

# INCIDENCIA DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

---

Municipios y competencia

Septiembre 2024



Lehiaren  
Euskal Agintaritza  
Autoridad Vasca  
de la Competencia

# Sumario

I. Introducción.....	3
II. Actividad de las entidades locales en el mercado .....	4
1. Cuando intervienen como oferentes .....	4
2. Cuando intervienen para proveerse de bienes y servicios.....	11
3. Cuando intervienen en ejercicio de potestades administrativas .....	12
3.1. Potestad reglamentaria .....	15
3.2. Potestad de fomento.....	17
3.3. Labor de intervención administrativa .....	20
4. Cuando facilitan conductas anticompetitivas .....	22
III. Limitaciones en la actividad de las entidades locales .....	24
1. Deslealtad en la LDC.....	24
2. Análisis para no incurrir en deslealtad .....	26
2.1. Si el mercado ya provee, ¿puede intervenir?.....	26
2.2. Pudiendo intervenir, ¿debe hacerlo?.....	27
2.3. ¿Qué precio debe establecer?.....	28
IV. Decálogo.....	31

# I. Introducción

El proyecto ‘Municipios y Competencia’ tiene por objeto mejorar la calidad de la intervención de las entidades locales en los mercados e intentar, a través de la función de promoción de la competencia en los mercados, evitar actuaciones que reduzcan el bienestar general, sea cual sea la vía de dicha intervención.

Las actuaciones de las entidades locales pueden afectar al desarrollo de actividades económicas. Por ello, resulta esencial garantizar que dichas actuaciones no generen disfunciones en los mercados o, en caso de generarlas, que cumplan con los parámetros de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión a la competencia.

Por ello, se ha considerado necesario analizar los límites que debe respetar la actividad de las entidades locales cuando éstas intervienen en el mercado.

La Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC) ha recibido consultas de operadores económicos preocupados por actuaciones de las entidades locales que, consideran, se realizan en competencia desleal. Entre otras, se han recibido consultas relativas a si un municipio puede ofrecer clases de actividad física cuando existe oferta privada en la localidad, o si puede ofertar clases gratuitas de idiomas cuando hay academias que las ofrecen.

En consecuencia, a lo largo del documento se analizarán las diversas actuaciones que pueden incidir en el correcto funcionamiento de las dinámicas competitivas del mercado y, específicamente, se pondrá el foco en las actuaciones que pueden ser consideradas competencia desleal, en los términos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>1</sup> y la Ley de Competencia Desleal (LCD)<sup>2</sup>.

El presente documento no pretende sentar criterios interpretativos de carácter jurídico de cara a su aplicación, sino servir de ayuda a las entidades locales<sup>3</sup> para que puedan identificar los límites en los que desarrollar su actividad, dado que, independientemente de cómo intervengan en el mercado (oferentes de bienes y servicios, poderes adjudicadores, ejercicio de potestades administrativas), su actuar no debe afectar negativamente a la competencia.

Se trata de que las entidades locales adopten, de entre las posibilidades que les proporciona el ordenamiento jurídico, las opciones más favorecedoras en términos de competencia.

---

<sup>1</sup> [Ley 15/2007](#), de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>2</sup> [Ley 3/1991](#), de 10 de enero, de Competencia Desleal.

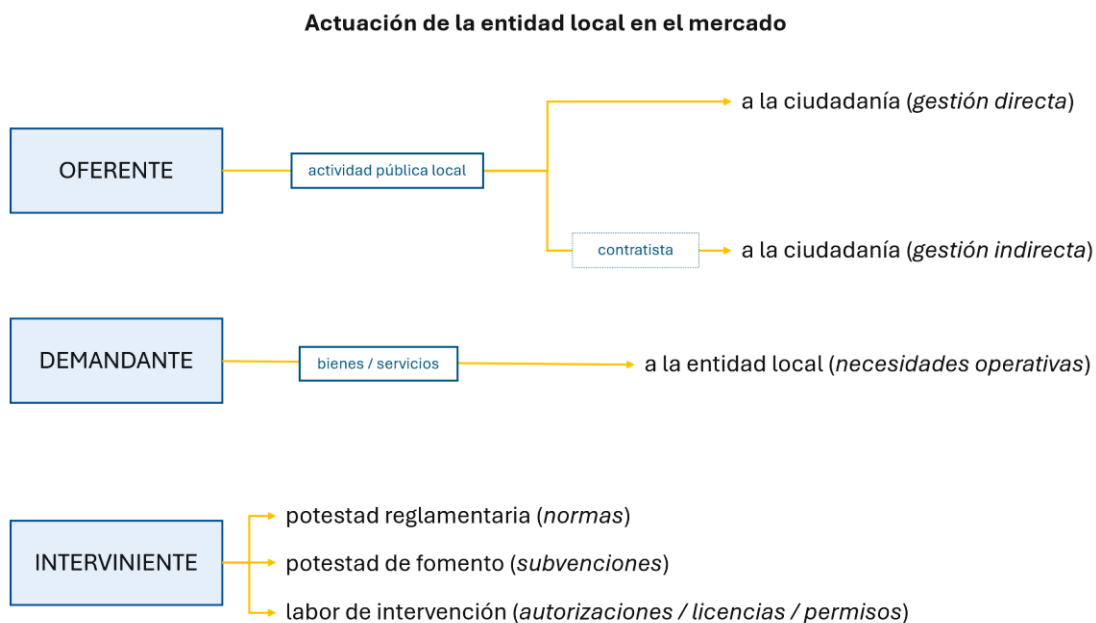
<sup>3</sup> Las referencias realizadas a las entidades locales se entenderán efectuadas tanto a los Municipios y entidades vinculadas o dependientes de ellos, como a aquellas otras entidades que gocen de la condición de Entidades Locales —territoriales o no— en el sentido del artículo 3 de la [Ley 7/1985](#), de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Por otro lado, a los efectos del presente trabajo no se ha analizado la legislación propia de las Comunidades Autónomas —en la Comunidad Autónoma de Euskadi, por ejemplo, la [Ley 2/2016](#), de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi—, dado que su estudio pormenorizado desbordaría los objetivos que se han establecido para este documento.



## II. Actividad de las entidades locales en el mercado

Los actores públicos pueden limitar, restringir o falsear la competencia tanto cuando intervienen en el mercado como oferentes de bienes y servicios, como cuando acuden a él para proveerse de los bienes y servicios que les son necesarios, o cuando lo hacen en ejercicio de los poderes públicos que les han sido encomendados.

A lo largo de este apartado se van a analizar las diferentes formas de intervención que realizan las entidades locales que pueden suponer injerencias en el mercado no justificadas y que, por ello, deben evitarse.



### 1. Cuando intervienen como oferentes

► Cuando las entidades locales ofrecen bienes y servicios en los mercados están sometidas plenamente a las normas de competencia<sup>4</sup>.

► En el sistema constitucional coexisten dos sectores económicos de producción —el privado y el público—, que constituyen lo que se ha venido a llamar un sistema de economía mixta. Así, el artículo 128.2 de la Constitución española

<sup>4</sup> A los efectos de la LDC, ha de entenderse por 'empresa' «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (Disposición Adicional cuarta de la LDC).

(i) permite a las Administraciones públicas participar en actividades económicas y, así mismo, (ii) contempla la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales.

► Las entidades locales, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, pueden promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal<sup>5</sup>.

► La Ley de Bases del Régimen Local (LBRL)<sup>6</sup> establece que son **servicios públicos locales** aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias<sup>7</sup>. Además, declara la **reserva** en favor de las entidades locales de ciertas **actividades o servicios esenciales**<sup>8</sup>, cuya prestación, además, es obligatoria: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros.

La LBRL prevé la posibilidad de que esos servicios esenciales se presten en régimen de monopolio<sup>9</sup>, para lo cual deberán requerir preceptivamente un **informe a la autoridad de competencia**<sup>10</sup> y solicitar la aprobación de la Comunidad Autónoma. A este respecto, las autoridades de competencia han mostrado preferencia por la gestión indirecta ya que mediante este tipo de gestión puede existir cierta competencia —competencia POR el mercado—<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 25.1 de la LBRL. El artículo 25.2 de la LBRL relaciona una serie de materias que el municipio ejercerá, en todo caso, como competencias propias, en los términos establecidos en la legislación sectorial —estatal o autonómica—.

<sup>6</sup> [Ley 7/1985](#), de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

<sup>7</sup> Artículo 85.1 de la LBRL. El Tribunal Supremo, recordando que el concepto de servicio público no es una categoría dogmática unívoca, diferencia entre el concepto de servicio público en la esfera estatal —vinculado a la idea de *titularidad*, que, en consecuencia, comporta un derecho excluyente a su prestación— y en la esfera local —vinculado a la idea de *competencia*— (STS de 23 de mayo de 1997, [ECLI:ES:TS:1997:3633](#), F.j. 6º).

<sup>8</sup> Artículo 86.2 de la LBRL. No se trata de una enumeración exhaustiva, el propio precepto prevé la posibilidad de que el Estado o las Comunidades Autónomas —en el ámbito de sus respectivas competencias— establezcan, mediante Ley, la reserva para otras actividades y servicios.

<sup>9</sup> Artículo 86.2, segundo párrafo, de la LBRL: se requiere, además de aprobación del pleno de la correspondiente entidad local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

<sup>10</sup> Artículo 97.2 del TRRL, en su redacción dada por la [Ley 27/2013](#), de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En todo caso, en la medida en que «la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares» (STS de 23 de mayo de 1997, [ECLI:ES:TS:1997:3633](#), F.j. 6º), para su ejecución en régimen de monopolio, la justificación «constituye, además de un elemento deseable desde el punto de vista de competencia, una obligación legal insoslayable (...) esta exigencia legal es, si cabe, aún más necesaria cuando el privilegio del monopolio se le otorgue a una persona física o jurídica para la gestión de un servicio público a través de un contrato administrativo» (AGENCIA DE LA COMPETENCIA Y DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE ANDALUCÍA, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio*, [L 02/10](#), de 21 de enero de 2010, párrs. 8 y 9).

<sup>11</sup> AGENCIA DE LA COMPETENCIA Y DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE ANDALUCÍA, *Informe sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta*, [L 03/09](#), de 20 de enero de 2009: un modelo de gestión indirecta permitirá que «los candidatos [establezcan] una suerte de competencia entre ellos para resultar finalmente elegidos, lo que a su vez debería producir un aumento en la eficiencia en la prestación del servicio». En términos de competencia, la gestión directa podría conducir a una pérdida de eficiencia por ausencia de tensión competitiva.

Junto a estos servicios esenciales reservados, las entidades locales están igualmente obligadas a prestar otros servicios —**servicios obligatorios**, pero **no reservados**—<sup>12</sup>. En este caso, si bien la prestación del servicio resulta obligada para la entidad local, la iniciativa pública —obligatoria— puede convivir con la iniciativa privada.

#### Actividades deportivas<sup>13</sup>

«(...) el Ayuntamiento, a través de la [Fundación Municipal de Deportes del Ayuntamiento], no sólo está facultado para ofertar y desarrollar actividades deportivas, sino que **está obligado a ello al contar con una población superior a 20.000 habitantes, sin que esta obligación de hacer esté condicionada a que no exista iniciativa privada**».

Las entidades locales deberán gestionar estos servicios públicos de la forma más sostenible y eficiente posible, sea por gestión directa<sup>14</sup>, sea por gestión indirecta<sup>15</sup>.

► La LBRL también prevé que las entidades locales puedan ejercer la **iniciativa pública** para el desarrollo de **actividades económicas** —**actividades económicas de iniciativa pública**<sup>16</sup>—. Para ello deberán acreditar la **conveniencia y oportunidad** de la medida mediante la realización de un análisis del mercado: oferta y demanda existente, rentabilidad y posibles efectos de su actividad sobre la concurrencia empresarial. Se trata, en definitiva, de ponderar el beneficio social que comporta la intervención de la entidad local y el perjuicio que genera a la libre competencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 22 de junio de 2021, distingue entre servicio público e iniciativa pública en la actividad económica. En la sentencia afirma que, para la implantación de un servicio público, no es necesario tramitar un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, en el que se realice un análisis del mercado, la rentabilidad y los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, tal y como prescribe el artículo 86.1 de la LBRL.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su Sentencia de 27 de octubre de 2014<sup>17</sup>, anuló el acuerdo de constitución de una sociedad por considerar insuficientemente acreditada la conveniencia y oportunidad del acuerdo, al basar éstas en la simple situación monopolística de «*Tanatorio del Bidasoa, S. A —TABISA—*», sin concluir de forma razonada y concluyente que se promovía una iniciativa económicamente viable que iba a redundar en un mejor y más asequible servicio para los demandantes locales del servicio.

En la misma línea, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de octubre de 1989, al analizar la concurrencia de un interés público en la creación de la Sociedad Anónima municipal, constató «la

<sup>12</sup> Artículo 26.1 de la LBRL.

<sup>13</sup> Resolución del TDC de 7 de noviembre de 2006, [R 673/05 – Deportes Valladolid](#).

<sup>14</sup> Gestión por la propia entidad local; organismo autónomo local; entidad pública empresarial local; sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

<sup>15</sup> Contratos de servicios o de concesión de servicios, regulados en la [Ley 9/2017](#), de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

<sup>16</sup> Artículo 86.1 de la LBRL. Nos referiremos a esta categoría como “actividades económicas de iniciativa pública” por oposición a los servicios cuya provisión viene obligada por el artículo 26.1 de la LBRL. Véase, también, STSJCAT 613/2021, de 22 de junio, [ECLI:ES:TSJCAT:2021:4409](#), F.j. 4º.

<sup>17</sup> STSJPV 473/2014, de 27 de octubre, [ECLI:ES:TSJPV:2014:3049](#), F.j. 4º.

*ambigüedad, inconcreción, vaguedad, generalidad, imprecisión...» del objeto de la empresa. Por ello, concluyó que «no queda acreditada ni justificada de ningún modo la oportunidad o conveniencia de la creación de la empresa».*

Por último, un Ayuntamiento decidió crear un operador público que interviniera en régimen de libre competencia en el mercado de servicios de odontología de la ciudad, «con la finalidad de utilidad pública de facilitar el acceso a servicios de odontología de calidad a un precio de mercado razonable y el acceso a la información a los usuarios y al mercado en general, especialmente en relación a los precios y la calidad de los servicios, así como incrementar la transparencia en los procesos». El interés público de la medida radicaba en la constatación de la insuficiente cobertura pública de tratamientos odontológicos, la existencia de un mercado con precios elevados o con precios más asequibles a costa de la calidad del servicio, y desigualdades de renta en el acceso de la ciudadanía a los servicios de odontología. Se plantearon tres escenarios posibles: (1) ampliar la oferta de los servicios gratuitos de odontología para población en situación de vulnerabilidad; (2) ofrecer subvenciones a los colectivos con menos recursos económicos, e (3) impulsar una iniciativa económica de servicios de odontología.

En definitiva, las entidades locales prestan servicios en el ámbito de sus competencias. De entre esos servicios, algunos *están obligadas* a prestarlos —servicios públicos: servicios esenciales reservados y servicios no reservados—, mientras que otros *podrán* prestarlos —actividades económicas de iniciativa pública—.



► Toda intervención pública en la actividad económica, en la medida en que sea apta para influir en el libre juego de la competencia, deberá respetar los parámetros de (1) **necesidad**, (2) **adecuación** y **mínima restricción competitiva**, y (3) **proporcionalidad**.



— **Necesidad:** la medida deberá estar justificada por la existencia de un **fallo de mercado** o por la búsqueda de otro **objetivo de interés común**<sup>18</sup>.

Estaríamos ante un fallo de mercado cuando el libre juego de la oferta y la demanda no conduce a una asignación eficiente de recursos<sup>19</sup>.

Se considera un objetivo de interés común la mejora de los resultados en términos de redistribución —por ejemplo, medidas encaminadas a que personas consumidoras de renta baja accedan a determinados bienes— o la consecución de un fin de interés común que no tenga carácter económico —como la promoción de la cultura o la conservación del patrimonio—.

— **Adecuación y mínima restricción competitiva:** la medida deberá ser apta para hacer frente al fallo de mercado o para conseguir el objetivo de interés común pretendido. Además, se deben sopesar **formas alternativas de intervención** que puedan generar menor afección a la competencia.

— **Proporcionalidad:** la medida ha de ser proporcional al objetivo que se pretende alcanzar, de modo que el perjuicio a la libre competencia se vea **superado por los beneficios**.

► Asimismo, la intervención de la entidad local como prestadora de determinados servicios en mercados en los que ya existen operadores privados, con capacidad y disposición para prestarlos, puede incidir negativamente en el nivel de competencia dado que puede afectar a la **neutralidad competitiva**. La actuación pública puede privilegiar la posición de los operadores públicos, de tal modo que estos podrían llegar a obtener ventajas competitivas de las que no dispone el resto de operadores<sup>20</sup>.

El **principio de neutralidad competitiva** exige que las empresas **compitan según sus méritos** independientemente de cuál sea su propiedad o forma jurídica, y **no se beneficien de ventajas indebidas**<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los cursos y actividades del Ayuntamiento de Erandio*, [LEA/AVC 495-PROM-2021](#), apartado 15.

<sup>19</sup> Sobre las circunstancias que pueden conducir a un fallo de mercado, puede consultarse CNMC, *Documento metodológico para evaluación de ayudas públicas*, [PRO/CNMC/001/16](#), 9 de junio de 2016, apartado III.1.

<sup>20</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe en relación a la consulta realizada por las Juntas Generales de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas*, [I-3/2012](#), de 31 de mayo de 2013, apartado 9.

<sup>21</sup> De conformidad con el principio de neutralidad competitiva «todas las empresas se encuentran en igualdad de condiciones respecto a la propiedad, la regulación o la actividad en el mercado (incluidos los niveles: central, regional, federal, provincial, de condado o municipal)». OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Neutralidad Competitiva*, [OECD/LEGAL/0462](#), 31 de mayo de 2021; CNMC, *Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva*, [G-2021-01](#), 7 de julio de 2021. Véase, también, OCDE, *Competitive Neutrality Toolkit: Promoting a Level Playing Field*, OECD Publishing, París, 2024.

**Servicios odontológicos<sup>22</sup>**

Un Ayuntamiento solicitó informe a la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) con relación a la creación de un operador público en el mercado de servicios odontológicos.

El Ayuntamiento optó por impulsar una iniciativa económica y participar en el mercado como un operador económico más, en régimen de libre competencia, con el objetivo de ofrecer a los pacientes que requieran atención odontológica un servicio con credibilidad profesional y de calidad, y con precios ajustados a sus costes y contribuir en la creación de las condiciones para que bajen los precios de los servicios odontológicos, manteniendo la calidad del servicio y favoreciendo la libre competencia.

La ACCO valoró positivamente la iniciativa como mecanismo para contribuir a inducir la demanda de esos servicios entre un determinado colectivo de ciudadanos, pero consideró que podía *«presentar ciertos riesgos en términos de competencia fundamentados básicamente por las posibles vulneraciones del principio de neutralidad competitiva»*.

Cuando una entidad local interviene en el mercado puede alterar indebidamente la estructura de dicho mercado y, en consecuencia, limitar las opciones de expansión y crecimiento de los operadores económicos privados, así como frenar sus opciones de innovación y mejora<sup>23</sup>.

**Servicio de tanatorio<sup>24</sup>**

Un Ayuntamiento puso en funcionamiento una sala de velatorio en las inmediaciones del cementerio municipal. Por el uso del servicio de velatorio cobraba una tasa inferior a la facturada por los operadores privados que ya ofrecían dicho servicio. Los operadores privados consideraron que la oferta de velatorio a un precio muy inferior suponía un acto de competencia desleal.

La Audiencia Provincial concluyó que el Ayuntamiento podía prestar servicios funerarios (entre los que se incluye el servicio de tanatorio), pero no lo puede hacer en régimen de prevalencia sobre el resto de empresas del sector.

► Como ya se ha señalado, en algunos casos, las entidades locales están obligadas a prestar ciertos servicios. La obligatoriedad de su prestación no obsta para que los servicios sean calificados como económicos.

En otros casos, las entidades locales pueden ofertar servicios en el mercado como cualquier otro operador económico privado, siempre que el beneficio colectivo que comporte esa intervención sea superior al perjuicio que genere a la libre competencia.

<sup>22</sup> AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre servicios odontológicos Ayuntamiento de Barcelona*, [OB 44/2019](#), de 1 de marzo de 2019.

<sup>23</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe en relación a la consulta realizada por las JJGG de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas*, [I-3/2012](#), de 31 de mayo de 2013, apartado 43.

<sup>24</sup> SAP Badajoz 142/2021, de 22 de febrero, [ECLI:ES:APBA:2021:232](#).



En ambos escenarios, las entidades locales estarán sometidas plenamente a las normas de competencia<sup>25</sup>.

► Las entidades locales, para la gestión de sus servicios, deberán recurrir a la forma más sostenible y eficiente, sea por gestión directa, sea por gestión indirecta.

A través de la **gestión indirecta**, la entidad local presta servicios en el mercado mediante su adjudicación a un operador económico: la empresa adjudicataria ofrecerá, en nombre de la entidad local, servicios directamente a la ciudadanía<sup>26</sup>.

Un procedimiento de contratación cuyo objeto sea la compra de bolígrafos responde a una necesidad de aprovisionamiento de la entidad local —necesidad operativa—. En cambio, un procedimiento cuyo objeto sea seleccionar a la prestadora de clases de natación, no responde a una necesidad operativa, sino que llevará a que la entidad local ofrezca ese servicio a la ciudadanía —en posible concurrencia con operadores privados—.

Así, el recurso al procedimiento de contratación (que, en todo caso, deberá garantizar la salvaguarda de la libre competencia)<sup>27</sup> es realizado para dar cumplimiento a la necesidad de proveer un servicio público cuya prestación tiene encomendada —servicios esenciales reservados y servicios no esenciales— o cuya prestación ha concluido que reviste un beneficio para la colectividad —actividad económica de iniciativa pública—.

En ambos casos, la entidad local no provee directamente el servicio, sino que lo hace a través de la empresa que resulte adjudicataria. Por lo tanto, en la medida en que, para la provisión del servicio, deba seleccionar al prestador a través de un procedimiento de contratación pública, la entidad local, en tanto que poder adjudicador, deberá respetar el libre juego de la competencia, evitando crear barreras innecesarias o desproporcionadas.

**Servicio de pago por Apps del estacionamiento regulado<sup>28</sup>**

«[la] entidad pública, **no actúa como proveedor de servicios** en los mercados señalados **sino como licitante de un servicio de gestión y recaudación** para el cumplimiento de un servicio público cuya prestación tiene encomendada.

(...) el diseño de la propia concesión debe evitar la creación de barreras a la competencia innecesarias o desproporcionadas con los objetivos de la concesión, o la extensión de la posición dominante a actividades o mercados conexos que puedan funcionar en condiciones competitivas de mercado».

<sup>25</sup> Como ya se ha indicado anteriormente, a los efectos de la LDC, ha de entenderse por 'empresa' «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (Disposición Adicional cuarta de la LDC).

<sup>26</sup> Sea mediando una transferencia del riesgo operacional al contratista —concesión de servicios— o sin mediar esa transferencia —contrato de servicios—. La LCSP ha supuesto la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y ha conllevado que el acento se sitúe en la transferencia o no del riesgo operacional.

<sup>27</sup> Artículo 1.1 de la LCSP.

<sup>28</sup> Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019, [SAMAD/03/16](#) – Estacionamiento regulado Ayuntamiento de Madrid.

## 2. Cuando intervienen para proveerse de bienes y servicios

Las entidades locales pueden afectar a las dinámicas del mercado cuando acuden a él para el aprovisionamiento de bienes y servicios necesarios para garantizar su correcto funcionamiento —necesidades operativas—; esto es, cuando actúan como poderes adjudicadores.

LEA/AVC ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las disfunciones generadas por entidades locales en dicha materia, sobre todo con relación a procedimientos de contratación que, a la vista de su valor estimado, pueden ser calificados como menores, así como en relación con los requisitos de solvencia y criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.

► Con base en la experiencia acumulada, LEA/AVC elaboró el ‘[Decálogo de buenas prácticas en la contratación menor](#)’<sup>29</sup>.

Las prácticas irregulares detectadas fueron las siguientes: falta de planificación, [superación del umbral](#) permitido para el recurso al contrato menor, [concatenación de contratos](#) cuyo objeto eran necesidades recurrentes y [fraccionamiento](#) de contratos, con alternancia de las empresas adjudicatarias<sup>30</sup>.

Atendiendo al valor estimado del contrato, debe tenerse presente que, si bien la adjudicación directa sería, en muchos casos, factible, los principios recogidos en el artículo 1 de la LCSP —entre los que se encuentra la salvaguarda de la libre competencia— deben inspirar cualquier procedimiento de compra pública, por lo que la renuncia a la tramitación de un procedimiento con concurrencia debe quedar debida y suficientemente motivada en los expedientes.

El uso abusivo del contrato menor trae como consecuencia directa el cierre de mercados por períodos de tiempo prolongados, durante los cuales los potenciales operadores no pueden acceder.

La falta de competencia no solo perjudica el funcionamiento competitivo de los mercados, sino también afecta a la entidad local que realiza la licitación y, por lo tanto, a la ciudadanía. La falta de competencia se traduce habitualmente en precios más elevados y en prestaciones de peor calidad. El sobreprecio abonado podría haberse empleado en otras políticas públicas.

Por ello, resulta necesario favorecer la concurrencia y evitar el establecimiento de restricciones que limiten injustificadamente la posibilidad de presentar ofertas.

---

<sup>29</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales*, [LEA/AVC 581-PROM-2022](#), de 31 de agosto de 2022.

<sup>30</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la contratación menor del Ayuntamiento de Hondarribia*, [LEA/AVC 479-PROM-2020](#); AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la contratación menor en los Ayuntamientos de Baños de Ebro, Elciego, Laguardia, Leza, Moreda de Álava, Navaridas, Samaniego y Villabuena de Álava*, [LEA/AVC 395-PROM-2019](#); AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre determinados negocios jurídicos suscritos entre el Ayuntamiento de Bilbao y la Fundación Metròpoli*, [LEA/AVC 92-PROM-2017](#).

► LEA/AVC también se ha pronunciado sobre aspectos incluidos en los pliegos de las licitaciones, principalmente sobre cuestiones referidas a los **requisitos de solvencia y criterios de adjudicación**, que establecen ventajas de unos operadores frente a otros.

#### Solvencia técnica o profesional<sup>31</sup>

Analizada la solvencia técnica o profesional requerida para la prestación de un servicio de asistencia técnica de trabajos derivados de la actividad cultural, LEA/AVC concluyó que, en un contrato que abarca un muy diverso abanico de tareas a realizar, **plantear la solvencia con relación a dos CPV concretos**—que forman parte de las prestaciones a realizar, pero no son las únicas prestaciones— **es susceptible de constituir una barrera de entrada** y, en consecuencia, limitar indebidamente la competencia. Además, la no división en lotes es susceptible de restringir la competencia.

Del mismo modo, LEA/AVC también ha considerado que, en ausencia de una justificación suficiente, criterios de adjudicación que otorgan una **ventaja injustificada a empresas de proximidad** no respetan los principios de igualdad de acceso y no discriminación, ni guardan proporcionalidad con el objeto del contrato.

#### Criterios de proximidad<sup>32</sup>

Criterios de Adjudicación: (...)

- Trabajos efectuados en el municipio: Hasta 10 puntos.

- Mayor reducción de impacto ambiental por disminución de emisiones consecuencia de la proximidad de la sede de la empresa al municipio: Hasta 25 puntos.

«(...) el Ayuntamiento ha diseñado los pliegos otorgando una ventaja competitiva a las empresas cercanas o con implantación local. (...) resulta desproporcionada respecto al resto de criterios de adjudicación, no guarda proporcionalidad alguna con el objeto de las prestaciones a satisfacer y, sin duda, **otorgan una ventaja competitiva a los licitadores que se ubiquen más próximos a la localidad** (...).».

### 3. Cuando intervienen en ejercicio de potestades administrativas

► Las entidades locales pueden introducir disfunciones en el libre juego de la competencia no solo cuando intervienen en el mercado para ofrecer o para proveerse de bienes y servicios, sino también cuando intervienen en ejercicio de potestades administrativas. Un exponente de esas disfunciones lo constituyen las **barreras de entrada**, esto es, todas aquellas dificultades y costes que desalientan o, directamente, imposibilitan la entrada de nuevos operadores en un determinado mercado.

<sup>31</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los criterios de solvencia pliegos asistencia técnica actividad cultural Torrezabal Kultur Etxea Galdakao*, [LEA/AVC 513-PROM-2021](#), apartados 21 a 25.

<sup>32</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los criterios de adjudicación de los pliegos de la obra bidegorri entre Uarka y Loiola del Ayuntamiento de Arratzu*, [LEA/AVC 455-PROM-2020](#).

Así, si el comportamiento de la entidad local es económicamente relevante —esto es, si incide en el tráfico económico, estará sujeto a las **prohibiciones** contenidas en la **normativa de competencia**.

**Productores Uva y Mosto**<sup>33</sup>

«(...) agente económico —término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado—».

► Aquellas actuaciones que se realicen en ejercicio de las prerrogativas típicas del poder público —**ejercicio de autoridad pública**, de *imperium*<sup>34</sup>—no serán consideradas económicas, pero no por ello escaparán del interés de las autoridades de competencia<sup>35</sup>.

No ha de confundirse la búsqueda de una determinada política pública con el ejercicio de autoridad pública. El interés público que subyace en esa política pública, por sí mismo, es insuficiente para calificar una actividad como acto de autoridad; el criterio ha de ser la naturaleza, el objetivo y las reglas a las que está sujeta la actividad<sup>36</sup>.

Las siguientes actuaciones se ha considerado que son ejercicio de prerrogativas típicas de autoridad pública —y, por lo tanto, no constituyen actividades económicas<sup>37</sup>—: ejército y policía; seguridad y control de la navegación aérea; control y seguridad del tráfico marítimo; vigilancia anticontaminación; organización, financiación y ejecución de las penas de prisión; recopilación de datos relativos a empresas, basada en la obligación legal de declaración impuesta a éstas, y las correspondientes facultades coercitivas.

Además, las actuaciones en ejercicio de autoridad pública deben ser prestadas por **personal funcionario**, puesto que implican una participación en el ejercicio de facultades conferidas por el Derecho público y el desempeño de funciones que tienen por objeto salvaguardar los intereses generales de las autoridades públicas<sup>38</sup>. De hecho, en el ámbito local el artículo 95 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL)<sup>39</sup>, dispone que los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad **sólo podrán ser ejercidos por gestión directa** de la entidad local.

<sup>33</sup> Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, [S/0167/09 – Productores de Uva y Vinos de Jerez](#); cuya multa fue anulada por SAN de 15 de octubre de 2012, [ECLI:ES:AN:2012:4008](#); SAN de 17 de octubre de 2012, [ECLI:ES:AN:2012:4067](#); SAN de 21 de marzo de 2013, [ECLI:ES:AN:2013:1198](#).

<sup>34</sup> Bien porque se consideran parte de las funciones esenciales de la administración, bien porque por su naturaleza, por su objeto o por las normas que regulan esas actuaciones, son ajenas a la esfera de los intercambios económicos.

<sup>35</sup> STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-128/21, *Lietuvos notary rūmai* [[ECLI:EU:C:2024:49](#)], párr. 61; STJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* [[ECLI:EU:C:2013:127](#)], párr. 40; STJUE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99, *Wouters* [[ECLI:EU:C:2002:98](#)], párr. 57; STG de 12 de septiembre de 2013, asunto T-347/09, *Alemania contra Comisión* [[ECLI:EU:T:2013:418](#)], párr. 2.

<sup>36</sup> Por todas, STG de 16 de julio de 2014, asunto T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung* [[ECLI:EU:T:2014:676](#)], párr. 88.

<sup>37</sup> Comunicación de la Comisión Europea relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, [2012/C 8/02](#), *DOUE* C 8/4, de 11 de enero de 2012, párr. 16.

<sup>38</sup> Artículo 9.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por [Real Decreto Legislativo 5/2015](#), de 30 de octubre.

<sup>39</sup> Aprobado por [Real Decreto Legislativo 781/1986](#), de 18 de abril.

- ▶ El concepto de autoridad pública es una noción más cualificada respecto a la más genérica de «*función pública*» o «*potestad administrativa*». En todo caso, vistas ciertas notas características de la autoridad pública, en el presente estudio nos centraremos en la incidencia de las actuaciones de las entidades locales en el tráfico económico en ejercicio de potestades administrativas —esto es, en ejercicio de las facultades que les han sido conferidas por el ordenamiento—. En consecuencia, a los efectos del presente estudio, no resulta relevante identificar si el ejercicio de la potestad administrativa implica, en concreto, la realización de funciones de autoridad.
- ▶ Ciertas actuaciones, realizadas aparentemente en ejercicio de potestades administrativas, deben ser reconducidas al libre mercado; si la entidad local actúa **como cualquier otro operador** o agente en el mercado, se le aplicarán también las prohibiciones contenidas en la LDC<sup>40</sup>.
- ▶ Asimismo, pueden existir **actuaciones que desborden** el ejercicio de potestades administrativas y tengan carácter económico, en cuyo caso también serán sometidas a la normativa en materia de competencia.
- ▶ Por otro lado, operadores que presten **actividades auxiliares o preparatorias** respecto del ejercicio de potestades públicas, que no incluyan el ejercicio de facultades decisorias autónomas y ejercidas en el marco de un control directo y carentes de poderes de coerción, no estarían participando en el ejercicio de potestades públicas.

**Hiebler<sup>41</sup>**

A los deshollinadores del Land de Carintia (Austria) les fueron confiadas determinadas misiones de “policía de incendios” consistentes en la inspección periódica de las estructuras físicas para determinar si el propietario del edificio cumplía la normativa en la materia, si el edificio sufría daños que generasen un riesgo de incendio o si otras circunstancias pudiesen causar o favorecer un incendio o complicar la lucha contra un incendio o las tareas de salvamento.

Conforme al TJUE, dichas misiones son actividades subsidiarias del ejercicio de autoridad pública «*en la medida en que, en esencia, el alcalde de cada municipio las delega en los deshollinadores y se llevan a cabo bajo su control directo, sin que los deshollinadores tengan facultades propias de ejecución, de conminación o de coerción frente a sus clientes. Confirma esta apreciación la obligación de los deshollinadores, en el ejercicio de estas misiones, de poner en conocimiento del ayuntamiento de que se trate las deficiencias que no se han subsanado, si existe riesgo inminente de incendio, o si se ha obstaculizado el desarrollo de la inspección*».

- ▶ Tampoco participarían en el ejercicio de potestades públicas operadores económicos que, habiendo asumido los riesgos financieros vinculados al ejercicio de su actividad, no dispongan de **ninguna capacidad decisoria** vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público.

<sup>40</sup> STS de 14 de junio de 2013, [ECLI:ES:TS:2013:3139](#), F.j. 7º.

<sup>41</sup> STJUE de 23 de diciembre de 2015, asunto C-293/14, *Hiebler* [[ECLI:EU:C:2015:843](#)], párrs. 33-34 y 38-39.

**SOA Nazionali Costruttori**<sup>42</sup>

Las SOA —*Società Organismi di Attestazione*, organismos privados de certificación— se encargaban de verificar la capacidad técnica y financiera de las empresas sujetas a certificación, la veracidad y el contenido de las declaraciones, certificados y documentos presentados por las personas a las que se expedía la certificación, así como el cumplimiento continuado de los requisitos relativos a la situación personal del candidato o del licitador.

Al efecto, expedían certificados y transmitían la información a **la Autorità, que era quien supervisaba la regularidad de las actividades de certificación y quien podía sancionar a las sociedades que incumplieran las obligaciones impuestas por la normativa nacional.**

El TJUE concluyó que «*las SOA no llevan a cabo una misión de normalización. Estas empresas no disponen de ninguna capacidad decisoria vinculada al ejercicio de prerrogativas del poder público*».

### 3.1. Potestad reglamentaria

► Los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. La potestad reglamentaria es una consecuencia directa de esa autonomía local<sup>43</sup>. La potestad reglamentaria local está directamente vinculada a las **competencias expresamente atribuidas** y no solo al mero interés local, ya que las entidades locales podrán actuar «*dentro de la esfera de sus competencias*»<sup>44</sup>.

► El análisis de una iniciativa normativa por parte de la autoridad de competencia valorará en qué medida el texto se adecúa a los **principios de regulación económica eficiente**<sup>45</sup>:

— **Necesidad y eficacia**: la iniciativa normativa tiene que estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

<sup>42</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-327/12, *Soa Nazionale Costruttori* [ECLI:EU:C:2013:827] párrs. 29 y 32.

<sup>43</sup> Por todas, SSTS de 22 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2339], F.j. 4º; y de 10 de abril de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:1491], F.j. 2º: «[...] Dentro de sus ámbitos de competencia, la potestad reglamentaria de las entidades locales puede adoptar, en principio, las normas que estime oportunas siempre que no conculquen otras normas de rango superior; es decir, la ley estatal –lo mismo valdría para la ley autonómica– funciona como un límite a la potestad reglamentaria de las entidades locales. A diferencia de los reglamentos estatales o autonómicos, los reglamentos locales no suelen ser un instrumento auxiliar para actuar opciones ya adoptadas y predeterminadas en sus rasgos esenciales por la ley. Esto es lo que, en alguna ocasión, con fórmula sintética, esta Sala ha llamado la "vinculación negativa" a la ley de la potestad reglamentaria de las entidades locales».

<sup>44</sup> Artículo 4.1 de la LBRL. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., "El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local", en *Revista de Administración Pública*, 196, enero-abril 2015, [págs. 229-269] pág. 232.

<sup>45</sup> Artículo 129 de la LPAC. La adecuación de la iniciativa normativa a esos principios ha de justificarse en la exposición de motivos.

**Viviendas para uso turístico<sup>46</sup>**

En vista de la proliferación de viviendas para uso turístico, LEA/AVC analizó la normativa urbanística de diversos Ayuntamientos. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios **no puede imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones: no discriminación, necesidad y proporcionalidad.**

Por lo que respecta al requisito de necesidad, el régimen de autorización ha de estar justificado por **razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.**

«LEA/AVC considera que no se ha justificado la existencia de razones ni de orden público, ni de seguridad pública, ni de salud pública, ni de protección del medio ambiente, ni escasez de recursos naturales ni existencia de inequívocos impedimentos técnicos, que posibiliten el establecimiento de barreras de entrada al mercado de la actividad económica de alojamiento en viviendas para uso turístico o en habitaciones en viviendas particulares para uso turístico, actividad permitida por la Ley vasca de Turismo y el Decreto vasco 101/2018».

En consecuencia, LEA/AVC concluyó que las barreras de entrada, en la medida en que no cumplieran los requisitos legales, debían ser removidas.

— **Proporcionalidad:** la iniciativa deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad que la norma debe cubrir, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a las personas destinatarias.

— **Seguridad jurídica:** la iniciativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión.

— **Transparencia:** la Administración pública deberá posibilitar el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y a los documentos propios del proceso de elaboración; asimismo, además de definir claramente los objetivos y la justificación de la iniciativa normativa en la exposición de motivos, deberá posibilitar que las potenciales personas destinatarias tengan una participación activa en la elaboración de la norma.

— **Eficiencia:** la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

► Por lo que respecta al acceso o al ejercicio de actividades de servicios, el artículo 11.1 a) de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio<sup>47</sup> establece que no se deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a restricciones cuantitativas o territoriales.

<sup>46</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la normativa urbanística del municipio de Getaria y su implicación en la actividad económica de alojamiento en viviendas para uso turístico*, LEA/AVC 562-PROM-2022; AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la normativa urbanística del municipio de Loiu y su implicación en la actividad económica de alojamiento en viviendas para uso turístico*, LEA/AVC 588-PROM-2022.

<sup>47</sup> [Ley 17/2009](#), de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

**Micromovilidad urbana compartida<sup>48</sup>**

LEA/AVC, con motivo de los avances en materia de micromovilidad compartida urbana, advirtió que la intervención pública —aun cuando sea necesaria— *«puede crear barreras de entrada en los mercados, distorsionar las condiciones en que compiten los operadores o impedir que los mercados se desarrollen de manera competitiva»*. Estos riesgos son más probables en el caso de los negocios disruptivos que no se acomodan a la normativa vigente.

Concluyó lo siguiente: *«la **calidad regulatoria —medida en términos de ausencia de barreras de entrada y ejercicio no justificadas—** será determinante para el despliegue total de los beneficios competitivos de los nuevos negocios de micromovilidad urbana compartida. (...) la elección de un determinado modelo regulatorio de la movilidad afecta al conjunto de servicios que se ofertan a la ciudadanía y con ello a cómo se desarrolla el propio modelo de movilidad»*.

► Además, las entidades locales deberán revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación<sup>49</sup>.

► En ocasiones, la intervención regulatoria de la entidad local —por ejemplo, la regulación del estacionamiento de vehículos<sup>50</sup>— lleva aparejada la necesidad de prestar un servicio —en este caso, el cobro del servicio de estacionamiento regulado—. Este servicio, por no estar reservado, podrá ser prestado por operadores privados.

**Servicio de pago por Apps del estacionamiento regulado<sup>51</sup>**

*«(...) Así, mientras que el servicio de estacionamiento regulado debe ser prestado por los municipios, ya en régimen de gestión directa, ya a través de instrumentos de gestión indirecta, el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App puede ser prestado también por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente»*.

## 3.2. Potestad de fomento

► Las entidades locales podrán realizar actuaciones en el ejercicio de su potestad de fomento<sup>52</sup> y, en ese ejercicio, deberán velar por no introducir disfunciones en el mercado.

<sup>48</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Micromovilidad compartida urbana y entorno competitivo*, [LEA/AVC 447-PROM-2020](#), apartado VI.

<sup>49</sup> Artículo 130.1 de la LPAC.

<sup>50</sup> En ejercicio de la competencia propia en materia de estacionamiento de vehículos y movilidad, recogida en el artículo 25.2 g) de la LBRL.

<sup>51</sup> Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019, [SAMAD/03/16](#) – *Estacionamiento regulado Ayuntamiento de Madrid*.

<sup>52</sup> Conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, no existe una concreta atribución de la materia subvencional a ninguna Administración, sino que, quien dispone la competencia en la materia, dispone también de la competencia de fomento de la misma. Véase [STC 144/1985](#), de 25 de octubre, F.j. 4º, con una cita expresa de la STC 39/1982, de 30 de junio, Ff.jj. 5º y 10º.

**Subvención nominativa a una Asociación de comerciantes<sup>53</sup>**

LEA/AVC recibió una consulta sobre la procedibilidad de que un Ayuntamiento otorgase subvenciones nominativas a una asociación de comerciantes para promocionar el sector comercial en el municipio.

Se concluyó que no concurría ninguna circunstancia que justificase su otorgamiento directo, por lo que, en la medida en que el otorgamiento de las subvenciones interfería en el sector del asociacionismo comercial —dificultando competir en la captación de asociados—, debía optarse por un procedimiento de concurrencia competitiva.

**Control de plagas<sup>54</sup>**

El Ayuntamiento animaba a los particulares para que contratasen los servicios de control de plagas de la procesionaria con la empresa adjudicataria que realizaba para el Ayuntamiento los servicios de desratización, desinfección y desinsectación en el municipio. Para ello, en la página del Ayuntamiento se anunciaba que los servicios que los particulares contratasen con la adjudicataria se realizarían a un precio de bajo coste y con el seguimiento por parte de los responsables municipales. Los servicios podían ser contratados con cualquier otra empresa especializada, pero, en ese caso, el Ayuntamiento no supervisaría los trabajos.

La CNC confirmó que, si bien el Ayuntamiento no estaba actuando como operador económico, su actuación estaba distorsionando la competencia en el mercado: «(...) **no se puede pasar por alto que [la actuación del Ayuntamiento] ha podido favorecer a un operador privado frente a sus propios competidores. Por ello, el Consejo quiere llamar la atención sobre los efectos anticompetitivos que este tipo de actuaciones conllevan, cuando un operador público (...) se extralimita en el diseño de estos programas de incentivos, y termina distorsionando la competencia en el mercado afectado».**

► Las ayudas públicas otorgadas a operadores económicos pueden producir una alteración de libre juego de las fuerzas competitivas. En efecto, pueden llevar a que los operadores aumenten su poder de mercado, elevando el riesgo de abuso de posición dominante y generen una dinámica de consolidación empresarial, de forma que las fuerzas competitivas se atenúen y haya un mayor riesgo de colusión.

Por ello, el diseño de las convocatorias de ayudas debe realizarse evitando que alteren el funcionamiento eficiente de los mercados. Los requisitos de acceso deben ser objetivos y se debe respetar el principio de neutralidad competitiva, no otorgando ventajas a ningún operador basadas en causas subjetivas.

► Las entidades deberán efectuar una evaluación *ex ante* de la ayuda que pretendan conceder, cuyo fin será justificar los siguientes aspectos:

- **Necesidad:** fallos de mercado y objetivos de interés común.
- **Adecuación y mínima restricción** de la competencia.
- **Proporcionalidad:** análisis coste-beneficio.

<sup>53</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Respuesta a consulta sobre subvenciones a Asociaciones de comerciantes por parte de Ingurualde*, LEA/AVC 518-CONS-2021, 27 de octubre de 2021.

<sup>54</sup> Resolución de la CNC de 20 de septiembre de 2010, [S/0236/10](#) – Ayuntamiento de Calviá.

— **No discriminación** por razón de ubicación del domicilio.

#### Ayudas al fútbol<sup>55</sup>

LEA/AVC realizó un análisis del Convenio de Colaboración suscrito entre una Diputación Foral y una Fundación deportiva para el desarrollo del Modelo de Fútbol en el fútbol base y la tecnificación.

En virtud de dicho Convenio, la Diputación Foral concedió una subvención nominativa a la Fundación a cambio de desarrollar el Modelo de Fútbol en el fútbol base. Como complemento de dicho Convenio, la Fundación suscribió convenios de colaboración de fútbol masculino con los clubes de la región, por medio de los cuales repartió íntegramente la partida económica aprobada para cada temporada.

LEA/AVC dictaminó que la ayuda económica otorgada a la Fundación podría ser calificada como ayuda de Estado incompatible, dado que discriminaba a competidores. El Modelo de Fútbol base de esa región se basa en la declaración de la primacía de ese club profesional sobre los demás clubs del territorio, de modo que sólo el club que suscribiera un convenio de colaboración podía acceder a las ayudas económicas otorgadas por la Diputación Foral.

La ayuda se otorgaba en exclusiva a la Fundación para que ésta la distribuyera entre sus clubs convenidos. Así, se discriminaba a otros clubs, a los que se exigía, a cambio de recibir una subvención pública, renunciar a competir de igual a igual con el club profesional y a intentar llegar al status actual de él, limitándose a ser uno de sus clubs convenidos. De igual modo, LEA/AVC consideró que la ayuda pública otorgada colocaba en peor situación a todo club de fuera de la región que desease competir con la Fundación en la captación de clubs convenidos, cuando la ésta convenía, sin limitación alguna, con clubs de fuera de la región.

Por ello, recomendó a la Diputación Foral que, para fomentar el fútbol base, realizase una convocatoria pública de **ayudas para los clubs de fútbol, sin vehiculizarlas a través de un único club profesional**, de modo que no se limitase o impidiese que cualquier club pudiera llegar al nivel de ese concreto club, y **de modo que no se colocase en peor situación a los clubs de fuera de la región que desearan competir con la Fundación en la captación de clubs convenidos**.

► Las autoridades de competencia han valorado que, en ocasiones, una actuación de fomento —otorgar directamente una subvención al consumidor final, por ejemplo— es una fórmula menos distorsionadora de la competencia.

#### Cursos y actividades<sup>56</sup>

LEA/AVC consideró que un Ayuntamiento distorsionaba el mercado de la impartición de cursos de inglés en el municipio, al ejecutar una competencia no recogida expresamente en la ley de bases estatal ni en la ley vasca y respecto de la cual no existían fallos de mercado. En el caso de considerar el conocimiento del inglés como una necesidad apremiante en el municipio, podría adoptar fórmulas menos distorsionadoras, cual sería, por ejemplo, la subvención a cada joven empadronado que justificara la realización y el aprovechamiento de cursos de inglés en cualquier academia de su elección.

<sup>55</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe en relación con el convenio de colaboración suscrito entre la Diputación Foral de Gipuzkoa y Fundación Real Sociedad Fundazioa para el desarrollo del modelo de futbol de Gipuzkoa en el fútbol base y la tecnificación*, [LEA/AVC 511-PROM-2021](#).

<sup>56</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los cursos y actividades del Ayuntamiento de Erandio*, [LEA/AVC 495-PROM-2021](#).

### 3.3. Labor de intervención administrativa

► Por **autorización**<sup>57</sup> ha de entenderse «*cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio*»<sup>58</sup>.

► En el caso de que el número de autorizaciones sea limitado, debe instrumentarse un procedimiento para decidir qué persona resultará adjudicataria de la autorización.

► Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios<sup>59</sup>:

- (1) **no ser discriminatorios**;
- (2) estar **justificados** por una razón imperiosa de interés general;
- (3) ser **proporcionados** a dicha razón imperiosa de interés general;
- (4) ser **claros e inequívocos**;
- (5) ser **objetivos**;
- (6) ser **hechos públicos con antelación**; y
- (7) ser **transparentes y accesibles**.

► Así, los procedimientos para la obtención de las autorizaciones «*deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación*»<sup>60</sup>.

► Un elemento crucial desde el punto de vista competitivo son los **criterios de valoración**. Solo una cuidada selección de los mismos permitirá garantizar la máxima apertura del mercado a las dinámicas de la libre competencia, sin comprometer la adecuada prestación del servicio.

► Idénticas consideraciones son aplicables a los criterios para la selección de los prestadores que podrán **ocupar el dominio público** —sea de manera temporalmente muy acotada, sea durante un plazo temporal más extenso—<sup>61</sup>. La

<sup>57</sup> Emplearemos el término “autorización” en sentido amplio, de modo que otros instrumentos como podrían ser licencias, permisos, habilitaciones concedidas en el ejercicio de la labor de intervención administrativa también deberán entenderse comprendidos en el presente epígrafe.

<sup>58</sup> Artículo 3.7 de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>59</sup> Artículo 9.2 de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>60</sup> Artículo 6 de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>61</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Análisis consulta normativa venta ambulante Ayuntamiento de Llodio*, [524-CONS-2021](#); AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Consulta planteada por Lea-Artibai Landa Garapenerako Alkartea en relación con la normativa de adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales*, [507-CONS-2021](#); AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *III Informe sobre la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales (criterios sociales y medioambientales)*, [LEA/AVC 240-PROM-2020](#); AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *II Informe sobre la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales*, [LEA/AVC 240-PROM-2018](#); AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales*, [LEA/AVC 240-PROM-2017](#).

limitación del espacio público disponible y la utilización intensiva del mismo es uno de los motivos que tradicionalmente ha justificado la limitación del número de autorizaciones<sup>62</sup>.

#### Cesión de uso de locales públicos<sup>63</sup>

LEA/AVC concluyó que, en la redacción y aplicación de las bases reguladoras que permiten la **cesión del uso de locales públicos**, en la medida en que existe una pluralidad de operadores interesados, **la entidad local debe aplicar de modo estricto el límite temporal establecido para el negocio jurídico para que ningún operador se perpetúe en dicho uso**.

► La ACCO concluyó, con relación a la regulación de la **movilidad urbana compartida**, lo siguiente<sup>64</sup>:

Desde una óptica de competencia, la limitación del ejercicio de la actividad en un mercado mediante un número limitado de operadores y/o licencias debería ser el último recurso ya que es el más restrictivo y perjudicial para el consumidor (precios más elevados y menor calidad e innovación). En este sentido, para gestionar el problema de la ocupación del dominio público existen, a priori, alternativas menos restrictivas de la actividad económica como pueden ser:

- Incrementar las zonas de aparcamiento de los vehículos de movilidad urbana compartida.
- Sancionar a los usuarios de los vehículos compartidos por no hacer un buen uso del espacio público.
- Diseñar una tasa de actividad o de uso del espacio público como la que ya se aplica en algunos casos.
- Primar la eficiencia en el uso del espacio público de los operadores.

► Además, en los casos en los que el número de operadores y/o autorizaciones está limitado, la ACCO ha considerado que, desde una óptica de competencia, el **concurso** sería preferible al sorteo, ya que «permite capturar, al menos, los beneficios de la llamada **competencia por el mercado**»<sup>65</sup>. Al fin y al cabo, los operadores económicos, más que EN el mercado, compiten POR el mercado, rivalizando entre ellos por resultar seleccionados.

#### Subasta licencias taxi<sup>66</sup>

Un Ayuntamiento realizó una consulta a LEA/AVC referida a las bases de la convocatoria para el otorgamiento mediante concurso-subasta de varias licencias de taxi. Se identificaron las siguientes bases con potencial impacto en la competencia:

<sup>62</sup> AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Recomendaciones para la regulación de la actividad de vehículo compartido desde una óptica de competencia*, [OB 58/2021](#), octubre de 2021, pág. 8.

<sup>63</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre las bases reguladoras de acceso al edificio Ensanche de Bilbao*, [LEA/AVC 481-PROM-2020](#).

<sup>64</sup> AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Recomendaciones para la regulación de la actividad de vehículo compartido desde una óptica de competencia*, [OB 58/2021](#), octubre de 2021, pág. 11.

<sup>65</sup> AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, *Recomendaciones para la regulación de la actividad de vehículo compartido desde una óptica de competencia*, [OB 58/2021](#), octubre de 2021, pág. 13.

<sup>66</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe en relación con el procedimiento de adjudicación de cinco licencias de taxi por el Ayuntamiento de Bilbao*, [LEA/AVC 712-PROM-2023](#).

Base 6.10: Las licencias se otorgarán a aquellas personas solicitantes que obtengan una mejor puntuación, atendiendo a los siguientes criterios: a) Tiempo como persona asalariada en licencias municipales; b) Fecha y hora de presentación de la oferta.

Base 5.2: Oferta económica: Se valorará con un máximo de 100 puntos a la mejor oferta, partiendo de un precio base de 50.000 euros; las ofertas tendrán que ser superiores a dicho precio.

LEA/AVC concluyó que:

→ La valoración de la experiencia de las personas asalariadas tiene una afección en el acceso al mercado, dado que priorizará el otorgamiento de la licencia a esas personas. Por cómo se ha configurado, parece que la experiencia será valorada como criterio de desempate, por lo que el acceso no queda restringido únicamente a quienes hayan desempeñado su labor como personas asalariadas. No obstante, en un mercado marcado por el número limitado de licencias, la valoración de la experiencia supondría una clara desventaja en la competición por lograr el título habilitante que permite prestar el servicio.

→ El establecimiento de un precio base supone una barrera de entrada. Consecuentemente, deberá obedecer al cumplimiento de un objetivo que pueda ser considerado como una razón imperiosa de interés general y guardar la debida relación con el objeto del procedimiento.

## 4. Cuando facilitan conductas anticompetitivas

► Se ha llegado a considerar acreditada la participación de actores públicos en su calidad de **facilitadores** de una conducta contraria a la normativa de competencia: la entidad local, con su propio comportamiento, contribuye a la consecución de los objetivos anticoncurreniales<sup>67</sup>. Si la entidad local actúa como facilitadora de una infracción, se le considerará responsable de la misma.

### Productores Uva y Mosto<sup>68</sup>

La Administración incide en el mercado, aunque no actúe en el mismo ofreciendo bienes y servicios, cuando adopta un papel activo en la organización y vigilancia de la ejecución de un acuerdo de fijación de precios. La Consejería de Agricultura asumió la presidencia de un acuerdo sectorial de las organizaciones de productores y bodegueros que fijaban los precios de la uva y del mosto de los vinos de Jerez.

De hecho, esa participación del actor público puede impactar en la antijuridicidad de la conducta de los operadores privados.

<sup>67</sup> STPI de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG* [[ECLI:EU:T:2008:256](#)], párr. 130.

<sup>68</sup> Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, [S/0167/09](#) – *Productores de Uva y Vinos de Jerez*; cuya multa fue anulada por SAN de 15 de octubre de 2012, [ECLI:ES:AN:2012:4008](#); SAN de 17 de octubre de 2012, [ECLI:ES:AN:2012:4067](#); SAN de 21 de marzo de 2013, [ECLI:ES:AN:2013:1198](#).

**Productores Uva y Mosto<sup>69</sup>**

La Audiencia Nacional anuló la sanción impuesta a las empresas infractoras porque éstas no tenían conciencia de la antijuridicidad de su conducta dada «**la activa participación de la Administración**». Y, en sus Sentencias de 17 de octubre de 2012 y de 21 de marzo de 2013, concluyó lo siguiente: «*Uniendo los tres elementos, reconversión del sector, intervención de dos Administraciones Públicas en el proceso, y actuación clara y directa, hemos de concluir que **la recurrente no tuvo la conciencia de que el comportamiento realizado constituía una conducta contraria a la libre competencia**, sino, bien al contrario, su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad; lo que implica ausencia de elemento subjetivo del injusto*».

---

<sup>69</sup> SAN de 15 de octubre de 2012, [ECLI:ES:AN:2012:4008](#); SAN de 17 de octubre de 2012, [ECLI:ES:AN:2012:4067](#); SAN de 21 de marzo de 2013, [ECLI:ES:AN:2013:1198](#).



## III. Limitaciones en la actividad de las entidades locales

### 1. Deslealtad en la LDC

► La actuación de las entidades locales puede generar efectos en el mercado, tanto si actúan en el mercado como oferentes —tanto de forma directa, como indirecta—, como si únicamente acuden al mercado para aprovisionarse de los bienes y servicios que les son necesarios, e, incluso, si intervienen en ejercicio de las potestades públicas que les han sido conferidas.

► Para entender realizada una conducta típica prohibida, la posición de la entidad local ha de ser la de **operador económico**. No obstante, ciertos comportamientos contrarios a la normativa de competencia, adoptados por las entidades locales cuando éstas no actúan como operadores económicos, si bien pueden no conducir a la apertura de un expediente sancionador, no por ello escapan del interés de las autoridades de competencia.

► El artículo 3 de la LDC prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

Por lo tanto, dos son los requisitos sustantivos exigidos para entender perfeccionada la conducta: (1) existencia de un **acto de competencia desleal** previsto en la LCD y (2) **afectación del interés público** protegido por la LDC<sup>70</sup>.

La tipificación de la conducta no descansa meramente en su deslealtad, sino, mucho más, en los efectos que los actos de competencia desleal puedan tener en el mercado<sup>71</sup>. El **interés público concurrencial** es el elemento definidor del tipo. De este modo, el primer elemento que es analizado por la autoridad de competencia es la concurrencia del presupuesto de la afectación del interés público<sup>72</sup>. Para entender que el interés público se ha visto afectado debe atenderse a los siguientes cuatro elementos:

- 1) **quién** ha realizado la conducta;
- 2) **a quién** afecta la conducta;
- 3) el **alcance** de la conducta;
- 4) características particulares del **mercado** en el que se lleva a cabo.

<sup>70</sup> Precisamente, el interés público tutelado por la LDC es la instauración, mantenimiento y, en su caso, potenciación de una competencia efectiva y no falseada en el mercado; esto es, el requisito del falseamiento de la competencia es dependiente funcionalmente de la afectación al interés público protegido por la LDC. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público”, *Anuario de la competencia*, 2014, 1, [págs. 201-220] pág. 204.

<sup>71</sup> CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M. (2014), *op. cit.*, págs. 202-203.

<sup>72</sup> Para ello, la autoridad de competencia tiene en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta y, en concreto, factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, o el bien o servicio afectado. Resolución de la CNMC de 15 de junio de 2022, [S/0014/20](#) – *Consumo Estratégico*, párrs. 45 y 46; Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011, [S/0350/11](#) – *Asistencia en Carretera*, págs. 11 y 12.

► La LCD establece que constituyen actos de comportamiento desleal las siguientes conductas<sup>73</sup>: actos de engaño, actos de confusión, omisiones engañosas, prácticas agresivas, actos de denigración, actos de imitación, actos de comparación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos empresariales, inducción a la infracción contractual, discriminación y dependencia económica y venta a pérdida.

Estas conductas, de ser realizadas por una entidad local, lo serán, en su mayoría, cuando ésta actúa como operador económico.

► Junto a esas conductas, el artículo 4 de la LCD contiene una cláusula general conforme a la cual «*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*».

Por lo tanto, cuando una entidad local interviene en el mercado, toda actuación que resulte contraria a las exigencias de la buena fe será susceptible de ser encuadrada en el precepto.

► Asimismo, el artículo 15 de la LCD, en sendos párrafos, proscribire actuaciones que pueden ser llevadas a cabo por las entidades locales cuando, con su actuar, afecten a las dinámicas competitivas del mercado:

*1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una **ventaja competitiva** adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*

*2. Tendrá también la consideración de desleal la **simple infracción de normas jurídicas** que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.*

La jurisprudencia ha incluido en el concepto de leyes aquellas normas —no necesariamente de rango legal— que reúnan los **caracteres de imperatividad, generalidad y coercitividad**.

Con ocasión de una norma adoptada por una Mancomunidad, el Tribunal Supremo concluyó que, en la medida en que la norma era meramente organizativa, de carácter interno, y afectaba únicamente a la Mancomunidad —y, en su caso, a quienes formaran parte de ella—, carecía de eficacia frente a terceros y, en consecuencia, no era apta para que, mediante su infracción, se obtuviera una ventaja competitiva significativa frente a los competidores<sup>74</sup>.

► Las entidades locales podrán participar en la comisión de las infracciones mediante el otorgamiento de la aludida ventaja competitiva o mediante el establecimiento de condiciones desiguales que favorezcan la infracción de las normas de competencia.

► Una normativa propensa a resultar vulnerada es la relativa a la **contratación pública**. Así, un deficiente diseño del procedimiento de contratación pública por parte de la entidad local —sea de forma inadvertida, sea de forma deliberada— puede llevar al otorgamiento de una **ventaja competitiva ilícita**.

<sup>73</sup> La LDC no contiene una definición autónoma de qué ha de entenderse por “acto de competencia desleal”. Por lo tanto, para la delimitación precisa de los contornos del concepto ha de acudir a la normativa sectorial, esto es, a la LCD.

<sup>74</sup> STS de 24 de julio de 2012, [ECLI:ES:TS:2012:5929](#), apartado 8.

Una sociedad pública, en la medida en que cuenta con el respaldo de la Administración matriz, tendrá un menor riesgo de insolvencia, por lo que deberá velarse por que no se valga de esta situación para realizar ofertas que económicamente no puedan ser igualadas por el resto de licitadores.

En especial, si una sociedad perteneciente a una entidad local toma parte en un procedimiento de contratación pública, deberá garantizarse el respeto a la **neutralidad competitiva** y, en consecuencia, deberá justificarse la concurrencia de un interés público que motive esa participación.

#### EUSKOTREN<sup>75</sup>

LEA/AVC recibió una consulta de las Juntas Generales de Bizkaia acerca de la posibilidad de que Euskotren —sociedad pública del Gobierno Vasco— participase en procedimientos de contratación de otras Administraciones en competencia con empresas privadas.

LEA/AVC concluyó que Euskotren debía limitar su intervención al mercado de prestación del servicio público del que es titular la Administración a la que está adscrita, sin concurrir con operadores privados en la prestación de servicios de otras Administraciones, salvo que se acredite que concurre un interés público: *«la intervención pública económica tiene carácter instrumental, por lo que sólo será legítima si es necesaria y proporcionada para alcanzar ese fin de interés general debidamente acreditado»*.

► También sería inadecuado que la entidad local otorgara a su sociedad mercantil local un **tratamiento diferenciado** con respecto a sus competidores; esto es, casos en los que la entidad mercantil local obtiene privilegios o exoneración de obligaciones o se le aplica de un modo más laxo la normativa sectorial en materia de medioambiente, urbanismo o normas financieras<sup>76</sup>.

## 2. Análisis para no incurrir en deslealtad

### 2.1. Si el mercado ya provee, ¿puede intervenir?

► Sí, puede intervenir.

<sup>75</sup> AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, *Informe en relación a la consulta realizada por las Juntas Generales de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas*, [L-3/2012](#), 31 de mayo de 2013.

<sup>76</sup> A este respecto, la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, impone la obligación de transparencia en las relaciones financieras entre la Administración y su sociedad.

Los poderes públicos pueden ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente y adecuada<sup>77</sup>.

Las entidades locales podrán realizar actividades económicas más allá de aquellos servicios cuya prestación les es obligada —servicios esenciales reservados y servicios no reservados—, siempre que se concluya que, pese a la potencial afección a la libre competencia, dicha actividad económica comporta un beneficio para la colectividad.

#### Centros deportivos<sup>78</sup>

Un centro deportivo formuló denuncia contra un Ayuntamiento que ofertaba cursos de aeróbic y gimnasia de musculación en instalaciones públicas a precios predatorios.

El TDC consideró que el Ayuntamiento no había incurrido en una práctica abusiva: «*el Servicio ha tenido en cuenta, a la hora de archivar las actuaciones, el mandato constitucional (artículo 43.3 CE) según el cual los Poderes Públicos fomentarán la educación física y el deporte; la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que, en su artículo 25 define como “servicios que debe prestar todo municipio con población superior a 20.000 habitantes, los de instalaciones deportivas de uso público”; la normativa autonómica referida al caso, que atribuye al Ayuntamiento la promoción y gestión del “deporte para todos”; y la propia actuación del Ayuntamiento, que ha utilizado como forma de gestión de dichas instalaciones un procedimiento administrativo mediante la convocatoria de Concurso, dando entrada al sector privado a la gestión de mismas*».

## 2.2. Pudiendo intervenir, ¿debe hacerlo?

- ▶ Si interviene, ha de hacerlo respetando la libre competencia.

#### Servicio de tanatorio<sup>79</sup>

«*En este caso, al prestar el servicio de tanatorio y fijar un precio irrisorio (44 euros), basado en una ordenanza aprobada antes de liberalizarse los servicios funerarios en 1996, el Ayuntamiento fue necesariamente consciente de que, con tal operación económica, abocaba a la eliminación del mercado a la empresa privada demandante. Estamos ante un claro acto de competencia desleal. Es un acto ilícito. No está amparado por la ley, porque el ayuntamiento, aunque pueda prestar servicios funerarios, no puede ejercer dicha actividad con carácter de régimen público. Si quiere prestar ese servicio, ha de hacerlo respetando la libre competencia frente a otras empresas. No puede ampararse en ordenanzas aprobadas cuando la actividad se ejercía en régimen de monopolio por el sector público, con precios muy bajos e incluso, según los casos, inexistentes*».

- ▶ Si bien no cabe condenar la intervención en sí misma, sí debería analizarse en qué medida es adecuado que la entidad local intervenga. Como estándar de motivación, debería analizarse **la oportunidad y la conveniencia** de la intervención en

<sup>77</sup> STSJCV 763/2003, de 23 de mayo, [ECLI:ES:TSJCV:2003:4376](#), recaída con motivo de un recurso de la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón contra un acuerdo del Ayuntamiento de Villareal.

<sup>78</sup> Resolución del TDC de 10 de marzo de 2006, [R.648/05](#), *Centros Deportivos Benicarló*.

<sup>79</sup> SAP Badajoz 142/2021, de 22 de febrero, [ECLI:ES:APBA:2021:232](#).

el mercado, de modo que la entidad local demuestre que los beneficios derivados de la intervención superan los riesgos potenciales para el nivel de competencia en el mercado afectado —máxime si la iniciativa privada ya satisface de forma adecuada la demanda—.

► Así, por ejemplo, si el número de operadores económicos no decrece —y, además, su facturación aumenta—, podría concluirse que las condiciones de competencia no se han visto distorsionadas.

#### Centros deportivos<sup>80</sup>

«(...) el mantenimiento del número de gimnasios desde 2002 y el incremento de la facturación de algunos de ellos en los últimos años que indican los datos recabados al efecto por el Servicio (ver primer fundamento de derecho de esta Resolución) no acreditan la grave distorsión de las condiciones de competencia y parecen indicar que **hay sitio en ese mercado para las iniciativas públicas y privadas**».

► La entidad local, adoptada la decisión de intervenir, podría optar por canalizar la oferta del servicio público a través de un operador privado —gestión indirecta—. Ello permitiría que el sector privado participe en la iniciativa pública.

## 2.3. ¿Qué precio debe establecer?

► El establecimiento de unas tarifas muy inferiores a las ofertadas por los competidores privados podría conllevar la expulsión de competidores eficientes del mercado.

► Será considerada desleal la venta realizada bajo coste, entre otros casos, «*cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado*»<sup>81</sup>. El elemento volitivo forma parte del tipo: ha de existir intencionalidad de eliminar a los rivales<sup>82</sup>.

#### Construcción y explotación de un centro deportivo<sup>83</sup>

La Autoridad gallega recibió una denuncia contra un Ayuntamiento por suscribir un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo y de ocio. La práctica consistía en que se iban a ofertar algunas actividades de ocio al público en general a precios sensiblemente inferiores en relación con los precios de mercado.

El TGDC concluyó que, por lo que respecta a la venta a pérdida: «(...) *no hay intencionalidad de eliminar a los rivales, ya que los objetivos perseguidos por el ayuntamiento son de naturaleza exclusivamente*

<sup>80</sup> Resolución del TDC de 10 de marzo de 2006, [R.648/05](#), *Centros Deportivos Benicarló*.

<sup>81</sup> Artículo 17.2 c) de la LCD.

<sup>82</sup> SAP Castellón 136/2004, de 15 de abril, [ECLI:ES:APCS:2004:1094](#). La venta a pérdida ha de insertarse en una estrategia predatoria, esto es, debe poseer carácter sistemático y continuado, y debe carecer de toda justificación competitiva objetiva.

<sup>83</sup> Resolución del TDC de 4 de enero de 2010, [RA 26/2009](#) – *Gimnasio de Ferrolterra*.

*social y sanitaria, no obteniendo el ayuntamiento ninguna ventaja de la desaparición de los gimnasios privados».*

No obstante, los operadores privados deben ajustar su comportamiento a la lógica competitiva de los mercados. La venta a pérdida será considerada ilícita en la medida en que se pueda concluir que la estrategia predatoria resulta económicamente racional, esto es, en la medida en que exista una razonable probabilidad de recuperación de los costes de esa estrategia predatoria (test de recuperación de costes). En síntesis, el operador privado ha de tener la intención u objetivo de depredar al competidor.

En el caso del operador público, el extinto TDC estableció que estos parámetros no son válidos: la calificación como ilícita de la conducta no puede depender de un examen de racionalidad económica de la misma, porque la entidad pública no persigue un objetivo económico, sino de otra naturaleza —igualmente protegido por el ordenamiento jurídico—.

#### **Actividades deportivas<sup>84</sup>**

*«La lealtad competitiva de la actividad de la [Fundación Municipal de Deportes (FMD)] no puede ser examinada desde la ausencia de una intención/objetivo de depredar al competidor y la existencia de una justificación competitiva objetiva, porque sencillamente no existen. Pues en lugar de una estrategia predatoria lo que existe es una estrategia orientada a facilitar a toda la población y en un horario amplio el acceso a actividades deportivas y físicas. Y en lugar de una justificación competitiva objetiva lo que encontramos es la satisfacción del interés general consistente en fomentar la salud y el bienestar general de los ciudadanos mediante la realización de actividad física, con cargo al precio público que abona el usuario, pero también con cargo a las aportaciones que la FMD recibe del Ayuntamiento, y de las subvenciones que recibe de otras entidades públicas. En definitiva, supuesto que la práctica por la Administración de precios bajo coste es apta para producir la expulsión de un competidor o competidores del mercado (o de generar una barrera de entrada significativa), su calificación como ilícito desleal o anticompetitivo no puede depender de un examen de racionalidad económica de esa conducta, porque con ella la Administración no persigue un objetivo económico sino de otra naturaleza, igualmente protegido por nuestro ordenamiento jurídico».*

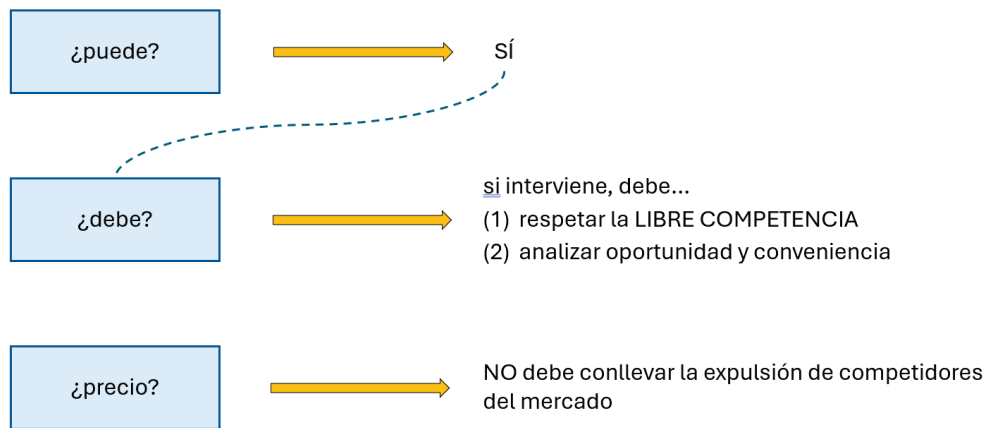
► Una posición pro-competitiva lleva a que la configuración tarifaria por parte de la entidad local no deba producir, de facto, una expulsión de competidores igualmente eficientes: con carácter general, se considerará inadecuada la oferta de los servicios a precios sensiblemente inferiores si ello puede conducir a un monopolio público o a un refuerzo de la posición del operador público en el mercado. Podría, incluso, llegar a sostenerse que, si la entidad pública goza de una posición de dominio en el mercado, está abusando de la misma.

<sup>84</sup> Resolución del TDC de 7 de noviembre de 2006, [R.673/05](#) – Deportes Valladolid.

**Servicio de tanatorio<sup>85</sup>**

«Además, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la **configuración tarifaria por medio de tasas podría presentar indicios de poder ser considerada como una imposición de precios**, que coloca a unos competidores en situación desventajosa y que podría ser susceptible de reforzar la previsible situación de posición de dominio del ayuntamiento».

► Si lo que pretende la entidad local es promover el acceso a un determinado servicio, una alternativa más respetuosa desde la perspectiva de la normativa de competencia podría ser subvencionar a las personas usuarias que tengan menor capacidad económica.



<sup>85</sup> SAP Badajoz 142/2021, de 22 de febrero, [ECLI:ES:APBA:2021:232](#).

## IV. Decálogo

**PRIMERO.-** Las entidades públicas pueden **limitar, restringir o falsear la competencia**, tanto cuando intervienen en el mercado como **oferentes** de bienes y servicios, como cuando acuden a él para **proveerse de los bienes y servicios** que les son necesarios —poderes adjudicadores— o cuando lo hacen en **ejercicio de los poderes públicos** que les han sido encomendados.

**SEGUNDO.-** Son **servicios públicos locales** aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus **competencias**. La LBRL establece una serie de servicios cuya prestación es obligatoria y, entre ellos, declara la reserva en favor de las entidades locales de ciertas actividades —servicios esenciales reservados—, que podrán ser prestados **en régimen de monopolio**, para lo cual deberán requerir un **informe a la autoridad de competencia**.

**TERCERO.-** Las entidades locales también pueden ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas —**actividades económicas de iniciativa pública**—. Para ello, deberán acreditar la **conveniencia y oportunidad** de la medida.

**CUARTO.-** Toda intervención pública en la actividad económica, en la medida en que sea apta para influir en el libre juego de la competencia, deberá respetar los parámetros de (1) **necesidad**, (2) **adecuación** y **mínima restricción competitiva**, y (3) **proporcionalidad**. Además, cuando la entidad local preste servicios en mercados en los que ya existen operadores privados deberá velar por el respeto al **principio de neutralidad competitiva**, que exige que las empresas **compitan según sus méritos** independientemente de cuál sea su propiedad o forma jurídica, y **no se beneficien de ventajas indebidas**.

**QUINTO.-** Las entidades locales, para la gestión de sus servicios, deberán recurrir a la **forma más sostenible y eficiente**, sea por gestión directa, sea por gestión indirecta. Cuando recurran a la **gestión indirecta**, las entidades locales deberán respetar el libre juego de la competencia, **evitando crear barreras** innecesarias o desproporcionadas.

**SEXTO.-** En **procedimientos de contratación pública** cuyo valor estimado sea menor al importe máximo establecido para los contratos menores, la **renuncia a la tramitación de un procedimiento con concurrencia** debe quedar **debida y suficientemente motivada** en el expediente.

**SÉPTIMO.-** Las **iniciativas normativas** de las entidades locales deberán adecuarse a los **principios de regulación económica eficiente**.

**OCTAVO.-** El diseño de las convocatorias de **ayudas públicas** debe realizarse evitando que alteren el funcionamiento eficiente de los mercados. En concreto, los **requisitos para resultar beneficiario** de las mismas deben ser objetivos y se debe respetar el principio de neutralidad competitiva.

**NOVENO.-** En el caso de que el número de **autorizaciones** sea limitado, debe instrumentarse un procedimiento para decidir qué persona resultará adjudicataria de la autorización. Así, los **criterios de valoración** deberán ser seleccionados cuidadosamente, de modo que se garantice la máxima apertura del mercado a la libre competencia.

**DÉCIMO.-** Una entidad local puede **contribuir a la consecución de un objetivo anticoncurrencial**. Ello puede llevar a que se considere acreditada su participación en calidad de **facilitadora** de una conducta anticompetitiva.