC estima que **el APL debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar *ex ante* determinados elementos que señalan la posibilidad de introducir competencia efectiva.** Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales).

Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes.

Adicionalmente, la CNC quiere subrayar que **la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único prestador. El APL debería favorecer también la competencia "en el mercado", estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, ésta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local.**

III.2 La competencia en el acceso a la prestación del servicio.

Incluso si la gestión indirecta se debe desarrollar por un prestador único, de forma más limitativa de la competencia, **el APL debería establecer que los servicios se deben adjudicar siempre de acuerdo con procesos de selección competitiva bien diseñados, que favorezcan y no restrinjan injustificadamente la concurrencia**

empresarial⁵. También debería asegurarse normativamente de que los plazos contractuales no sean económicamente excesivos, evitar ventajas al incumbente en el nuevo concurso y restringir las prórrogas salvo, transitoriamente, en caso de circunstancias sobrevenidas y graves que amenacen la continuidad del servicio.

III.3 Privatizaciones parciales o totales de empresas públicas encargadas de prestar servicios públicos locales.

De manera análoga al caso de la gestión indirecta⁶, **el APL debería asegurar que si la entidad local optase por una estructura instrumental con participación pública y**

⁵ Por ejemplo, requiriendo criterios de solvencia técnica o profesional desproporcionados. Para un estudio detallado de los elementos a tener en cuenta puede consultarse la Guía de la CNC de contratación pública y competencia, disponible en www.cncompetencia.es.

Por otra parte, existen numerosos expedientes de conductas restrictivas de la competencia en los que la CNC ha puesto de manifiesto la existencia de cláusulas de tal naturaleza en procesos de contratación pública en el ámbito local. A modo de ejemplo de dos restricciones a la competencia de distinta naturaleza, pueden citarse:

- La RCNC de archivo del Expte. S/0727/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A., en la que una empresa pública convocó un concurso público para la licitación, por procedimiento abierto, de la contratación de los servicios de ingeniería para un proyecto tecnológico de rehabilitación de un edificio. El pliego admitía la posibilidad de que se presentasen UTEs, pero no permitía la acumulación de la solvencia de cada una de las empresas componentes de la UTE a los efectos de la determinación de la solvencia mínima requerida, exigiéndose la concurrencia de la total solvencia en todas y cada una de ellas. La Resolución mencionada, si bien declaró el archivo del expediente, llamó la atención sobre el carácter restrictivo de la competencia de dicho diseño.
- La reciente RCNC de 25 de octubre de 2012, Expte. SA/CAN/0012/11 Transporte Ayuntamiento Las Palmas, en cuyo FJ 4 se reflexiona sobre la incidencia que el diseño del pliego de la licitación de transporte de bus turístico de dicha localidad ha podido tener sobre la colusión entre operadores que queda acreditada en dicha Resolución.

Se destaca también que en ocasiones el propio diseño de los pliegos de cara a la adjudicación del concurso se ha considerado como infracción de la LDC. Así, en la RTDC que pone fin al Expediente 535/02, ELÉCTRICA ERISTE, el TDC consideró probado que el Ayuntamiento de Benasque infringió el artículo 14 de la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, que exige la separación jurídica de las actividades de generación y distribución, al adjudicar el servicio de distribución de electricidad en un área del municipio, y que dicha infracción le supuso una ventaja competitiva al permitirle mejorar su posición frente a la empresa denunciante.

⁶ Existen ejemplos de tales análisis a nivel de autoridades de competencia locales. Uno de ellos es el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía nº I 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio.

privada en la prestación del servicio en cuestión⁷, los procesos de privatización se realicen de acuerdo con procesos de selección competitiva bien diseñados⁸. Se entenderá que están bien diseñados cuando, al menos, favorezcan y no restrinjan injustificadamente la concurrencia empresarial y no limiten innecesaria, desproporcionada o discriminatoriamente el acceso a la condición de socio privado.

En todo caso, debe recordarse la plena sujeción a la normativa de defensa de la competencia de estos operadores en la provisión de los servicios que tienen encomendados⁹.

III.4 Iniciativas económicas públicas en concurrencia con prestadores privados.

Determinadas iniciativas económicas públicas pueden impactar sobre la neutralidad competitiva y la configuración de la oferta, presente y futura.

Sin perjuicio de la total sujeción de las entidades locales a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) cuando actúan como operadores económicos, **el APL debería garantizar que las entidades locales fundamenten adecuadamente y ex ante sus iniciativas económicas, delimitando claramente el interés público que se pretende promover con la iniciativa en cuestión e indicando las medidas tomadas para minimizar la afectación a la competencia¹⁰.**

El interés público perseguido debe ponderarse con el daño a la competencia derivado las posibles ventajas competitivas que se puedan establecer a favor del prestador público. Sólo tras la constatación de que no existen alternativas menos restrictivas de la competencia para conseguir la finalidad perseguida se debería instrumentar la participación activa de las entidades locales como oferentes en estos mercados.

⁷ Tanto si este servicio se prestase en régimen económico de monopolio como con un mayor número de operadores.

⁸ También en este caso puede consultarse la Guía de la CNC de contratación pública y competencia, disponible en www.cncompetencia.es.

⁹ Por ejemplo, en el ámbito de los servicios funerarios, entre los numerosos pronunciamientos de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y de su predecesor el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) relativos a conductas restrictivas de la competencia en dicho sector, han existido algunos en que se ha sancionado a un operador de carácter público. Es el caso de la Resolución de la CNC 650/08, Funerarias Baleares, en la que se multa a la empresa pública titular del cementerio de Palma de Mallorca por abusar de su posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio y crematorios, al denegar el acceso a determinados operadores privados de servicios funerarios no procedentes de dicho municipio.

¹⁰ Sobre el grado en que la propia decisión de desarrollar tales servicios, y la concreción del “interés público” como título habilitante para el desarrollo de un servicio en particular, puede consultarse la Resolución del extinto TDC r673/05, DEPORTES VALLADOLID, en el ámbito de los gimnasios públicos.

En todo caso, las posibles ventajas competitivas que se otorgasen a los prestadores públicos por parte de las Administraciones locales deberían estar claramente determinadas, directamente relacionadas con el objetivo de interés público perseguido, ser limitadas y revisables periódicamente.

III.5 Excepcionalidad de la figura de los convenios.

La CNC propone que el APL establezca la excepcionalidad de la figura administrativa del convenio en las entidades locales.

El uso de esta figura como instrumento de cooperación entre autoridades públicas (“cooperación técnica y económica”, con arreglo al artículo 57 LBRL) debe responder a una esencia eminentemente colaborativa y cooperativa y no contractual, es decir, a la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica. En tal caso los instrumentos de provisión de tal servicio han de ser los previstos expresamente en la normativa de contratación pública¹¹. Los motivos de competencia por lo que sería recomendable limitar normativamente el recurso al convenio salvo situaciones excepcionales, en el sentido de clarificar cuál ha de ser su verdadero fin y evitar la confusión de su objeto con las prestaciones contractuales, son numerosos.

En primer lugar, por la **ausencia de tensiones competitivas de este instrumento**, al no existir posibilidades de ofertas alternativas, junto a su **insuficiente publicidad**. En segundo lugar, debido a los **problemas de información asimétrica existentes que favorecen al operador privado mejor situado o con mayor capacidad de capturar al decisor**, en posible detrimento de los intereses de la entidad local y, aún en mayor medida, de los consumidores y usuarios. En tercer lugar, su **excesiva discrecionalidad** tampoco es favorecedora de la competencia. Adicionalmente, en numerosas ocasiones, los convenios incorporan **contraprestaciones económicas o en especie, no directamente relacionadas con el objeto principal del convenio, las cuales pueden distorsionar la competencia en diversos sectores o mercados**

¹¹ A nivel comunitario, el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público), de 4/10/2011, ilustra sobre cómo distinguir entre ambas figuras. Así, en su página 14 (apartado *Cómo diferenciar entre una verdadera «cooperación» y un contrato público normal*), se dice:

“De acuerdo con la sentencia dictada en el asunto Hamburgo, la cooperación tiene por objeto garantizar el desempeño de una misión de servicio público que compete a todas las partes cooperantes. Esta ejecución conjunta se caracteriza por la participación y las obligaciones recíprocas de las partes contratantes, que generan efectos sinérgicos recíprocos. Ello no implica necesariamente que cada una de las partes cooperantes participe por igual en el desempeño efectivo de esa misión: la cooperación puede basarse en una división de tareas o en una cierta especialización. De cualquier modo, el contrato ha de responder a un objetivo común, esto es, el desempeño conjunto de una misma misión”.

como, a modo de ejemplo, la construcción de instalaciones deportivas, la prestación de servicios deportivos, culturales, guarderías, oferta turística, atención a la tercera edad, etc. Por último, **el coste anual de mantenimiento y reparación de las mencionadas contraprestaciones**, cuando éstas se hayan concretado en instalaciones o inmuebles, detrae sistemáticamente recursos económicos de las entidades locales, distorsionando de forma adicional la competencia en diversos mercados, así como condicionando la prestación de distintos servicios locales.

No obstante lo indicado, cuando de forma excepcional se recurra al convenio, las administraciones locales deben ser especialmente cautelosas para que éstos no generen exclusivas innecesarias, desproporcionadas o discriminatorias¹².

¹² Precisamente por la naturaleza económica del contenido real de dichos convenios, las autoridades de competencia han tratado las implicaciones de los mismos en el ámbito del control de conductas restrictivas de la competencia; en particular, en aquellos acuerdos entre administraciones y operadores (o asociaciones de operadores) que cierran el acceso al mercado a terceros operadores mediante exclusivas más o menos encubiertas. Ejemplos a tal respecto serían:

- RCNC relativa al Expte. 627/07, ESTACIÓN SUR DE AUTOBUSES, en la que el Consejo de la CNC considera acreditada la existencia de un abuso de posición dominante protagonizado por la Estación Sur de Autobuses en Madrid, S.A. (ESAM), consistente en la negativa supuestamente injustificada y discriminatoria de ESAM de adjudicarle una taquilla para vender sus billetes en la Estación Sur de autobuses de Madrid, adjudicándolas sin embargo a otras empresas de transporte de viajeros por carretera que la solicitaron e iniciaron su actividad después que la denunciante.
- RTDC relativa al Expte. 594/05, CINES CAMPOO, en el que el antiguo TDC declaró acreditada la realización de un acuerdo, prohibido por el artículo 1 LDC, consistente en la firma del Convenio entre el Ayuntamiento de Aguilar de Campoo y la mercantil Campoo Salas S.L., en virtud de cuya cláusula tercera se impide que, hasta el 31 de mayo de 2007, se realizaran exhibiciones cinematográficas en otros locales que no fueran los de aquellos cines.
- RCNC relativa al Expte. 632/07, FERIANTES AYUNTAMIENTO DE PERALTA, por suscribir un convenio para evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del municipio por dicho Ayuntamiento, considerando el Consejo que la finalidad de ciertas cláusulas eran evitar la competencia de los competidores de la asociación firmante del convenio.
- RCNC relativa al Expte S/0235/2010, CONVENIOS FEMP-CONSEJOS GENERALES DE COLEGIOS PROFESIONALES. Ante la suscripción de varios convenios por la FEMP con Consejos Generales de Colegios Profesionales para regular la prestación por parte de determinados Colegios Profesionales de una serie de servicios consistentes en la verificación normativa y documental que se podrían incorporar a la tramitación de licencias municipales, el Consejo de la CNC consideró que del contenido de los convenios se deducía una recomendación para reservar de hecho la prestación de estos servicios a los colegios profesionales respectivos (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros industriales e ingenieros técnicos industriales), excluyendo por tanto a cualquier otra entidad o colectivo. Este expediente finalizó por terminación convencional.

III.6. Reforzamiento del análisis del impacto competitivo en las decisiones de las entidades locales.

Respecto a las funciones de las entidades locales, el nuevo texto de la LBRL diferencia entre *competencias propias, impropias y el ejercicio de otras actividades económicas*. **En relación con el ejercicio de otras actividades económicas**¹³ (artículo 86.1 LBRL), el APL señala que el *expediente acreditativo de la medida irá acompañado de un análisis del 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*.

Tal inclusión se ha de valorar positivamente: la introducción sistemática del análisis del impacto sobre la libre competencia de dichas decisiones 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**¹⁴.

El nuevo artículo 86.1 LBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida sobre la **neutralidad competitiva**¹⁵ y las posibles ventajas o desventajas derivadas de la propiedad pública del operador económico en cuestión. A modo de ejemplo, este análisis resulta relevante en diversos supuestos:

- Por un lado, dentro de las formas de gestión de los servicios públicos, la posible privatización sobrevenida de un ente público que venía prestando un servicio público local.
- Por otro, la posible existencia de ventajas económicas mediante la financiación pública al prestador de un servicio y las consecuencias jurídicas que pudiesen derivarse de la normativa comunitaria y nacional de ayudas de Estado.

¹³ Es reseñable que la distinción con las competencias impropias es ciertamente difícil de precisar, de hecho no está recogida en el APL en cuestión.

¹⁴ Y esto con independencia de la aplicabilidad de la normativa de competencia a las entidades o entes locales cuando, como operadores económicos indiscutibles, desarrollan estas actividades económicas. Por ejemplo, la posible consideración de la entidad o ente local como operador económico susceptible de realizar conductas contempladas en los arts. 1, 2 y 3 de Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o de los arts.101 y 102 del TFUE.

¹⁵ Dicho principio, inspirado por diferentes documentos de trabajo de la OCDE, viene a defender que ninguna entidad pueda ser beneficiada o perjudicada atendiendo exclusivamente al carácter del propietario de la misma. Para una consulta más en profundidad, nos remitimos al documento OECD (2011) "*Competitive neutrality and state owned enterprises: challenges and policy options*".

Ambas situaciones deben analizarse utilizando los instrumentos que la normativa y las guías de competencia¹⁶ ponen a disposición de las entidades locales.

Sin embargo, la mención del art. 86.1 LBRL es la única referencia en el APL a la valoración previa del impacto sobre la competencia de la actividad a emprender por la entidad local. La CNC considera que **existen otras decisiones públicas, consecuencia del ejercicio de potestades contempladas en la LBRL, que resultan susceptibles de afectar igualmente a la dinámica competitiva de determinados mercados y por tanto deberían valorarse previamente de la misma manera.**

Este análisis de competencia, previo y obligatorio, es particularmente deseable cuando el ejercicio de la discrecionalidad pública pueda introducir nuevas restricciones a la competencia.

En consecuencia, se propone realizar los siguientes cambios en el APL:

- a) *Mención expresa de los **principios de salvaguarda de la libre competencia y de garantía de la unidad de mercado** en la redacción del art. 2.1 LBRL.* La consignación expresa de los mismos junto al resto de principios inspiradores de la ley¹⁷ (descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera) es fundamentalmente informativa y orientadora para las decisiones a tomar por las entidades locales.

Se propone así la siguiente redacción del art. 2.1 LBRL:

“1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios

¹⁶ Para un análisis más detallado de esta cuestión cabe consultar el Documento de trabajo de la Comisión Europea de 10.02.2012 relativo a la financiación, reestructuración y privatización de empresas de propiedad estatal con arreglo a las normas sobre ayudas estatales. En el ámbito nacional, deben destacarse las **Guías para la elaboración de memorias de competencia y la Guía de contratación pública y competencia**, ambas disponibles en la página web de la CNC: www.cncompetencia.es

¹⁷ Todo ello sin perjuicio de que el análisis de competencia pudiera estar ya implícito en alguno de los principios ya recogidos como los de eficacia y eficiencia.

de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera, de salvaguarda de la libre competencia y de garantía de la unidad de mercado”.[...]

- b) Inclusión de un **análisis de impacto sobre la competencia consecuencia de determinadas decisiones** tomadas por las entidades locales a lo largo del APL, en línea con lo manifestado en el apartado de observaciones generales. Esto supondría añadir un párrafo similar al incluido en el art. 86.2 LBRL en los siguientes supuestos, y que recogemos de forma conjunta para todos ellos:

“El expediente acreditativo de la medida irá acompañado de un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a sus posibles efectos sobre la concurrencia empresarial”:

Los supuestos en que la introducción de dicho párrafo sería recomendable son:

- § *Las memorias económicas* que deben acompañar a las **leyes que delimiten las competencias propias de los entes locales** (art. 25.4 LBRL).
- § La **colaboración entre distintas Administraciones Públicas** para la provisión de un determinado servicio (art. 57.2 y 3 LBRL) mediante la suscripción de convenios de colaboración o la constitución de consorcios¹⁸.
- § La **elección por las entidades locales de la forma de gestión más sostenible y eficiente** en relación con los servicios públicos de su competencia (art. 85.2 LBRL).
- § La posibilidad de que el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan establecer la **reserva legal de actividad municipal**¹⁹ (art. 86.2 LBRL) respecto a actividades y servicios distintos de los mencionados en dicho precepto.
- § La puesta en práctica de los planes económico-financieros o de ajuste que conlleven un **redimensionamiento del sector público local** (DA 5ª).

¹⁸Adicionalmente, **debe vigilarse que dicha instrumentación respete la normativa de contratación pública**, en el sentido de que, para que no le resulten aplicables las previsiones recogidas en esa normativa, no comporte contraprestación económica como pago a la prestación de determinados servicios. Es decir, debe probarse la existencia de una auténtica comunidad de fines entre todas las partes (no de un contrato con prestaciones y contraprestaciones) las cuales participarán de forma conjunta en el resultado obtenido.

¹⁹ Una ampliación injustificada de las actividades reservadas a las entidades locales supondría un retroceso en el proceso de apertura gradual a la competencia de un mayor número de actividades que subyace en la eliminación de la reserva legal de actividad para ciertas actividades recogida el APL

- § Las **pruebas de evaluación** de los servicios prestados por las entidades locales para determinar su adecuación a los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera. (DA 6ª).

III.7. Sustitución de las referencias al coste estándar por la necesidad de que los servicios prestados por las entidades locales se realicen en mayor competencia.

El APL prevé la obligatoriedad general de evaluación del conjunto de servicios prestados por las entidades locales (DA 6ª y 7ª).

Parte de la prevista racionalización económico-financiera en la prestación de servicios por las entidades locales se apoya en el concepto de coste estándar²⁰. El APL dispone que **mediante Real Decreto se establecerá el coste estándar de los servicios prestados por dichas entidades**²¹, la periodicidad y el procedimiento de evaluación y la publicidad de su coste y eficiencia. Asimismo, la DA 13ª señala que las evaluaciones de los costes de los servicios contempladas en el APL deberán expresar el coste real y efectivo de los mismos, que se tomarán como referencia para su comparación con el coste estándar de los servicios con independencia de la forma, proporción y cuantía en que finalmente sean financiados.

Así, tal concepto sería clave, por ejemplo y no exhaustivamente, de cara a:

- La asunción por parte de Diputaciones, Cabildos o Consejos Insulares de los servicios mínimos que deben prestar los municipios cuando éstos son de reducido tamaño, y su eventual reversión al municipio tras la expiración del período legal establecido al efecto (nuevo artículo 26 LBRL).
- La delegación de competencias desde el Estado y las Comunidades Autónomas hacia las entidades locales (nuevo artículo 27 LBRL);
- La suscripción de convenios y constitución de consorcios (nuevo artículo 57 LBRL);
- La provisión de servicios mediante gestión directa (nuevo artículo 82 LBRL).

²⁰ El coste estándar suele definirse en la literatura económica como el sumatorio de los costes previstos que, en concepto de materiales, mano de obra y costes generales de fabricación, se requieren por unidad de producto, bajo condiciones de producción eficientes. Se trata de un instrumento de control de la eficiencia de la actividad desarrollada por la empresa al permitir comparar este indicador con los costes realmente incurridos y determinar la posible existencia de ineficiencias.

²¹ Artículos 26.2 y 36.3 LBRL, referidos ambos exclusivamente a las competencias propias de las entidades locales.

La CNC acoge favorablemente que una de las preocupaciones del APL sea precisamente introducir elementos de evaluación de la eficiencia en la gestión de los servicios públicos. Tales instrumentos, en particular cuando están bien diseñados y se hacen valer con el rigor adecuado, pueden generar incentivos a la reducción de costes y a la búsqueda de eficiencias adicionales y contribuyen a contener el gasto público.

En todo caso, el APL no desarrolla el proceso de elaboración de estos costes estándar y las metodologías aplicables al efecto, difiriendo tal precisión al desarrollo reglamentario. También es relativamente parco en relación con las consecuencias derivadas del incumplimiento de dichos costes estándar por parte de las entidades locales en las diferentes situaciones en que este instrumento se menciona,

En ausencia de tal información, las consideraciones que se realizan a continuación parten de que, precisamente, **la introducción de competencia efectiva en la prestación de los servicios, allí donde sea posible, puede contribuir a generar tales eficiencias y a contener el gasto público, sin los posibles efectos negativos sobre las dinámicas de costes que pueden tener otros instrumentos.**

En este sentido, la CNC llama la atención sobre **dos aspectos**: por un lado, los graves riesgos para la competencia y la eficiencia estática y dinámica de la **fijación y publicidad de los costes estándar**²². Por otro, la recomendable **clarificación en el APL de las consecuencias de una evaluación negativa de los servicios analizados.**

Respecto al primer aspecto, se realizan las siguientes consideraciones:

- § Desde un punto de vista económico, la referenciación a un coste estándar de los servicios²³ de las entidades locales resulta un instrumento que:
 - No incentiva la eficiencia dinámica en la misma medida que la introducción de competencia en o por la prestación de los servicios, ya que el coste real al que se presten los servicios tenderá a converger con dicho coste estándar, sin potenciarse rebajas ulteriores.
 - No permite, en la misma medida que el instrumento competitivo, que los prestadores efectivos de los servicios de titularidad pública local, sea la propia entidad local o sean prestadores distintos a ella,

²² El APL remite esta regulación al Real Decreto que desarrolle el APL en este punto.

²³ Que, además, en el momento actual se ignora cómo se va a calcular.

trasladen verazmente su información de costes²⁴ para la determinación del coste neto.

- Las dificultades para obtener una información veraz y la falta de incentivos para proporcionarla incrementan el riesgo de que se calcule un coste estándar inadecuado que distorsione la prestación del servicio. La falta de claridad del APL sobre el cálculo del coste estándar aumenta esta posibilidad.
- Puede desincentivar que los titulares de los servicios los presten mediante gestión indirecta tras la correspondiente selección competitiva del prestador, en la medida en que la gestión directa, aún sin tensión competitiva, pueda resultar suficiente para cumplir con el coste estándar que venga determinado.

§ El conocimiento público de dichos costes estándar aumenta el riesgo de una **convergencia al alza de precios y tarifas a cobrar por dichos servicios, en las distintas entidades locales, para los usuarios finales o los contribuyentes, que sufragen en todo o en parte la prestación de los servicios locales**²⁵. Ello:

²⁴ La información de costes de la que dispone el prestador será siempre mejor, en estos casos, que la de la propia entidad local, no existiendo incentivos a revelar una estructura de costes que pueda implicar una reducción del coste estándar.

²⁵ Un asunto que, en el ámbito de los monopolios locales (si bien fuera de los servicios públicos locales), puede servir para poner de manifiesto los riesgos de la señalización común de costes y precios por parte de los operadores monopolistas en su ámbito territorial respectivo a las distintas Administraciones es la RCNC relativa al Expte. S/0256/10 INSPECCIONES PERIODICAS DE GAS. En dicho expediente, la CNC impuso, en agosto de 2012, sendas sanciones a la Asociación Española del Gas (SEDIGAS) y a la Asociación Española de Operadores de Gases Licuados del Petróleo (AOGLP) por acordar en su seno y recomendar el precio de los servicios de inspecciones periódicas de instalaciones receptoras de gas natural y GLP, el alta, enganche y verificación de instalaciones de dichas instalaciones y el Servicio de Atención de Urgencias. En el seno primero de SEDIGAS y luego de la AOGLP las empresas distribuidoras acordaban los precios que se debía recomendar que fijaran a las Administraciones Autonómicas, la justificación de tales cifras, la necesidad de recomendar que se actualizarán anualmente, así como la forma en que se haría llegar esta información a las Comunidades Autónomas como propuestas de precios regulados que estas últimas habrían de aprobar.

Cuando se cuenta con distintos monopolios locales es inevitable y positivo desde un punto de vista regulatorio que éstos sirvan de término de comparación entre sí para guiar la actuación del regulador o reguladores. A este ejercicio de comparativa se le denomina competencia referencial y, en ausencia de competencia directa, se deben preservar los elementos que la permiten para facilitar que la regulación conduzca a resultados eficientes.

Las conductas sancionadas habrían reducido la incertidumbre de los distribuidores sobre el comportamiento de unos y otros en materia de precios y se habría distorsionado el proceso de formación de los mismos, porque los precios acordados y recomendados tienden a actuar de mínimo o al menos de referencia, en un mercado concreto o en un conjunto de mercados, aunque sean regulados.

- Puede desincentivar que los prestadores trasladen a los usuarios las posibles eficiencias que desarrollen.
- Perjudica la competencia "por el mercado" en los servicios prestados las entidades locales que decidan dicha competencia.
- De manera general, produce un efecto "indexación" de estas actividades económicas que también incidirá a largo plazo en la variación, con mayor probabilidad al alza, de los costes y tarifas.

En consecuencia, la CNC recomienda analizar cuidadosamente estos efectos y **replantear la consideración del coste estándar**, predefinido y conocido *ex ante*, como el eje en el APL de la contención presupuestaria y la eficiencia en la prestación de los servicios. Como **alternativa menos peligrosa para la competencia efectiva y más favorecedora de la eficiencia**, la CNC considera que:

- **El análisis de cada servicio debería realizarse caso por caso por la entidad local correspondiente, solo en aquellas situaciones en que los servicios no se puedan prestar en competencia y, de hecho, sea la entidad local quien los preste directamente o mediante entidades instrumentales interpuestas. Ello incentivaría que las prestaciones, siempre que sea posible, se realicen en mayor competencia.**
- **El instrumento del coste estándar como metodología común a desarrollar reglamentariamente, en caso de existir, debería por lo tanto quedar limitado a los anteriores supuestos.**
- **En paralelo, se debería establecer en el APL un alto nivel de exigencia en la realización de tales análisis de la posibilidad de que los servicios sean prestados en competencia.**

Respecto a **las consecuencias de una evaluación negativa de los servicios efectivamente analizados** (es decir, "*cuando de la evaluación del conjunto de los servicios de los Ayuntamientos resulte la inadecuación de su prestación*"), la DA 6ª del APL indica, con claridad mejorable, que el Ayuntamiento deberá:

- § Si se trata de servicios que traigan causa de competencias impropias o actividades económicas, ordenar su supresión.
- § Si se trata de servicios mínimos, podrá gestionar indirectamente el servicio, siempre que no implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

§ Se deberá aprobar un plan de reducción de costes de los servicios para que en el plazo máximo de tres años se sitúen en los costes estándar que se definan.

En primer lugar, el supuesto incumplimiento de la entidad local vendría de la “inadecuación” de la prestación del servicio. Sin embargo, **en dicho precepto no se indica expresamente qué elementos valorativos se deben tener en cuenta para determinar dicha inadecuación. Sería recomendable por ello una redacción más clara al respecto**, más allá de lo recogido en la DT 9ª en relación exclusivamente con las competencias impropias..

En segundo lugar, la obligación de **aprobar un plan de reducción de costes** no se vincula, en particular, a las competencias propias, impropias o actividades económicas a prestar por la entidad local. Parecería por tanto que tal obligación abarcaría cualquiera de las mencionadas modalidades. No obstante, no parece que las competencias impropias o actividades económicas puedan ser destinatarias de esta medida, dado que, si la evaluación indica su inadecuación, deberían ser suprimidas. En definitiva, en caso de que la norma se refiera exclusivamente a los servicios mínimos (competencias propias) **sería deseable una redacción más clara**.

En base a estas consideraciones, **se propone la siguiente redacción de la DA 6ª:**

*“1. La evaluación del conjunto de los servicios prestados por los Ayuntamientos, en ejercicio de sus competencias tanto propias como impropias o en el simple ejercicio de otras actividades económicas, deberá analizar de forma acumulativa y permanente la adecuación de su prestación a los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera **y de mínima restricción competitiva**.*

*En base a los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera se deberá determinar **la obligatoriedad legal y la necesidad y proporcionalidad económicas** de que los servicios sean prestados por la entidad local en la forma en que en tal momento se viniese ejerciendo tal prestación.*

Deberá evaluarse si el objetivo de interés público perseguido puede alcanzarse de forma menos restrictiva para la competencia, prestándose, en su caso, por otros operadores económicos. Esta evaluación irá acompañada de un análisis del nivel de competencia del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existentes y potenciales, las barreras de entrada y los posibles efectos de la prestación de las entidades locales sobre la concurrencia empresarial.

2. Cuando de la evaluación del conjunto de los servicios prestados por los Ayuntamientos resulte la inadecuación de su prestación, el Ayuntamiento deberá:

- a) *Si se trata de servicios que traigan causa de competencias impropias o actividades económicas, ordenar su supresión;*
- b) *Si se trata de servicios mínimos, podrá gestionar indirectamente el servicio, siempre que no implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*

En este último caso, el Ayuntamiento deberá aprobar un plan de reducción de costes de los servicios **para que en el plazo máximo de un año se introduzcan las medidas favorecedoras de la competencia que se definan**. De no aprobarse dicho plan no se podrá autorizar ninguna operación de crédito ni la entidad local podrá acceder a mecanismos de financiación previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ni a la posible aplicación de reducciones en los porcentajes de retención en la participación en tributos del Estado para compensar deudas con acreedores públicos, en los términos que se establecen en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.