

LA (RE)MUNICIPALIZACIÓN Y DEMÁS DECISIONES DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES SOBRE SERVICIOS*

Anna COLOMÉ I NIN

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

Susanna GRAU I ARNAU

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

SUMARIO: I. ALGUNAS PRECISIONES EN EL DEBATE SOBRE LA REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES.—II. LA DECISIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN Y EL MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES Y SUS IMPLICACIONES EN TÉRMINOS DE COMPETENCIA: A. Prestación del servicio local: monopolio o libre concurrencia. B. Gestión del servicio local: directa o indirecta: a) Variables a ponderar en la decisión sobre si acudir o no al mercado. b) Diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas. c) Potestad de autoorganización y cooperación. C. Lectura en clave de mercado de las decisiones relativas a la prestación de los servicios locales.—III. INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS ENTES LOCALES.—IV. MENCIÓN ESPECIAL AL PROCEDIMIENTO DE REMUNICIPALIZACIÓN Y A LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN ÉL.—V. CONCLUSIONES.

I. ALGUNAS PRECISIONES EN EL DEBATE SOBRE LA REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES

Con la adopción, el año 2013, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) se dio entrada a la intervención directa de las autoridades de competencia en los procedimientos decisorios de los entes locales relativos a la prestación de determinados servicios locales en régimen de monopolio. En concreto, la Disposición Final primera de la LRSAL introdujo la obligatoriedad de solicitar informe a la autoridad de competencia en los supuestos de establecimiento de servicios locales en régimen de monopolio, mediante la modificación del art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril,

* Las consideraciones y comentarios de las autoras recogidas 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.

por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986)¹.

No obstante, el interés de las autoridades de competencia en la actividad prestacional de las administraciones públicas en general y de la administración local en particular, es anterior a la entrada en vigor de la LRSAL e independiente del rol que dicha norma les ha otorgado. Y es que, como se verá, las decisiones relativas a la prestación de servicios por parte de los entes locales (a saber: decisiones que se refieren tanto al régimen de prestación y la concreta forma de gestión de los servicios públicos locales como al ejercicio de la iniciativa económica local e incluso decisiones relativas a cómo se regulan ciertas actividades económicas —si bien, estas no van a ser objeto de análisis en este trabajo—) presentan importantes implicaciones en términos de política de competencia.

De hecho, solo en atención a la gran cantidad de servicios² que ofrecen los entes locales, es evidente que la actividad prestacional de los mismos puede presentar un gran impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado; por ello, es importante que su proceso decisorio tome en consideración la variable «competencia».

Cabe recordar que el objetivo final de la competencia es la eficiencia en la asignación de los recursos en beneficio del consumidor, lo que debe traducirse en el ámbito de los servicios locales en poder disponer de servicios de calidad, sostenibles, fiables y al menor coste posible.

Y es precisamente esta exigencia respecto de los servicios locales, lo que ha provocado, como mínimo en parte, que en los últimos años hayamos asistido a un aumento del interés en los llamados procesos de «remunicipalización». Dichos procesos se contraponen a la tendencia, vigente durante un largo periodo de tiempo (a partir de los años ochenta del siglo XX), a priorizar las formas de gestión indirecta de los servicios locales, a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada para su prestación³.

Conviene, sin embargo, precisar el significado de «remunicipalizar», puesto que es un término que genera cierta confusión en cuanto a su significado exacto. En este sentido, dado que la titularidad (y, por 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

¹ Más allá de esta previsión concreta, resulta indiscutible que las últimas reformas de la normativa local han enfatizado la importancia de que la actividad económica de los entes locales respete escrupulosamente el criterio de eficiencia.

² Ostenten o no la calificación de servicio público.

³ Este no es un debate exclusivo del ámbito local, pues también se ha producido 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.

un proceso de cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales, pasando de una gestión indirecta a una gestión directa⁴.

Varios son los motivos que explicarían dicho cambio de tendencia. Si bien en algunos casos, las razones de índole política o ideológica han estado detrás de algunos intentos de «remunicipalización» de los servicios de las corporaciones locales, no debemos obviar que han sido puestas de manifiesto cuestiones de eficiencia que justificarían la conveniencia y oportunidad de una vuelta a la gestión directa de determinados servicios locales.

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 privados⁵ 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 es factible y preferible en determinados casos⁶.

En resumen, tradicionalmente, a la gestión privada de los servicios le han sido asociados aspectos positivos como por ejemplo: la profesionalidad de la gestión del servicio; aprovechamiento de las economías de escala; mayor capacidad de inversión; flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de la gestión; agilidad en los procesos de toma de decisión; decisiones no ligadas al corto plazo o al ciclo electoral; introducción de competencia en la fase de acceso al mercado, etc. Sin embargo, actualmente es cuestionada por motivos también de diversa índole, entre otros: discutible calidad de los servicios; existencia de fraude en los procesos de licitación pública; exiguo poder de negociación del ente local frente a las grandes corporaciones prestadoras de servicios; limitada capacidad de supervisión y control sobre la prestación del servicio por parte del ente local; coste del servicio (retribución del gestor, coste del proceso de licita-

⁴ «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». J. TORNOS MAS, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016.

⁵ En este sentido, se puede hacer mención al «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 5.001 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 al Informe de la Universidad de Greenwich y otros, «Llegó para quedarse. La remunicipalización del agua como tendencia global», 2014.

⁶ En este sentido se ha manifestado J. PONCE SOLÉ, «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, 2016, Fundación Democracia y Gobierno Local.

ción, etc.); insuficiente sensibilidad ciudadana; escasa transparencia en la gestión, etcétera⁷.

Se constata que existen abundantes argumentos en *pro* o en *contra* de cada uno de los sistemas de gestión; si bien desde el punto de vista estrictamente de competencia no caben apriorismos, debe realizarse un análisis, caso a caso, para determinar qué opción es la que nos acerca mejor al cumplimiento de los objetivos de interés público en la prestación de servicios públicos locales.

Más allá del referido análisis —del que aportaremos cierta metodología en los siguientes epígrafes—, para que se pueda remunicipalizar un determinado servicio local (por ejemplo, el abastecimiento domiciliario de agua potable o la recogida de residuos urbanos) es condición necesaria 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 creación de un servicio público local en régimen de monopolio. Una vez municipalizado el servicio, el ente local deberá optar entre una forma gestión directa (por él mismo) o indirecta, a través del encargo a operadores privados⁸.

Tal actividad económica llevada a cabo por los entes locales goza de amparo constitucional. En este sentido cabe recordar que el art. 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. Por un lado, se reconoce constitucionalmente la capacidad de las administraciones de desarrollar actividades económicas como un sujeto más al que el ordenamiento 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 monopolio⁹.

⁷ «En los últimos años se ha comenzado a replantear esta teoría y se reivindica la recuperación de la gestión directa de los servicios públicos, con el argumento básico de que hay que recuperar lo público para las manos públicas. Los argumentos en defensa de la recuperación de la gestión pública se fundamentan en afirmar que la gestión privada no ha acreditado las expectativas sobre una mejor calidad en la prestación del servicio y en la reducción de precios, mientras que los entes públicos han ido adquiriendo las habilidades propias de los gestores privados; el gestor público cree que junto con la eficacia económica deben introducirse objetivos sociales y ecológicos en la prestación de servicios públicos, que el sector privado no tiene, y seguramente también ha incidido en este cambio de planteamiento sobre los modos de gestión una cultura política de lo público vinculada a ciertos cambios políticos en los Gobiernos de los entes municipales». J. TORNOS MAS, «La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017.

⁸ En este sentido, 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.

⁹ El art. 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

En desarrollo de este precepto, el art. 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) 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 arts. 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 art. 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 se detallan los ámbitos en los que se reconoce competencia municipal¹⁰; por otro lado, el art. 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 mínimos¹¹.

El apartado 2 del art. 86 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 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». También prevé la posibilidad de efectuar, mediante ley, dicha reserva respecto de otras actividades y servicios, aunque no se ha dado el caso.

Por tanto, solo podrán ser objeto de municipalización —y, en su caso, de «remunicipalización»— los servicios esenciales contemplados en este artículo o los que se establezcan mediante norma de rango legal, al ser los únicos que pueden ser prestados en régimen de monopolio. El resto de actividades económicas deberán desarrollarse en régimen de libre concurrencia, es decir, siguiendo las reglas de mercado.

Finalmente, resulta necesario hacer hincapié en el hecho que la normativa comunitaria¹² no impone un determinado régimen o forma de gestión

finalidades de interés general a los que toda administración debe servir y, por otro, el respeto a la libre competencia que impone que los operadores públicos se sometan a las mismas cargas que afectan las privadas y a sus mismos riesgos, sin disfrutar de ningún tipo de privilegio.

¹⁰ Por ejemplo, urbanismo, medio ambiente urbano, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación de aguas residuales, cementerios y servicios funerarios, promoción del deporte, etcétera.

¹¹ 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.

¹² Para un análisis detallado sobre la incidencia del Derecho comunitario en los procesos de remunicipalización, véase J. M. GIMENO FELIU, «Remunicipalización de servicios locales y derecho

de los servicios de interés económico general (concepto en el cual se incluiría el de servicio público propio de nuestro ordenamiento jurídico)¹³; no prejuzga ni prioriza la opción privada *versus* la pública, pero sí que es exigente con el respeto y cumplimiento de las normas de competencia¹⁴. 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 (*ex art.* 106.2 TFUE)¹⁵.

II. LA DECISIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN Y EL MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES Y SUS IMPLICACIONES EN TÉRMINOS DE COMPETENCIA

La práctica decisoria de los entes locales respecto la prestación de los servicios que les son legalmente encomendados, así como respecto el ejercicio de actividades económicas, no es neutra en términos de competencia. En este sentido, 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, de conformidad con la normativa de contratación del sector público¹⁶) inciden en mayor o menor medida en las condiciones de competencia del mercado en que se desarrolla dicha actividad prestacional.

comunitario», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016. Del mismo autor, véase también «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017.

¹³ Dicho concepto de Derecho comunitario no es idéntico al de «servicio público» a nivel interno, puesto que incluiría también actividades privadas que son de importancia esencial para la comunidad. Según la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa», Bruselas, 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 900 final, «los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría(o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública».

¹⁴ Art. 106.2 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».

¹⁵ La jurisprudencia comunitaria ha sido la encargada de delimitar las fronteras de lo que constituye un servicio de interés económico general (SIEG). En este ámbito, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, *Altmark*, establece (en sus apdos. 89 a 93) pautas para la determinación de cuándo justificadamente puede considerarse un servicio SIEG exento de la normativa de competencia.

¹⁶ Normativa modificada en noviembre de 2017 mediante la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español la Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero.

Previamente al análisis de tales implicaciones, cabe recordar que la decisión sobre el régimen de prestación está condicionada por el hecho 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 las llamadas actividades o servicios esenciales, es decir, para el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento, y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con el art. 86.2 LRBRL¹⁷. Para el resto de servicios locales, el único régimen legalmente previsto es el de libre concurrencia con el sector privado.

A. PRESTACIÓN DEL SERVICIO LOCAL: MONOPOLIO O LIBRE CONCURRENCIA

Desde la óptica de competencia, de la primera de las decisiones, relativa al régimen de prestación (monopolio o libre concurrencia) 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 actividad en régimen de libre concurrencia, el ente local (independientemente de la forma de gestión adoptada) se convierte en un prestador que compite 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 inducir el juego de la competencia ya que la entrada de operadores distintos al legalmente establecido ha quedado vetada; estaríamos, en definitiva, ante una situación de no competencia.

¹⁷ Este mismo apartado 2 del art. 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.

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.

A pesar de esta recomendación general, en ocasiones se ha demostrado que no siempre la mejor opción es 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, probablemente estará justificado acudir a un régimen de monopolio para la prestación de un servicio. En el caso de los servicios locales, los principales fallos de mercado detectados serían, básicamente: i) las externalidades negativas, esto es, consecuencias derivadas de la actividad económica que afectarían a personas distintas a las que realzan la actividad en cuestión y que no tendrían reflejo en los precios de los servicios producidos¹⁸; 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 u otras condiciones comerciales, calidad, seguridad, etc.) que son importantes para que el usuario pueda tomar una correcta decisión sobre el servicio en cuestión. Asimismo, puede ocurrir que sea imprescindible, y iii) 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), caracterizado por la existencia de elevados costes fijos, 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 de identificación y análisis de dichos fallos de mercado, puesto que la determinación de si una actividad se presta mejor de un modo u otro debe valorarse, como hemos dicho, 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 intrínsecas y esencialmente vinculadas al servicio continuaran abiertas a la competencia entre operadores¹⁹. Sin duda alguna ello redundaría en beneficio de los consumidores y usuarios de los servicios públicos.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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, suministro, 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.

B. GESTIÓN DEL SERVICIO LOCAL: DIRECTA O INDIRECTA²⁰

Decidido el régimen de prestación (monopolio o libre concurrencia con el sector privado), corresponde al ente local 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 local²¹, o indirectamente mediante el encargo al sector privado²². En relación con este último supuesto supone una importante novedad la configuración que realiza la nueva legislación de contratación pública, entrada en vigor en marzo de 2018, de la «gestión indirecta», en términos de la normativa local, puesto que ha desaparecido el llamado contrato de gestión de servicios públicos siendo, *grosso modo*, sustituido por el contrato de concesión de servicios o —únicamente, para aquellos casos en lo que la Administración no transfiera el riesgo operacional— por el contrato de servicios²³. Sin embargo, el hecho de que la gestión interesada y el concierto no estén

²⁰ Atendida la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos en la nueva legislación en materia contractual, surge a la duda sobre la procedencia de continuar empleando la terminología de «gestión indirecta». En este sentido, hacemos nuestras las consideraciones de José Luis MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS relativas a que «el concepto de gestión indirecta merece continuar siendo utilizado al seguir aportando un contenido jurídico-administrativo relevante [...] en primer lugar, porque establece un primer criterio de demarcación en la clasificación general de los modos de gestión: la participación de un privado en la gestión de los servicios públicos, lo que la opone al otro gran grupo, la gestión directa, caracterizada por la exclusividad de la participación de entidades públicas. En segundo lugar, porque su uso está muy generalizado y forma parte integrante de acervo del Derecho público español; y ello tanto en las vertientes normativa y de gestión, como desde la perspectiva doctrinal», recogidas en «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», Instituto Nacional de Administración Pública, 2018, consultable en <http://administracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>.

²¹ El art. 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.

²² El mismo art. 85.2 LRBRL remite a la legislación de contratos del sector público para la determinación de las formas de gestión indirecta. Esta legislación ha sufrido una importante modificación con la entrada en vigor, en marzo de 2018, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero (en adelante, LCSP), de la cual desaparece la figura del contrato de gestión de servicios públicos, el cual se articulaba mediante las figuras de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta (art. 277 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). La nueva LCSP solo contempla el contrato de concesión de servicios.

²³ En algunos supuestos, cabría utilizar la figura del contrato de servicios en lugar de la del contrato de concesión de servicios, en función, básicamente y simplificando (puesto que no es el objeto de este artículo), de la existencia o no de transferencia al concesionario del riesgo operacional. Para que exista concesión del servicio debe producirse dicha transferencia. En este sentido, el art. 15 de la nueva LCSP se remite al art. 14.4, relativo a las concesiones de obra para la definición de «riesgo operacional». En palabras de GIMENO FELIU: «El riesgo de explotación económica y del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio», 2017.

contemplados en la nueva normativa, «no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las directivas»²⁴. Subsiste la posibilidad de adjudicar concesiones de servicios a sociedades de economía mixta (Disposición Adicional 22.^a de la LCSP) y la figura de determinados conciertos para la prestación de asistencia sanitaria, a los que la ley atribuye la naturaleza de concesión de servicios.

Desde una óptica de competencia, la decisión relativa a la forma de la forma de gestión (directa o indirecta) es clave puesto que condiciona el tipo de competencia existente en el mismo; 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 periodo 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 los que quién presta el servicio (con independencia de la concreta forma de gestión escogida) es la propia administración local:

- 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 este motivo, en los supuestos de gestión indirecta cobra especial relevancia el procedimiento de licitación del contrato, que deberá ser lo más competitivo posible²⁵, 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.
- 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.

A priori, en términos de competencia, sería preferible optar por una gestión indirecta, ya que lleva asociada un mayor grado de competencia (los operadores rivalizan periódicamente para obtener el encargo de la

²⁴ GIMENO FELIU, 2017.

²⁵ 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.

administración)²⁶, no obstante, no necesariamente siempre esta es la mejor opción; en ciertas 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 art. 85.2 LRBRL²⁷ al establecer que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». Y ahondando en esa exigencia establece 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 esta misma línea, el legislador estatal posteriormente, mediante el art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015), volvió a fijar en relación con la gestión directa, —en este caso referida a los medios propios y servicios técnicos— que es posible acudir a estos siempre que «se dé alguna de las circunstancias siguientes: *a*) sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o *b*) resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados». Por tanto, salvo en los casos de seguridad pública o de urgencia, será necesario acreditar que acudir al medio propio (gestión directa) es más eficiente que la contratación pública (gestión indirecta).

E incluso más recientemente, la nueva LCSP en su art. 294.c) también incorpora la exigencia de eficacia y eficiencia de la gestión directa a fin poder ejercer la facultad de rescate por parte de la Administración por razones de interés público²⁸. En particular, el precepto requiere la concurrencia

²⁶ Tal como señala J. ESPINOSA GARCÍA, «Servicios Públicos Locales y Competencia», en *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, pp. 197-219, «en principio, y con todas las matizaciones 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».

²⁷ En su versión dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno local.

²⁸ Para más detalle sobre el art. 294.c) de la LCSP véase el artículo de F. GARCÍA RUBIO, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Descripción de las novedades en la Administración Lo-

de una razón de interés público y «además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional».

En resumen, la eficiencia es clave de la cuestión; sin embargo, en ocasiones la opción de establecer una gestión directa se toma teniendo en consideración criterios ajenos a la eficiencia. En este sentido, con frecuencia se esgrime la resolución de conflictos socio-laborales (por ejemplo, racionalización de plantillas) y 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.

En cualquier caso, decidir la forma de gestión del servicio es una decisión discrecional y sometida al control judicial. Insistimos en que, si bien muchas pueden ser las razones desencadenantes de procesos de remunicipalización, estos procesos deben fundamentarse en razones de interés público concretas, en la eficiencia del sistema y la sostenibilidad financiera para no incurrir en vicios de nulidad ni en arbitrariedad, es decir, que habrá que acreditar que no se trata de una decisión tomada en base a «la libre voluntad», sino sujeta a las reglas y principios legalmente establecidos.

La adopción de la decisión sobre la forma de gestión requiere acreditar en el expediente que se instruya que la forma elegida es más sostenible y eficiente, en términos de rentabilidad económica y recuperación de la inversión que las otras formas de gestión (análisis de costes-beneficios en comparación con los costes-beneficios de otras formas de gestión). El análisis debe ir referido a las mismas condiciones de calidad efectiva en la prestación, lógicamente, (en caso de mayor calidad en la prestación estará justificado un mayor coste en la misma proporción y viceversa). Pueden introducirse también, si se estima conveniente, criterios de eficiencia y sostenibilidad en términos distintos de los meramente económicos-sociales, medioambientales, etc. En cualquier caso, resulta realmente importante que todos los argumentos que se esgriman por parte de la corporación municipal para defender que la forma de gestión propuesta es la más eficiente (eficiencia en sentido amplio) queden debidamente acreditados y en la medida de lo posible, cuantificados.

En resumen, las autoridades locales deben ponderar la conveniencia de decantarse por una fórmula de gestión directa o indirecta. Por ello, la toma de decisiones en este ámbito impone ineludiblemente que:

- Las razones y motivaciones que fundamenten la fórmula de gestión escogida —sea esta directa o indirecta— queden debidamente acreditadas en el expediente.
- De conformidad con la legislación actual, se prime el criterio de eficiencia en la prestación de servicios. De manera que a pesar de la

autonomía local de la que gozan, de su condición de sujeto político y de su potestad de auto-organización, la elección de la forma de gestión por parte del ente local responda adecuadamente a la eficiencia legalmente exigida. Incluso más allá de la legalidad vigente, también es responsabilidad de los entes locales asumir la cultura de competencia en su toma de decisiones, de manera que no impongan sacrificios injustificados a la competencia.

a) *Variables a ponderar en la decisión sobre si acudir o no al mercado*

Tal como señala TORNOS (2017), la decisión sobre el modo de gestión de un servicio público debe atender a una pluralidad de factores, debiéndose de tener en cuenta tanto la existencia de diversas realidades locales como el marco legal aplicable. Destaca algunos elementos a tener en cuenta a la hora de decidir entre uno u otro modo de gestión: la diversidad de los servicios existentes; el tamaño del municipio; la situación financiera del ente local; la relación concesional existente hasta el momento; la situación concreta del municipio y la necesidad de municipalizar un servicio aun no municipalizado (por ejemplo, coste de la indemnización de las empresas existentes), etcétera.

Específicamente, desde una óptica de competencia, existen variables que muy particularmente deberían ser tenidas en cuenta por las administraciones locales a la hora de decantarse por uno u otro tipo de gestión²⁹, bien en el momento de la creación de un servicio bien cuando se plantea un cambio en la forma de gestión del mismo. Pueden destacarse las 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 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 puedan financiarse en gran parte por los propios usuarios del mismo.* En caso de no cumplirse estas premisas va a resultar complicado acercarse adecuadamente al mercado para sea este el que provea 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.

²⁹ Véase J. ESPINOSA GARCÍA (2011), y E. ENGEL, R. FISCHER y A. GALETOVIC (2014), *Economics Public-private Partnerships*, Cambridge University Press.

- *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 costes 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.

Si se verifican tales circunstancias, en principio, y con todas las matizaciones pertinentes cuando se realiza un ejercicio de generalización, probablemente la decisión más beneficiosa para el interés general será la externalización del servicio. En caso contrario, las ventajas que normalmente se atribuyen a la gestión privada o indirecta serán probablemente menores.

A estas variables cabría añadir, para el caso en que un ente local se planteara la remunicipalización de un servicio objeto de una concesión aún vigente acudiendo a la figura del rescate, el coste del mismo puesto que si es excesivamente elevado es probable que la remunicipalización que se pretenda no sea posible por insostenible o excesivamente gravosa para las arcas municipales³⁰. Al respecto, como ya hemos mencionado, la posibilidad de rescatar una concesión de servicio público también está expresamente prevista en la nueva normativa de contratación pública³¹. En este sentido, la

³⁰ En caso de rescate, la Administración debe abonar al concesionario «en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización». Asimismo, «indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 280 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta del su grado de amortización» (art. 295, apdos. 1 y 4, de la LCSP).

³¹ Existe diversidad de opiniones sobre la compatibilidad de la figura del rescate de las concesiones de servicio público, tal y como se configura en la nueva LCSP, y el art. 44 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. En este sentido, Y. MARTÍNEZ MATA y S. RATING, «Análisis jurídico de las posibilidades de remunicipalización de servicios de interés general, desde una óptica de competencia», en *LUX Barcelona, Revista de transparencia metropolitana*, núm. 1, 2017, consideran compatible el rescate, como herramienta para proceder a una remunicipalización de un servicio local para pasar a prestarlo de forma directa con el citado art. 44 de la Directiva, siempre que la decisión municipal responda a valoración cuidadosa del interés general y los criterios de sostenibilidad y eficiencia a los que obliga la normativa de aplicación. Consideran perfectamente plausible imaginar un escenario en el que se decide el rescate del servicio público y se respetan al mismo tiempo los derechos del concesionario saliente, otorgándole la indemnización que legalmente corresponda por el tiempo de rescisión anticipada del contrato de concesión, sin que «los derechos del concesionario respecto a los términos concesionales inicialmente pactados, con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, tengan que

nueva LCSP prevé expresamente, entre las causas de resolución de los contratos de concesión de servicios, el «rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público», el cual requerirá, como novedad respecto de la anterior ley de contratos, «la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional». Exige, pues, la realización de un análisis que justifique, mediante criterios de eficacia y eficiencia, de sostenibilidad en definitiva, el cambio hacia una gestión directa antes de la finalización del plazo concesional.

b) *Diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas*

Si finalmente se opta por una gestión indirecta o concesionada del servicio, desde una óptica de competencia adquiere una extraordinaria importancia el diseño tanto del procedimiento de licitación en sí mismo —puesto que condiciona el nivel de concurrencia y competencia que se alcanzará en la licitación en cuestión— como del contrato que finalmente se adjudique —ya que, como hemos señalado, las consecuencias negativas para la competencia derivadas de la introducción de determinados elementos de distorsión persistirán durante toda la vigencia del mismo—.

De hecho, los entes locales —como cualquier otra administración pública que decida acudir al mercado para proveerse o para prestar servicios— garantizan el principio de libre competencia en primer término, cumpliendo con las obligaciones establecidas por la normativa de contratación y seguidamente, adoptando las decisiones más favorecedoras para la competencia —o aquellas que la restrinjan en menor medida— de entre las diferentes posibilidades que contempla la LCSP. El cumplimiento de este segundo requerimiento implica llevar a cabo un análisis —que va más allá de lo que supone respetar la legalidad— a fin de determinar y escoger entre el abanico de posibilidades de la LCSP, caso a caso, cuál es la opción más adecuada en términos de competencia. Este análisis es especialmente relevante en diferentes momentos, a saber: al elegir el procedimiento de contratación, al diseñar las condiciones de licitación (criterios de acceso a

prevaler sobre el derecho del ente municipal a organizar sus servicios públicos de la manera que mejor responda al interés general del municipio y a los reiterados criterios de sostenibilidad y eficiencia. De otro modo, se estaría condenando a la Administración municipal —y a sus ciudadanos— a perpetuar hasta la finalización del plazo concesional una decisión inicial de gestión indirecta que con posterioridad haya resultado o devenido errónea, ineficiente, insostenible o inadecuada para la satisfacción de los referidos intereses generales».

Por otro lado, GIMENO FELIU (2017) considera que del art. 44 de la Directiva se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador. En este sentido, «el interés público —al igual que sucede con la modificación contractual— ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el Derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no un privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y los principios de esta potestad».

la licitación, criterios de adjudicación, etc.), al determinar la duración del contrato e incluso una vez adjudicado, ante la posibilidad de modificar sobreveniéndamente las condiciones contractuales³².

De manera muy resumida, resulta imprescindible prestar especial atención a los siguientes factores:

- *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.
- *Claridad en la redacción de los Pliegos.* Las condiciones de la licitación no deben dar lugar a dudas a fin de promover la participación de las empresas y de que estas puedan presentar las mejores ofertas.
- *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

³² 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:

- «Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública», ACCO, 2010, pp. 15-22 (http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_cat.pdf).
- «Estudio sobre la contratación pública en la CCAA andaluza des del punto de vista de la competencia», de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, 2010, pp. 14-17 (<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-contratacion-publica-final.pdf>).
- «Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza», 2010, pp. 16-41 (<http://www.juntadeandalucia.es/defensa-competencia/sites/all/themes/competencia/files/RecomendacionesContratacionPublica.pdf>).
- «Guía sobre Contratación Pública y Competencia», Comisión Nacional de Competencia, 2011, pp. 10-28 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf).
- Informe «PRO/CNMC/001/15 - Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia», Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2015, pp. 9-24 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf).
- «Guía de contratación pública y competencia», Autoridad Vasca de la Competencia, 2018 (http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf).

por el prestador actual del servicio, este dispondrá de una ventaja 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.

- *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 lotes³³ 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. Sin embargo, la división en lotes debe llevarse a cabo cuidadosamente a fin de evitar que se facilite el reparto de los mismos entre licitadores. En otros términos, la división en lotes presenta un claro *trade off* puesto que de una parte i) incrementa las posibilidades de ciertas empresas de concurrir a la licitación (positivo en términos de competencia) y de otra, ii) facilita el comportamiento estratégico de las empresas de repartirse los lotes (negativo para la competencia).
- *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).
- *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 produce con la adjudicación y, por tanto, la restricción a la competencia, al mínimo posible. En esta línea, el recurso a las prórrogas de los contratos debe concebirse como claramente excepcional.
- *Modificaciones sobrevenidas.* El uso de este recurso legalmente previsto debe ser excepcional, puesto que cualquier modificación contractual implica alterar las condiciones en las que se produjo la licitación, en base a las que los diferentes postores formularon sus ofertas, por ello es imprescindible reclamar un uso responsable de esta figura, de manera que solo se recurra a ella ante la imposibilidad de obtener los objetivos de la modificación mediante una nueva licitación pública.

³³ De hecho, la nueva LCSP prevé, como regla general, la división en lotes del objeto de los contratos, novedad introducida como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (art. 46). Según el art. 99.3 de la LCSP «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta». Se prevén excepciones a esta regla de lotización de los contratos cuando concurren motivos válidos que así lo justifiquen y consten en el expediente.

En el caso que justificadamente la modificación sobrevenida sea imprescindible, se recomiendan las siguientes buenas prácticas: i) no aprovechar las modificaciones sobrevenidas para incluir nuevas prestaciones no directamente asociadas a la circunstancia imprevisible que ha comportado la modificación del contrato; ii) si el objeto de la modificación son los precios debe hacerse un análisis de mercado —a fin de evitar que la administración sea precio aceptante sin capacidad de contraste—, y iii) autoimponerse la obligación de recoger en un informe anual todos los contratos modificados así como la motivación justificativa, etcétera.

En resumen, resulta fundamental, a fin de que el ente local aproveche los beneficios asociados a la competencia, un diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas que promueva al máximo la concurrencia y la competencia. Ahora bien, no puede obviarse que este tipo de práctica administrativa requiere del ente local tanto un buen conocimiento del mercado como una actuación estratégica por parte del mismo —algunas de las pautas anteriores van en esta línea—, para ello se concibe imprescindible que este cuente con profesionales de la compra pública altamente especializados, capacitados e impregnados de la cultura de competencia.

c) *Potestad de autoorganización y cooperación*

Es práctica habitual de las administraciones públicas y, por tanto, de los entes locales, la celebración de convenios de colaboración con otras administraciones públicas (lo que se ha conocido como cooperación horizontal o no institucionalizada) o la realización de encargos a medios propios (cooperación vertical o institucionalizada) para la gestión directa de determinados servicios locales. La nueva LCSP reconoce expresamente dichos recursos y los engloba dentro de la llamada «potestad de autoorganización» (art. 31 LCSP). En transposición de la Directiva 2014/24/UE, esta nueva regulación supone una positivización de la doctrina jurisprudencial de los contratos *in house* y de la colaboración horizontal entre entidades públicas (art. 12 de la citada Directiva).

Desde una óptica de competencia, el interés en estos instrumentos de cooperación resulta del hecho que suponen 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, los entes locales muy probablemente recurrirían a la gestión indirecta y, en consecuencia, licitarían el contrato correspondiente, suscitando la competencia por el mercado. En particular, la utilización de estos instrumentos por parte de los entes locales ha tenido (y sigue teniendo) importantes implicaciones en materia de competencia.

Por un lado, los convenios de colaboración entre administraciones públicas se hallaban excluidos del ámbito de aplicación 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), vigen-

te hasta marzo de 2018, siempre que el convenio en cuestión no tuviera naturaleza objetivamente contractual³⁴. A falta de más indicaciones en la norma, resultaba imprescindible determinar si efectivamente un convenio de colaboración entre dos administraciones públicas tenía o no tal carácter contractual³⁵.

La jurisprudencia, especialmente comunitaria, fue la encargada de determinar los requisitos mínimos para considerar que existía un convenio de colaboración sin naturaleza contractual, es decir, excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública³⁶: i) que en él participaran solo poderes adjudicadores y no hubiera presencia de capital privado; ii) que se produjera una cooperación real en vista a la realización de una tarea común (misión o servicio público común), y iii) que tal cooperación se rigiera únicamente en atención a consideraciones de interés público. Asimismo, para la apreciación del elemento cooperativo en el desarrollo de una tarea común, podían considerarse distintos elementos: por ejemplo, si existía un reparto de responsabilidades o, como mínimo, que la actuación de una de las partes constituyese un «complemento específico» de las funciones de interés público de la otra parte³⁷.

En virtud de dicha jurisprudencia, en caso de ausencia de una verdadera cooperación entre administraciones públicas (cuando, por ejemplo, existiese una asignación de tareas unilateral de una administración a otra, o se retribuyese más allá de los costes del servicio), un convenio de colaboración tendría naturaleza contractual y, en consecuencia, debería someterse a las normas de contratación del sector público, licitando el correspondiente contrato³⁸.

³⁴ 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».

³⁵ 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 (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004).

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión/Alemania*.

También véase 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.

³⁷ Véanse conclusiones del Abogado General, de fecha 23 de enero de 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GMBH/Technische Universität Hamburg-Harburg*.

³⁸ La Directiva 2014/24/UE establece los requisitos en materia de cooperación horizontal: 1) debe existir una cooperación genuina para la realización común de tareas de servicio público, que únicamente pueden basarse en consideraciones de interés público; 2) las entidades participantes deben asumir la ejecución de las principales obligaciones contractuales, para lo que deberán haber celebrado un contrato en el que se incluyan los derechos y obligaciones mutuas, con gestión y decisiones comunes; 3) las competencias no tienen que ser iguales, bastando que las entidades tengan competencias complementarias, y 4) no pueden contratarse a través de esta fórmula actividades que superen el 20 por 100 de la totalidad del volumen de los contratos que, en principio, deberían contratar estas entidades con sujeción a las Directivas.

La nueva LCSP, en su art. 6.1 incorpora estos requisitos fijados por la jurisprudencia y exige, para que un convenio entre administraciones públicas sea excluido de su ámbito de aplicación —más allá de que el objeto del mismo no se encuentre comprendido en el de los contratos de la LCSP— el cumplimiento de las siguientes condiciones cumulativas: *a)* que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado³⁹; *b)* que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común, y *c)* que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionada con el interés público.

Por otro lado, las autoridades de competencia⁴⁰ también han tenido ocasión de analizar en profundidad los encargos a medios propios⁴¹. 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 titular, de acuerdo con una relación administrativa de encomienda de gestión (término usado hasta la entrada en vigor de la nueva LCSP) o encargo no contractual, consecuencia del carácter interno o instrumental de dichas entidades⁴². Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de los encargos a medios propios es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por tanto, de la concurrencia.

Si las Administraciones recurren a los medios propios de manera muy habitual pueden generarse riesgos para la competencia efectiva en los mercados; en palabras de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁴³: «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

³⁹ «La cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración».

⁴⁰ Véase, 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. Consultable en https://www.cnmcc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf.

⁴¹ La nueva LCSP distingue los encargos a medios propios de la figura de las encomiendas de gestión establecidas en el art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de Derecho público pueden encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico a otros órganos administrativos o entidades de Derecho público. Con anterioridad a la nueva LCSP, la encomienda de gestión era la relación administrativa, no contractual, mediante la cual se articulaba el encargo de la administración encomendante a un medio propio.

⁴² Como recuerda la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en 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».

⁴³ Actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

condiciones de ejecución de las encomiendas], una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por 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».

En la misma línea, el Tribunal de Cuentas en su «Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias, organismos autónomos del área político-administrativa del Estado (ejercicios 2008-2012)» recomienda «que los poderes adjudicadores que realicen encargos de gestión procedan a una justificación detallada y exhaustiva de la necesidad de llevarlos a cabo, así como a la justificación de la mayor economicidad y eficiencia de esta vía de provisión de bienes y servicios frente a la contratación de los mismos en el mercado»⁴⁴.

Más allá de las anteriores recomendaciones, desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015 (art. 86.2) para poder acudir a un medio propio resulta necesario que esta opción sea más eficiente que la que supone acudir a mecanismos de contratación pública y resulte «sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica», salvando los casos de seguridad pública o de urgencia.

Todo ello provoca que deba justificarse adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, además de cumplir escrupulosamente los requisitos que permiten su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.

Y esta exigencia de cumplir escrupulosamente los requisitos para ser considerado medio propio a fin de no resultar sometido a las normas de contratación y, por ende, a la competencia es predicable sea cual sea el tipo de encargo que se efectúe a un medio propio. En este sentido, resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, *Parking Brixen*) al declarar con total rotundidad que son exigibles los requisitos de los medios propios a los encargos de gestión directos realizados por un poder adjudicador cuando se refieren también a servicios públicos, para no hallarse sometido a los requerimientos de concurrencia y competencia inherentes a la contratación pública⁴⁵.

El anterior art. 4.1 del TRLCSP excluía 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 atribui-

⁴⁴ Informe de 28 de noviembre de 2013, consultable en http://www.congreso.es/docu/inf_fiscTC/251-36.pdf.

⁴⁵ El párrafo 62 de la referida sentencia establece: «Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los arts. 12 CD, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad que pertenece».

da la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación». De conformidad con las previsiones del citado art. 26.4, para que operara tal exclusión, era necesario que, por un lado, la entidad pública que formulase el encargo ostentara sobre el medio propio un control análogo al que ejerciera sobre sus propios servicios y, por el otro, que el medio propio realizara la parte esencial de sus actividades para la entidad o entidades que lo controlasen⁴⁶.

Del mismo modo que con los convenios de colaboración, la jurisprudencia comunitaria ha ido apreciando la efectiva concurrencia de tales requisitos, los cuales fueron positivizados en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (art. 12)⁴⁷. Como consecuencia de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, la nueva LCSP recoge dichos requisitos, de modo que se han delimitado y clarificado normativamente las circunstancias que permiten la exclusión de estos instrumentos de la aplicación de la normativa de contratación pública⁴⁸. En este sentido, la nueva ley precisa las exigencias que deben cumplir los medios propios para que los encargos a este tipo de entidades queden fuera de su ámbito de aplicación, evitando así una utilización inadecuada o abusiva de dicho instrumento, es decir, que se recurra al encargo a medios propios con el objetivo o finalidad de eludir la convocatoria de licitaciones.

⁴⁶ Art. 24.6 del 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 adjudicarse los 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».

⁴⁷ En concreto, el art. 12.1 de la Directiva 2014/24/UE 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». La Directiva recoge los requisitos fijados en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, *Teckal*.

⁴⁸ La LCSP distingue entre los encargos a medios propios personificados efectuados por poderes adjudicadores (art. 32) y los efectuados por el resto de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador (art. 33).

Resumidamente, tales exigencias se concretan en: 1) la existencia de un control, directo o indirecto, del poder adjudicador sobre el medio propio al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, «de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas»; 2) que más del 80 por 100 de las actividades del medio propio destinatario del encargo se lleven a cabo en ejercicio de los encargos que le han sido confiados por el poder adjudicador que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo (es decir, que el medio propio no realice libremente en el mercado más de un 20 por 100 de su actividad); 3) que la totalidad del capital o patrimonio del medio propio sea de titularidad o aportación pública, y 4) que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en sus estatutos o acto de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y previa verificación de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se realicen.

Además, incorpora los requisitos exigidos a los medios propios que pertenecen a más de un poder adjudicador, precisando normativamente el requisito de «control análogo conjunto». De hecho, la concurrencia de tal requisito ha sido examinada en distintas ocasiones por las autoridades de competencia (en el marco de expedientes sancionadores, pero también desde una óptica de promoción de la competencia), puesto que se habrían detectado supuestos en que algunas administraciones públicas habrían hecho uso de tales mecanismos (por tanto, evitando la licitación de contratos cuando así correspondía) sin que se dieran las circunstancias legal y jurisprudencialmente establecidas. Según el art. 32.4.a) de la LCSP, para que se dé tal «control análogo conjunto» deben cumplirse todas y cada una de las siguientes condiciones: 1.^a) que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos; 2.^a) que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo, y 3.^a) que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

En resumen, lo significativo aquí es que cuando no se cumplan escrupulosamente tales requisitos no debería producirse un encargo a un medio propio para la provisión de determinados bienes y servicios puesto que, 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 considerar-

se como una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁴⁹.

C. LECTURA EN CLAVE DE MERCADO DE LAS DECISIONES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES

Como se ha visto, tanto la decisión sobre el régimen de prestación (monopolio o libre competencia), 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 la interacción entre las variables elegidas por el ente local.

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 o concesionada»; en este último caso, los operadores económicos 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 competencia/gestión directa», en que existe competencia en el mercado y la administración es un operador más. Por último, binomio «libre competencia/gestión indirecta o concesionada» combina, por un lado, la rivalidad entre operadores para conseguir el encargo de la Administración (competencia por el mercado) y, del otro, la derivada del solapamiento entre el operador que presta el servicio en nombre de la administración y la iniciativa privada.

Estas restricciones a la competencia pueden sustantivarse en un cierre más o menos importante del mercado siendo por lo que, en principio, las opciones de prestación en régimen de libre competencia las que deberían priorizarse⁵⁰.

Sin embargo, como se ha expuesto, va a resultar ineludible efectuar un análisis *ad hoc* (atendiendo a: el servicio concreto del que se trata, la estructura del mercado, las características del ente en local, etc.) para determinar en cada supuesto cual es la opción que nos aproxima de mejor manera a la satisfacción del interés público inherente en la prestación de servicios locales; esto es: servicios de calidad, sostenibles, fiables al menor coste posible.

⁴⁹ Véase, en este sentido, la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015 (expediente 7/2013, *Obras Públicas Álava*).

⁵⁰ 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 prestación en libre competencia 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 obligaran a establecer unos precios de mercado.

III. INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS ENTES LOCALES

Si bien en los apartados anteriores nos hemos referido a la actividad prestacional de los entes locales, cabe recordar que estos también inciden de manera significativa en las condiciones de competencia cuando ejercen su derecho, reconocido constitucionalmente, de iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE). Dicha incidencia es especialmente significativa si se tiene en cuenta la actual dimensión, en términos cuantitativos, de la actividad económica de los entes locales.

En los casos en que los entes locales ejercen tal derecho de iniciativa pública en la actividad económica, estos actúan, a través de un operador público, como un agente más del mercado; a diferencia de lo que ocurre con los servicios esenciales reservados, en estos casos los operadores públicos concurren en el mercado junto con la iniciativa privada (y, por tanto, en competencia con estos) y los consumidores y usuarios disponen de una pluralidad de operadores entre los que escoger.

Resulta importante poner de manifiesto que la LRSAL modificó el redactado del art. 86.1 LRBRL⁵¹ añadiendo determinados condicionantes o limitaciones al ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales. Con anterioridad a la LRSAL, el art. 86.1 LRBRL 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 económicas⁵². En cambio, el nuevo redactado del citado artículo permite el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica por parte de los entes locales «siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias», debiendo justificarse en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad «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 aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».

La LRSAL incide, pues, en el riesgo que el desarrollo de determinada actividad económica por parte del ente local puede generar en la hacienda municipal; en caso 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. Asimismo, impone un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado del ente local, por lo que en el expediente acreditativo de la conveniencia y

⁵¹ Modificado por el art. 1.23 LRSAL.

⁵² Redacción anterior a la LRSAL del art. 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».

oportunidad de la medida también deberá realizarse un análisis de mercado relativo a: i) la oferta y demanda existente 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)⁵³ 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 LRBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida en sobre la neutralidad competitiva y las posibles ventajas y desventajas derivadas de la propiedad pública del operador económico en cuestión».

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. Y es precisamente por eso que cobra pleno sentido la modificación del art. 86.1 LRBRL operada por la LRSAL, que introduce, entre otros factores, el análisis de oferta y demanda así como de los efectos sobre la concurrencia empresarial.

En concreto, pueden señalarse como situaciones de riesgo para la competencia originadas en la existencia de un operador de mercado público, las siguientes⁵⁴:

- Riesgos vinculados a la política de precios del operador público. Póngase por ejemplo el supuesto de una empresa pública que establece una política de pérdidas continuadas, ya que dispone de financiación pública, y ofrece bienes y servicios por debajo de su coste. Resulta evidente que este operador no competiría en igualdad de condiciones con un operador privado, quien incluso podría llegar a verse expulsado del mercado.

Resulta imprescindible hacer notar la diferencia de sujeción al derecho de defensa de la competencia cuando un ente local ofrece

⁵³ Para más detalles se puede consultar el informe siguiendo este enlace: <https://www.cnmcc.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§or=0&av=0>.

⁵⁴ Véase el informe de la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO) de fecha 10 de abril de 2017 de valoración, desde una óptica de competencia, de la creación de un nuevo operador público de servicios funerarios por parte del Ayuntamiento de Barcelona (Ref. OB 36/2017), http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20170421_OB-36-2017-Operador-Public-Funeraris-BCN_CAST.pdf.

servicios públicos o cuando los ofrece como consecuencia del ejercicio de la iniciativa económica local. En cuanto a la política de precios, el art. 44.2 del Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales es claro al permitir a los entes locales en el marco de la prestación de servicios públicos que, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, fijen precios sin necesidad de cubrir sus costes situación que obviamente no es factible en el marco de su iniciativa económica⁵⁵.

- Riesgos de discriminación a favor del operador público. Resulta necesario asegurar que el operador público accede a la financiación, establece el retorno de sus inversiones, etc., en condiciones de mercado.
- Riesgos vinculados al ejercicio de potestades de regulación. Cuando el ente local es titular de potestades públicas de ordenación y control de un sector de actividad y al mismo tiempo interviene en el mismo como operador económico resulta imprescindible garantizar que no se le favorezca injustificadamente⁵⁶.

Por estos motivos, en el supuesto del ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica (pero también en los supuestos de prestación de servicios públicos en concurrencia con el sector privado), es especialmente determinante el respeto 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 su actividad económica. En este sentido, cuando el sector público (operadores públicos) 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 injustificadas y no replicables por el resto de prestadores del servicio.

Conseguir en la práctica las condiciones equitativas necesarias para un correcto cumplimiento del principio de neutralidad competitiva puede no resultar fácil. En este sentido, existen distintos remedios que deberían implementarse, a fin de evitar los riesgos descritos en las líneas precedentes⁵⁷: i) establecimiento de una clara separación entre las funciones de regulación y la realización de la actividad económica pública; ii) actuación escurpulosa a nivel normativo a fin de evitar situaciones de discriminación

⁵⁵ En este mismo sentido, J. ORTEGA BERNARDO y M. SANDE PÉREZ-BEDMAR, «Debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la Resolución de 30 de septiembre de 2010 de la ACCO dictada en el marco del expediente núm. 13/2009 - Ajuntament 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.

⁵⁷ Véanse las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las empresas públicas, edición de 2015 (publicadas en 2016).

injustificada entre el operador público y sus competidores en el mercado, y iii) ejercicio de la actividad económica pública en condiciones de mercado, especialmente en lo que se refiere a la política de precios, acceso a la financiación, inversiones, etcétera.

Todos estos elementos ponen de manifiesto la necesidad de realizar una evaluación del impacto competitivo de la decisión de participación en el mercado, mediante el ejercicio del derecho de iniciativa pública en la actividad económica por parte de los entes locales. Tal evaluación o análisis deberá basarse en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, que comporta, por un lado, una definición clara del objetivo que el ente local pretende conseguir con su participación en el mercado y, por el otro, la elección del modo más eficiente y más neutro para el mercado, o menos distorsionador de la competencia, para conseguir tal objetivo⁵⁸.

Si tras la referida evaluación del impacto competitivo de la decisión de participación en el mercado, el resultado obtenido es la creación de un operador público de mercado podría resultar oportuno —atendidos los riesgos arriba mencionados de su participación en el mercado— que este se dotara de algún mecanismo a fin de garantizar que su actuación será suficientemente respetuosa en términos de competencia. En este sentido, por ejemplo, se podría señalar la posibilidad de que el operador público se dote de un código o programa de cumplimiento normativo y práctica responsable en materia de política de competencia (*compliance*) que sea creíble y serio (con controles internos y si es necesario, la imposición de sanciones disciplinarias), es decir, que suponga un genuino compromiso de la empresa con la observancia de la normativa de competencia. Esta propuesta se fundamenta en el hecho de que resulta recomendable que el operador público lleve a cabo las actuaciones necesarias dirigidas a fomentar internamente entre su personal el conocimiento de las normas de competencia a fin de prevenir y evitar su posible incumplimiento.

IV. MENCIÓN ESPECIAL AL PROCEDIMIENTO DE REMUNICIPALIZACIÓN Y A LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN ÉL

La LRSAL no únicamente reguló condicionantes estrictos para el ejercicio de la iniciativa económica pública local (art. 86.1 LRBRL), sino que además introdujo modificaciones significativas respecto de la posibilidad de prestación de servicios públicos locales en régimen de monopolio, tanto limitando los servicios que podrían ser prestados en régimen de monopolio por parte del ente local como introduciendo la obligatoriedad de solicitar informe a las autoridades de competencia.

⁵⁸ Por ejemplo, si se pretende promover la conciliación en el ámbito familiar, para mejorar los niveles de natalidad, debe valorarse tanto el aumento de plazas en las guarderías infantiles públicas como otorgar distintas ayudas económicas a los ciudadanos para que estos, bien acudan a un centro privado, bien opten por el cuidado en el hogar.

Como decíamos, la LRSAL redujo el número de servicios reservados legalmente en favor de los entes locales para su prestación en régimen de monopolio, ya que el actual art. 86.2 de la LRBRL establece tal reserva respecto determinados servicios o actividades «esenciales»: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros⁵⁹. Ello supone una importante limitación puesto que con anterioridad a la adopción de la LRSAL, la reserva legal prevista en la LRBRL abarcaba un mayor número de servicios o actividades (suministro de gas y calefacción, y mataderos, mercados y lonjas centrales)⁶⁰, de modo que un mayor número de servicios podían ser sustraídos del mercado y, en este sentido, resultar completamente vetada la iniciativa privada en el ámbito de actuación copado por el ente local.

Con la limitación efectuada por la LRSAL se restringió considerablemente tal posibilidad, lo que fue valorado positivamente por las autoridades de competencia 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. 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, según los principios de necesidad y proporcionalidad, la conveniencia de mantener dicha reserva legal (debido, esencialmente, a la más que probable evolución tecnológica en la prestación de estos servicios en red y el grado de interés público que puede subyacer en los mismos).

De otra parte, la LRSAL (Disposición Final primera) 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 art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

Dicho artículo establece, en su apartado primero⁶¹, el procedimiento a seguir por la corporación local para el ejercicio de actividades económicas.

⁵⁹ Art. 86.2 LRBRL: «Se declara 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. 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».

Al respecto, tener en cuenta que ni la normativa estatal ni la catalana han establecido reservas legales adicionales, a pesar de contar con el respaldo para ello en el propio texto de la LRBRL.

⁶⁰ Con anterioridad a la LRSAL, la reserva legal se hallaba contemplada en el art. 86.3 LRBRL.

⁶¹ Art. 97 del Real Decreto Legislativo 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 compuesto 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

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 art. 86.2 LRBRL, «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 meses⁶².

Post LRSAL, el art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 establece la obligación de obtener el informe de las autoridades de competencia en los supuestos en que el servicio o actividad esencial, de los previstos en el art. 86.2 LRBRL, sea prestado en régimen de monopolio, lo que implica 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. Consecuentemente, la intervención de los órganos de competencia solo se activará en los supuestos de los servicios o actividades esenciales previstas en el art. 86.2 LRBRL, es decir: 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.

Dicha intervención debe producirse durante el proceso de municipalización de un determinado servicio o actividad esencial, cuando el ente local efectúa el establecimiento o creación del servicio con declaración de la re-

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».

⁶² Adicionalmente, el procedimiento a seguir podrá exigir la emisión de dictamen por parte del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o del Consejo de Estado. En el caso catalán, se prevé la intervención de la *Comissió Jurídica Assessora* [art. 8.3, letra k), de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la *Comissió Jurídica Assessora*].

La normativa (tanto estatal como la autonómica aplicable según el municipio) configura un procedimiento para el establecimiento de un servicio en régimen de monopolio especialmente reforzado, con dos fases claramente diferenciadas: una primera, municipal, referida básicamente a la tramitación del expediente y aprobación por parte del Pleno de la Corporación Local, en el que se insiere la solicitud y emisión de informe de la autoridad de competencia, previamente a la aprobación por el Pleno; y una segunda fase, post municipal o autonómica, en el que se remite el expediente al órgano competente de la Comunidad Autónoma. Centrándonos en el caso catalán, en esta fase procederá la solicitud y emisión de informe por parte del órgano consultivo superior (la *Comissió Jurídica Assessora*), finalizando con el acuerdo definitivo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, en el plazo de tres meses, que versará sobre la conveniencia y oportunidad del monopolio en la prestación del servicio (art. 86 LRBRL y arts. 243 a 245 del 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 Catalunya y 181 a 187 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios).

serva monopolista, pero ni la forma de gestión escogida para la prestación efectiva del servicio municipalizado (directa o mediante su concesión al sector privado), ni la elección de un determinado instrumento para articular la gestión (directamente por el ente local, a través de medios propios, concesión, etc.) inciden en la necesidad de solicitar el informe de las autoridades de competencia.

No obstante, sí que podría darse el supuesto en que un cambio de forma de gestión (por ejemplo, una «remunicipalización», cambio de gestión indirecta a directa) comportara la necesidad de efectuar tal trámite ante la autoridad de competencia correspondiente. Esto sucedería en los supuestos 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 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 realizar 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.

En resumen, la exigencia que impone el art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 no distingue por el hecho de que la decisión de prestar el servicio en régimen de monopolio se adopte de forma originaria (desde la creación o establecimiento del servicio) o derivada (después de haber prestado el servicio inicialmente en régimen de concurrencia con la iniciativa privada), es decir, esta aplica sea cual sea el momento en el que se opta por establecer el régimen de monopolio.

Conviene señalar que, a pesar de que la normativa de régimen local no establece requerimientos distintos en función de si el servicio monopolizado se presta mediante una u otra forma de gestión, desde una óptica de competencia es evidente que las implicaciones 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. Así pues, más allá de las obligaciones normativas al respecto, sería aconsejable que los entes locales llevaran a cabo internamente un análisis del impacto competitivo de la decisión adoptada, incluso en los supuestos en los que ya se hubiera llevado a cabo la municipalización del servicio con anterioridad.

En cualquier caso, es clara la necesidad de realizar, por parte del propio ente local, un análisis del impacto competitivo⁶³ de su decisión, basado en

⁶³ 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>.

los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, de manera que quede plenamente justificado porque el régimen de monopolio es la opción más adecuada para prestar el servicio en cuestión.

A pesar que la normativa local no ofrece pautas de análisis más allá de referirse a los criterios de sostenibilidad financiera, eficiencia, oportunidad y conveniencia, desde una óptica de competencia, existen diversos factores clave que deben ser tenidos en cuenta en el expediente de municipalización a fin de justificar la «conveniencia del régimen de monopolio» (*ex art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986*): identificación del objetivo que se pretende; valoración de las alternativas existentes para conseguir el objetivo que se pretende; análisis de mercado que contenga un estudio sobre la oferta/demanda y la rentabilidad del proyecto; análisis de las consecuencias jurídicas y económicas del establecimiento del monopolio y finalmente, la justificación de la oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio.

Corresponderá al ente local justificar adecuadamente el establecimiento de un régimen de monopolio; es decir, se encuentra en la esfera de funciones de ente local impulsor de la iniciativa la carga de la prueba sobre este extremo, sin que para ello resulte válido, en términos de competencia: i) manifestar que es un servicio de los que la ley contempla que puede prestarse en régimen de monopolio; ii) alegar que es un servicio público de titularidad municipal; iii) esgrimir que las infraestructuras necesarias para la prestación del servicio son de titularidad pública, y iv) recurrir de manera absolutamente genérica a los principios de eficiencia y sostenibilidad sin que se demuestren en el caso concreto. Por ello, a la hora de justificar el establecimiento del monopolio, conviene huir de las generalidades y automatismos y exponer detalladamente para el caso en concreto todos los argumentos en los que se fundamenta el ente municipal y recogerlos en la memoria justificativa sobre la oportunidad y conveniencia de la prestación del servicio en régimen de monopolio, por exigencia del interés general.

Analizada la práctica de las autoridades de competencia, centrada básicamente en la monopolización del abastecimiento domiciliario de agua potable, estas han considerado objetivamente justificado el establecimiento de un monopolio como consecuencia del «carácter de monopolio natural» de dicho servicio. Asimismo, en uno de los precedentes existentes, la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO) consideró, además, que en el caso analizado concurrían otros motivos que también podían ser tenidos en cuenta a la hora de considerar la conveniencia y oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio, como era el caso del carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios de prestación o la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores⁶⁴.

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.

⁶⁴ Véase el informe, de fecha 22 de marzo de 2017, de la ACCO sobre el establecimiento del servicio municipal de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término municipal de Vidreres (referencia OB 35/2017).

En resumen, la decisión de establecer un servicio público local 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 cuál es la manera más eficiente y más neutra para el mercado, o menos distorsionadora de la competencia, para conseguir dicho objetivo.

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 para su aprobación definitiva, a seguir el criterio en él establecido; sin embargo, de conformidad con el art. 35.1, letra c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), si dicho órgano (en el caso de Catalunya, el *Govern de la Generalitat de Catalunya*) se apartara del parecer manifestado por la autoridad de competencia en su informe, debería motivarse explícitamente⁶⁵.

Más problemáticos, en términos de robustez jurídica del procedimiento de establecimiento el servicio en régimen de monopolio, resultan los supuestos en que el informe de la autoridad de competencia no es solicitado por el ente local por considerar que:

Primero. Se ha producido la municipalización anteriormente sin que eso jurídicamente sea así (municipalización *de facto*). En concreto, en los servicios de abastecimiento domiciliario de agua que tradicionalmente se ha vehiculado mediante contratos de duración muy extensa, los supuestos de declaración previa del establecimiento en régimen de monopolio son mínimos, por no decir, testimoniales; o bien,

Segundo. No existe una situación de monopolio por el hecho de contar con dos o más prestadores del servicio para diferentes zonas/clientes del municipio. Para ilustrar esta situación se puede pensar tanto en un municipio que cuenta con dos prestadores del servicio de abastecimiento de domiciliario de agua, uno para el núcleo urbano y otro para una zona diseminada del municipio, como en un municipio que en el servicio de recogida de residuos urbanos, cuenta con un prestador de servicios para los residuos domésticos y otro para los residuos de los comercios y de las actividades industriales. En ambos casos resulta claro que los destinatarios del servicio no pueden escoger quien será su prestador de servicios; por ello, conviene no confundir una situación de mercado en la que existen distintos operadores monopolistas en la explotación de un servicio, cada uno de ellos en un ámbito geográfico concreto o con destinatarios concretos del servicio, con una situación en la que efectivamente existen distintos operadores que concurren y compiten en el mercado.

No obstante, el problema fundamental se centra no tanto en el hecho de que eventualmente falte el referido informe de la autoridad de competencia sino que lo habitual es que su falta sea consecuencia de haberse obviado por

⁶⁵ Art. 35 de la 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».

completo el procedimiento de aprobación especialmente reforzado al que se encuentra sujeta la prestación del servicio local en régimen de monopolio, es decir, que se haya prescindido de la fase autonómica del procedimiento en el que van a intervenir, para el caso de Catalunya, la *Comisión Jurídica Asesora* y su aprobación definitiva por parte del Consejo de Gobierno de la CCAA. Dicha ausencia necesariamente comportará que el acuerdo por el que se aprueba la referida municipalización se encuentra en un supuesto de nulidad de pleno derecho por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente [art. 47.1.b) de la Ley 39/2015]. En cualquier caso, corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa determinar las consecuencias de ese eventual incumplimiento del procedimiento.

Adicionalmente, no puede olvidarse que, de conformidad con el art. 44.2 de la LSCP, pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación pública ante el órgano correspondiente de la CCAA (*ex* art 46.4 de la LCSP) tanto «e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales» como «f) los acuerdos de rescate de concesiones». Por tanto, en la medida que el establecimiento del servicio público local en régimen de monopolio puede producirse junto con un rescate de una concesión o vehicularse mediante un encargo directo a un medio propio —por ejemplo, a una entidad empresarial del propio municipio— el acuerdo del ente local también puede ser objeto de recurso ante el tribunal de contratos del sector público de su ámbito territorial.

V. CONCLUSIONES

En nuestro contexto de economía social de mercado la actividad económica de los entes locales —como la del resto de administraciones— requiere una interacción entre regulación y competencia, de manera que cualquier decisión pública debe respetar ambos principios, con el objetivo de satisfacer el interés general de la mejor manera posible y así garantizar el derecho a una buena administración.

En el ejercicio de sus potestades públicas, las decisiones de las administraciones locales referentes a, por un lado, cómo se prestan los servicios públicos, por el otro, cómo ejercen la iniciativa económica que tienen constitucionalmente reconocida y, finalmente, cómo regulan ciertas actividades económicas, presentan importantes implicaciones en términos de competencia, esto es: repercuten directamente 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 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.

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.

En síntesis, se considera inexcusable huir de planteamientos maximalistas e ideológicos en favor de uno u otro régimen de prestación o forma de gestión y se defiende la necesidad ineludible de que los entes locales efectúen un análisis *ad hoc* atendiendo a diferentes variables (el servicio en cuestión, la estructura del mercado, las características del ente en local, etc.) para determinar en cada supuesto cual es la opción que mejor nos aproxima a la satisfacción del interés público inherente en la prestación de servicios locales.

El caso de los procesos de municipalización esto es exactamente así; sin embargo, como la limitación a la competencia es la más grave posible —establecimiento de un régimen de monopolio—, el legislador, a través del art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, ha exigido la intervención directa de la autoridad de competencia.

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.

