

INFORME DE REGULACIÓ

<u>Núm. Informe:</u>	IR 3/2009
<u>Norma:</u>	Avantprojecte de Llei de Finances del sector públic de la Generalitat de Catalunya
<u>Sol·licitat per:</u>	Secretaria General del Departament d'Economia i Finances
<u>Data Informe:</u>	14 de desembre de 2009

1. ANTECEDENTS

El present document constitueix l'Informe de Regulació de l'Avantprojecte de Llei de Finances del sector públic de la Generalitat de Catalunya (en endavant, Avantprojecte de Llei de Finances o l'Avantprojecte), emès per l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, ACCO), en data 14 de desembre de 2009, en base a les competències atribuïdes per la Llei 1/2009, del 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, Llei 1/2009).

L'Informe té per objecte analitzar si l'Avantprojecte de Llei de Finances introdueix alguna restricció a la competència i, si aquest és el cas, avaluar si les restriccions s'adeqüen als principis de necessitat i proporcionalitat, i a la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.

Es tracta d'un Informe *ex ante*, previ a l'entrada en vigor de la norma, sol·licitat per la Secretaria General del Departament d'Economia i Finances mitjançant un escrit registrat d'entrada a l'ACCO en data 30 de novembre de 2009.

L'Informe s'ha emès principalment en base a l'anàlisi del text de l'Avantprojecte de Llei de Finances.

2. FONAMENTS DE DRET

La Constitució Espanyola (en endavant, CE) configura un model econòmic en el qual es reconeix la llibertat d'empresa dins el marc de l'economia de mercat, atribuint als poders públics la funció de garantir i protegir el seu exercici (art. 38 CE).

El fonament econòmic radica en que la competència és un element essencial que contribueix positivament en l'assoliment d'un desenvolupament econòmic i social òptim. Efectivament, en els sectors de lliure mercat, la competència efectiva garanteix l'assignació eficient dels recursos, fomenta la productivitat dels agents econòmics i incentiva la innovació. El resultat és una millora del benestar del conjunt de la societat doncs l'eficiència productiva es trasllada al consumidor en forma de preus inferiors i d'una major varietat i qualitat dels béns o serveis oferts.

Per aquest motiu s'ha d'evitar que sigui el propi poder públic el que, a través de les seves actuacions normatives o administratives, introdueixi restriccions injustificades a la competència que perjudiquin la llibertat d'empresa i redueixin el benestar del consumidor. És a dir, el que es pretén és que s'assoleixin eficaçment els objectius que persegueix la norma, però minimitzant els efectes negatius sobre la competència.

La Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència (en endavant Llei 15/2007) defineix el contingut material del dret de la competència i té en compte el sistema plural d'organismes de la competència derivat del marc competencial de la CE. En l'àmbit català, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, del 19 de juliol (en endavant, EAC), estableix, en l'article 154, les competències de la Generalitat en l'àmbit de la promoció i defensa de la competència. El desenvolupament d'aquest precepte es troba en la Llei 1/2009, de creació de l'Autoritat Catalana de la Competència.

L'article 2.4 de la Llei 1/2009 estableix les funcions de l'ACCO. Aquestes es poden classificar en 2 grans àmbits: funcions en l'àmbit de la defensa i funcions en l'àmbit de la promoció de la competència. Les activitats de foment i promoció de la competència tenen com a objectiu promoure un entorn competitiu per al desenvolupament de les activitats econòmiques. Entre elles, figura la funció d'Informe de regulació que consisteix a informar (*ex ante* o *ex post*) sobre l'adequació de la regulació i l'actuació sectorials als principis de la lliure competència. Les observacions que suggerirà la Direcció General de l'ACCO en aquest àmbit pretenen, doncs, contribuir a millorar la qualitat de la regulació des del punt de vista de la competència.

L'elaboració del present Informe forma part, doncs, de les competències que té l'ACCO, de conformitat amb l'objecte que la pròpia Llei 1/2009 li reconeix en l'article 2.1, i de les funcions que té atribuïdes d'acord amb els articles 2.4 i 8.1.b) de la mateixa Llei 1/2009. Concretament, l'apartat primer de l'article 8.1.b) estableix que correspon al/la director/a general de l'ACCO informar, durant la tramitació, sobre els projectes de llei, els decrets o les ordres que, per llur contingut econòmic, puguin incidir, a criteri de l'òrgan impulsor de la norma, en les condicions de competència en el mercat, inclosos els obstacles i les càrregues administratives innecessàries. Aquests informes han d'ésser evacuats en el termini de quinze dies hàbils.

3. L'AVANTPROJECTE DE LLEI DE FINANCES

3.1. Marc normatiu

L'Avantprojecte de Llei de Finances deroga, en tot allò que se li oposi o sigui incompatible amb ell (disp. derogatòria 1^a), dues normes que, segons la seva exposició de motius, havien quedat obsoletes:

- (i) El Decret Legislatiu 3/2002¹, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de finances públiques de Catalunya (en endavant, DL 3/2002) i
- (ii) El Decret Legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'empresa pública catalana (en endavant, DL 2/2002)

La norma pretén, doncs, una adaptació a les noves exigències sorgides amb el pas del temps i, en particular, amb l'aprovació del nou Estatut d'Autonomia de Catalunya l'any 2006.

Així mateix, l'Avantprojecte de Llei de Finances deroga parcialment la Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives, pel que fa al pla comptable a seguir per les diferents entitats del sector públic de la Generalitat (art. 40).

Pel que fa al marc normatiu en què s'insereix l'Avantprojecte de Llei de Finances, cal esmentar principalment l'Estatut d'Autonomia de Catalunya que, en el títol VI, atribueix a la Generalitat la competència exclusiva per a ordenar i regular les seves finances (art. 211), establint els límits i les condicions per a assolir els objectius d'estabilitat pressupostària dins els principis i la normativa de l'Estat i de la Unió Europea (art. 214).

També cal tenir present la normativa comunitària sobre ajuts públics [articles 107, 108 i 109 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) - antics art. 87, 88 i 89 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea (TCE) - i la normativa que els desenvolupa].

3.2. Contingut de la norma

Sota els principis bàsics d'estabilitat pressupostària, transparència, orientació a objectius i resultats en l'assignació i gestió dels recursos públics per tal de garantir l'eficàcia i eficiència, l'Avantprojecte de Llei de Finances té per objecte regular:

- (i) Els aspectes financers de les relacions entre la Generalitat de Catalunya i les entitats en què participa de forma total o majoritària, directament o indirecta, i el marc de relacions amb les entitats públiques o privades en què la Generalitat hi participa de forma minoritària.
- (ii) Les finances del sector públic de la Generalitat de Catalunya.
- (iii) L'administració financera de la Generalitat

¹ Ara bé, mentre no s'aprovi el desplegament reglamentari del procediment subvencional i dels ajuts, queda vigent el capítol IX del DL 3/2002, en tot allò que no sigui modificat per l'Avantprojecte de Llei de Finances (disposició transitòria 5^a).

L'àmbit d'aplicació de l'Avantprojecte de Llei de Finances (art. 2) és:

- La pròpia Administració de la Generalitat.
- Els següents ens: (i) organismes autònoms, (ii) altres organismes, ens públics i entitats de qualsevol tipologia jurídica que ajustin la seva actuació de forma preferent al dret públic o aquelles en què el personal que hi presta serveis és majoritàriament funcionari o estatutari, (iii) entitats públiques empresarials i (iv) societats mercantils, consorcis i fundacions en què la participació de la Generalitat sigui majoritària².

En definitiva, es tracta de totes aquelles entitats, que estan sota el control de l'Administració de la Generalitat, i que tenen per aquesta un caràcter instrumental, independentment de la forma jurídica que tinguin.

- Quan expressament s'indiqui, l'Avantprojecte també resultarà d'aplicació a aquelles entitats que, sense integrar el sector públic de la Generalitat, estiguin classificades dins el sector Administració pública de la Generalitat d'acord amb la normativa reguladora del Sistema Europeu de Comptes nacionals i regionals (SEC).

L'Avantprojecte de Llei de Finances està estructurat en 12 títols: el títol I sobre l'objecte i àmbit d'aplicació de la Llei, el títol II sobre el règim general i marc de relacions econòmiques i financeres dins el sector públic de la Generalitat, el títol III sobre els drets i obligacions econòmiques de la Generalitat, el títol IV sobre la gestió per objectius i resultats, el títol V sobre la programació pressupostària, el títol VI sobre els pressupostos anuals, el títol VII sobre la comptabilitat, el títol VIII sobre el control econòmic i financer, el títol IX sobre endeutament i avals, el títol X sobre la tresoreria, el títol XI sobre les subvencions i ajuts de la Generalitat de Catalunya i el títol XII sobre les responsabilitats.

Per últim, comentar que encara que l'Avantprojecte de Llei de Finances deroga el DL 3/2002, la disposició transitòria cinquena disposa que, mentre no s'aprovi el desplegament reglamentari del procediment subvencional i dels ajuts, continuen vigents aquells preceptes del Capítol IX del DL 3/2002, en tot allò que no sigui modificat per l'Avantprojecte.

4. AVALUACIÓ DE L'IMPACTE COMPETITIU DE LA NORMA (AIC)

4.1. Metodologia

L'anàlisi de competència que s'exposa a continuació s'ha realitzat sobre la base dels principis bàsics internacionalment acceptats per a establir una regulació eficient i afavoridora de la competència:

- (1) Principi de necessitat i proporcionalitat (justificació de la restricció)³

² La participació majoritària pot resultar tant de la participació directa de la Generalitat com de la participació indirecta, a través d'altres entitats ja dependents d'aquesta. Es considera participació majoritària la participació en un percentatge superior al 50% del seu capital o bé disposar de la majoria dels drets de vot en els seus òrgans de govern.

³ El principi de necessitat implica que tota norma que introdueixi restriccions a la competència ha de venir precedida d'una definició dels seus objectius i d'una clara justificació de la introducció de les restriccions (existència d'una relació de causalitat entre la restricció a la competència i la consecució de l'objectiu).

- (2) Principi de mínima distorsió (justificació dels instruments utilitzats)⁴
- (3) Principi d'eficàcia⁵
- (4) Principi de transparència⁶
- (5) Principi de predictibilitat⁷

L'ACCO ha assumit aquests principis com a orientadors de la seva actuació en l'elaboració d'Informes de regulació i els ha incorporat en la seva Metodologia per Avaluar l'Impacte Competitiu de les normes (AIC)⁸.

En funció del contingut de la norma, l'avaluació del seu impacte sobre la competència presentarà modalitats diferents:

- Si es tracta d'una norma que regula un sector d'activitat determinat, la Metodologia per avaluar l'impacte competitiu (en endavant, AIC) consta, bàsicament, de tres etapes:
 - (i) Identificar les principals restriccions a la competència que conté la norma.
 - (ii) Analitzar si les restriccions anticompetitives introduïdes estan justificades pels objectius que la norma persegueix, segons els principis de necessitat i proporcionalitat, i la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.
 - (iii) En cas que les restriccions estiguin justificades, comprovar, aplicant el principi de mínima distorsió, que no existeixen alternatives menys restrictives de la competència que permetin assolir l'objectiu desitjat.

Un cop acreditada l'existència d'una restricció a la competència en el punt (i), la no superació de les etapes (ii) i/o (iii) comporta la recomanació, per part de l'ACCO, de no establir o bé de suprimir aquella restricció. L'objectiu final és, doncs, evitar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament dels mercats, obtenint una regulació més eficient des del punt de vista de la competència, sense renunciar a les finalitats públiques perseguides per la norma.

El principi de proporcionalitat pretén evitar que els instruments en que es materialitza la restricció suposin només una millora relativa o marginal en termes de benestar social però que, al mateix temps, generin un dany greu en aquest degut a les importants restriccions a l'activitat econòmica que imposen.

⁴ El principi de mínima distorsió implica que, entre els instruments possibles per a assolir un objectiu determinat, s'ha d'escollir aquell que suposi la mínima afectació negativa a la competència.

⁵ El principi d'eficàcia suposa la capacitat de la norma d'assolir els objectius o efectes que es desitja.

⁶ El principi de transparència implica l'existència de transparència i claredat en el marc normatiu, en el procés d'elaboració de les normes i en la seva execució.

⁷ El principi de predictibilitat comporta oferir els operadors un marc estable i sòlid, sense incerteses, que els proporcioni seguretat jurídica.

⁸ Es tracta de la Metodologia d'Avaluació de l'Impacte Competitiu de les normes que l'ACCO aplica, principalment en l'elaboració dels Informes de Regulació, sens perjudici que també la pugui aplicar en els informes que realitzi sobre l'actuació de les administracions públiques. Properament es farà pública.

- Si es tracta d'una norma que no regula un sector d'activitat determinat, sinó que té altres tipus de continguts, la incidència sobre la competència pot ser indirecta, en el sentit que les restriccions a la competència es podran produir en els actes o actuacions concretes realitzades en aplicació de la norma analitzada. En aquest cas, l'anàlisi serà més global i indicarà com es pot vincular el contingut de la norma analitzada amb els efectes que es poden produir en el funcionament competitiu del mercat.

Aquest és el cas de l'Avantprojecte de Llei de Finances, que no regula un sector d'activitat, però que té, de forma indirecta, una incidència en el funcionament competitiu dels mercats, tal com veurem més endavant.

4.2. Observacions generals des de l'òptica de la competència

Tal i com s'ha comentat, l'Avantprojecte de Llei de Finances no regula cap sector d'activitat. Però regula, entre d'altres, dos àmbits que poden tenir una incidència en el funcionament competitiu dels mercats: (i) els aspectes financers de les relacions entre la Generalitat de Catalunya i les entitats del sector públic empresarial en què aquesta participa i (ii) el règim de les subvencions i ajuts de la Generalitat de Catalunya.

4.2.1. Sobre els aspectes financers de les relacions entre la Generalitat de Catalunya i les entitats del sector públic empresarial en què aquesta participa

L'Avantprojecte de Llei de Finances regula determinats aspectes econòmics i financers del sector públic empresarial de la Generalitat. La forma en què es regulin aquests aspectes pot tenir, de forma indirecta, conseqüències en les condicions en què les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat⁹ operen en sectors no reservats, en els que competeixen amb operadors privats, en el sentit que aquestes condicions poden ser més avantatjoses.

(a) El Principi d'igualtat de condicions

Els operadors públics i privats poden coexistir en un mateix mercat. Ara bé, ho han de fer complint amb el principi d'igualtat de condicions¹⁰ que suposa que, en aquests sectors no reservats al sector públic, en què les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat i les empreses privades competeixen, el marc legal ha de garantir que ho facin en igualtat de condicions, sotmeses a les mateixes regles de competència, amb l'objectiu d'evitar distorsions en el funcionament del mercat.

Es tracta d'un requisit de neutralitat que ha de complir la Generalitat de Catalunya, pel que fa al seu sector públic empresarial, justament quan actua en sectors no reservats als poders públics. En efecte, el correcte funcionament del mercat exigeix la supressió d'avantatges i privilegis que puguin aconseguir aquests operadors públics, a través de mitjans aliens als propis mecanismes de mercat. Aquest Principi de neutralitat va començar a ser invocat a partir de l'entrada d'Espanya a la Comunitat Europea (bàsicament el Principi de neutralitat o

⁹ Pel terme "entitats del sector públic empresarial" de la Generalitat ens referim als operadors públics en el sentit més ampli del terme, independentment de la seva forma jurídica.

¹⁰ En anglès, Principi de "level-playing field". Vegeu, en aquest sentit, la publicació de l'OCDE, *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned enterprises* (2005).

igualtat financera, que formaria part d'un principi més ampli de neutralitat en l'aplicació de les regles de competir en el mercat comú).

Per tant, l'actuació de les entitats del sector públic empresarial, en aquells sectors no reservats al sector públic, han de respectar dues condicions: (i) l'activitat que despleguen ha de perseguir un interès general (condició aplicable en el moment de la seva constitució) i (ii) han d'estar sotmeses a les mateixes regles de la competència que els operadors privats que operen en el mercat en qüestió (condició que s'aplica al llarg de tota la seva activitat).

Així mateix, també volem recordar que, quan l'Administració actua com operador econòmic en concurrència amb altres operadors privats, se li aplica, independentment del seu caràcter públic i de la seva forma jurídica, la normativa de defensa de la competència relativa a la prohibició de les conductes restrictives. Per tant, en la seva actuació com a operadors econòmics, les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat hauran d'actuar sense incórrer en les infraccions tipificades com a conductes prohibides en la normativa de defensa de la competència (la Llei 15/2007).

(b) El Principi d'igualtat financera

Dins el Principi d'igualtat de condicions de competència entre operadors públics i privats, es troba el Principi d'igualtat financera, que suposa que la participació en el mercat de les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat es produeixi en condicions d'igualtat financera amb les empreses privades.

Ara bé, els pressupostos públics tenen una capacitat de generar recursos molt superiors als que normalment disposa la iniciativa privada, que poden permetre mantenir projectes empresarials no rendibles, en unes condicions que no serien suportables per a un inversor privat¹¹. La clau està, doncs, en determinar quin tipus d'injeccions de recursos econòmics, procedents del sector públic, són acceptables des del punt de vista d'un inversor privat en una economia de mercat¹². És a dir, quin tipus de "suports financers" trenquen la igualtat de condicions d'actuació en el mercat dels operadors públics i privats en relació, per exemple, a les aportacions de capital, a les garanties, als préstecs o a les inversions.

Justament per controlar les aportacions financeres anticoncurrencials està la normativa sobre la transparència de les relacions financeres entre els estats membres i les empreses públiques, present a la Directiva 2006/111/CE, de la Comissió, de 16 de novembre de 2006, transposada a l'ordenament jurídic espanyol per la Llei 4/2007, de 3 d'abril, de transparència de les relacions financeres entre les administracions públiques i les empreses públiques i de transparència financera de determinades empreses. Aquesta llei té per objecte garantir la

¹¹ La Comissió Europea va començar a preocupar-se ja als anys 80 sobre el problema de les relacions financeres entre els Estats membres i les empreses públiques. En aquest context va sorgir la Directiva 80/723 sobre la transparència d'aquestes relacions. Des del 1981, el Consell Europeu utilitza el principi de l'inversor en una economia de mercat com a paràmetre per examinar la legalitat dels ajuts financers que legítimament poden donar els Estats membres a les seves empreses.

¹² Un inversor privat pot decidir injectar nou capital per assegurar la supervivència d'una empresa que té dificultats temporals doncs, un cop superada la crisi, l'empresa pot tornar a ser rendible. Així mateix, una empresa matriu pot assumir les pèrdues d'una filial per diferents motius (imatge del grup, per reorientar les seves activitats, etc.). Ara bé, quan les noves injeccions de capital públic no van lligades a cap possibilitat de rendibilitat, inclús a llarg termini, aquestes injeccions de capital haurien de ser considerades, en principi, com a ajuts públics.

transparència de les relacions financeres entre les administracions públiques (ja siguin estatals, autonòmiques o locals) i les empreses públiques.

(c) Els Principis de Govern Corporatiu

Tal i com s'ha comentat, els poders públics no haurien de distorsionar la competència a l'utilitzar el seu poder regulatori, sinó que haurien d'establir un marc legal del Govern Corporatiu compatible amb els principis de l'OCDE [*OECD Principles of Corporate Governance* (2004)]¹³.

Les recomanacions que l'OCDE¹⁴ realitza per assegurar un marc regulatori efectiu, que respecti el Principi d'igualtat de condicions anteriorment esmentat, són:

- (i) Hi hauria d'haver una clara separació entre les responsabilitats de l'Estat com a titular d'entitats del sector públic empresarial i les altres funcions que aquest pugui tenir, que puguin influir en les condicions amb què operen aquestes entitats públiques, en particular, en relació amb la regulació dels mercats. Aquest és un requisit fonamental per a garantir que els operadors públics i privats intervinguin en igualtat de condicions i evitar, en conseqüència, distorsions a la competència.
- (ii) Les entitats del sector públic empresarial no haurien de quedar exemptes de l'aplicació del marc normatiu (per exemple, la normativa de defensa dels consumidors i usuaris o la normativa de defensa de la competència) quan actuen com a prestadores de béns o serveis, en sectors no reservats. Se'ls hauria d'aplicar la normativa en les mateixes condicions que als operadors privats, precisament amb l'objectiu d'evitar distorsions en el funcionament competitiu dels mercats.
- (iii) Les entitats del sector públic empresarial haurien de tenir condicions competitives pel que fa a l'accés al finançament. És a dir, les entitats bancàries i financeres públiques haurien de donar finançament a les entitats del sector públic empresarial en els mateixos termes i condicions en què ho fan a les empreses privades. Per tant, les relacions entre aquestes entitats i les entitats bancàries i financeres amb participació

¹³ Els principis de Govern Corporatiu de l'OCDE tenen com a objectiu garantir un marc pel govern corporatiu que: (1) promogui la transparència i l'eficàcia dels mercats, que sigui coherent amb el règim legal, i que articuli de forma clara el repartiment de responsabilitats entre les diferents autoritats supervidores, reguladores i executores, (2) empari i faciliti l'exercici dels drets dels accionistes, (3) garanteixi un tracte equitatiu a tots els accionistes, inclosos els minoritaris i els estrangers, (4) reconegui els drets de les parts interessades, establertes per llei o a través d'acords mutus, fomenti la cooperació activa entre societats i parts interessades per crear riquesa i ocupació, i faciliti la sostenibilitat d'empreses sanes des del punt de vista financer, (5) garanteixi la divulgació de dades i transparència, en el sentit de revelar totes les qüestions materials relatives a la societat, inclosa la situació financera, els resultats, la titularitat i la direcció de l'empresa (aquest principi sembla que ha estat desenvolupat, al menys parcialment, a nivell estatal, en el Reial Decret 1373/2009, de 28 d'agost, pel que s'aprova el Reglament General de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, del Patrimoni de les Administracions Públiques que, entre d'altres aspectes, obliga les empreses públiques a observar un codi de conducta i de bones pràctiques i a fer públiques, a internet, els seus comptes anuals pel que fa a la seva activitat econòmica que no tingui caràcter de reservada, així com a mostrar la composició dels seus òrgans de direcció), i (6) garanteixi l'orientació estratègica de l'empresa, el control efectiu de la direcció executiva per part del Consell i la responsabilitat d'aquest davant l'empresa i els accionistes.

¹⁴ OCDE. *OECD Guidelines on corporate governance of state-owned enterprises* (2005).

pública, així com amb altres empreses participades per l'administració, haurien d'estar basades només en aspectes comercials¹⁵.

- (iv) Els governs han d'intentar simplificar i modernitzar les pràctiques operacionals i les formes legals amb les quals les entitats del sector públic empresarial operen. Les formes legals han de permetre que els creditors puguin presentar queixes i reclamar en cas d'insolvència. Així mateix, cal incrementar la transparència i evitar formes legals específiques quan no sigui absolutament necessari pels objectius de l'entitat.
- (v) Qualsevol obligació i/o responsabilitat que una entitat pública empresarial hagi d'assumir pel que fa al servei públic, més enllà de les normes generalment acceptades, hauria de ser expressament especificada, feta pública, i els costos relacionats haurien de ser coberts de manera transparent. Això és especialment important quan aquestes entitats públiques operen en sectors de l'economia on existeix lliure competència.
- (vi) El marc legal hauria de ser suficientment flexible per permetre realitzar reajustaments de capital en les entitats del sector públic empresarial, en cas que siguin necessaris per assolir els objectius de la companyia.

4.2.2. Sobre el règim de les subvencions i ajuts de la Generalitat de Catalunya

L'Avantprojecte de Llei de Finances regula una forma d'intervenció pública en el mercat com és el règim de subvencions i ajuts de la Generalitat de Catalunya.

Les subvencions són una activitat de foment de l'administració adreçada a assolir, mitjançant tècniques indirectes i no imperatives, una interrelació de l'activitat dels operadors del mercat amb els fins i objectius d'interès general fixats per l'administració pública. En el context de la Unió Europea les subvencions queden englobades en el concepte d'"ajuts", que és l'expressió dels articles 107 i 108 del TFUE (antics 87 i 88 del TCE), des del punt de vista de la protecció de la lliure competència en el mercat comú.

Aquesta intervenció pública pot tenir com a destinataris operadors públics o privats. A continuació es realitzen una sèrie de consideracions sobre aquest aspecte des de l'òptica de la competència.

(a) Els ajuts públics com a forma d'intervenció pública en l'economia que altera les condicions de competència en els mercats

L'atorgament d'ajuts públics¹⁶, per part d'una administració, constitueix una forma d'intervenció pública en l'economia que altera el funcionament competitiu dels mercats. Evidentment, existeixen molts casos en què la concessió d'ajuts públics és una resposta necessària i proporcionada davant fallades del mercat, o quan es volen assolir determinats

¹⁵ En aquest sentit, poden sorgir conflictes d'interessos si es comparteixen membres dels Consells d'administració entre les entitats del sector públic empresarial i les institucions financeres públiques.

¹⁶ El concepte d'ajut públic parteix del Tractat de la Comunitat Europea (TCE), concretament del que estableixen els articles 87, 88 i 89 d'aquest (ara, articles 107, 108 i 109 TFUE -Tractat de Lisboa-). Concretament, l'article 87 TCE (ara, article 107 TFUE) preveu que seran incompatibles amb el mercat interior, en la mesura en què afectin els intercanvis comercials entre Estats membres, els ajuts atorgats pels Estats, o mitjançant fons estatals, que falsegin o amenacin en falsejar la competència, afavorint a determinades empreses o produccions.

objectius socials. Ara bé, altres vegades, aquests ajuts no afavoreixen l'interès general pretès, sinó que el perjudiquen, afectant negativament el joc competitiu del mercat i l'eficiència.

Per aquest motiu, són necessàries les avaluacions prèvies dels règims d'ajuts, per evitar formes injustificades i no proporcionades d'intervencionisme, per part dels poders públics, que puguin conduir a una reducció de la competitivitat de les empreses, afectar negativament l'economia i, en últim terme, tenir conseqüències negatives pels consumidors.

Caldrà realitzar, doncs, una anàlisi de sospesament o balança entre els efectes positius i els negatius dels ajuts públics. Aquells ajuts que lesionin la competència efectiva en els mercats de manera injustificada i desproporcionada en relació amb l'objectiu pretès, hauran de ser redissenyats o bé suprimits. Pel contrari, aquells ajuts ben definits i equilibrats seran un instrument útil per contribuir al creixement de l'economia i a la creació d'ocupació.

(b) Metodologia d'anàlisi de l'impacte competitiu dels ajuts públics

L'anàlisi de l'impacte competitiu dels ajuts públics radica en la comparació dels avantatges i dels perjudicis que aquests poden comportar no només per a les empreses receptores dels ajuts, sinó pels mercats en què operen els beneficiaris, així com per a l'economia en general. Això comporta una anàlisi cost-benefici que ha de seguir determinats principis de racionalitat econòmica.

El procediment per analitzar els ajuts públics consta d'una sèrie de fases:

- 1ª) Identificar l'existència d'un ajut públic en base als requisits establerts per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea¹⁷.
- 2ª) Determinar si l'ajut pertany a una de les categories que es consideren compatibles de forma automàtica amb el mercat comú.
- 3ª) En cas que l'ajut no estigui entre les categories automàticament compatibles, caldria avaluar els seus efectes. Aquesta anàlisi econòmica comporta l'avaluació dels efectes de l'ajut a través de la prova de sospesament o "balancing test". La prova de sospesament compara l'impacte positiu de l'ajut (capacitat per assolir un objectiu d'interès comú) amb els potencials efectes negatius del mateix (entre d'altres, les distorsions a la competència).

Per realitzar la prova de sospesament caldrà, doncs:

- 1r) Identificar la finalitat de l'ajut - Es tracta d'identificar quina és la fallada de mercat¹⁸ que la mesura pretén solucionar o quins altres objectius d'interès comú persegueix l'ajut¹⁹.

¹⁷ Un dels elements a considerar és l'apreciació de l'avantatge econòmic pel receptor: el principi de l'inversor en l'economia de mercat. Suposa avaluar quan un determinat acord financer adoptat entre un Estat i un tercer podria haver estat acceptable per a un inversor privat analitzant la rendibilitat esperada de l'acció pública. Si resulta que les condicions del projecte sotmès a ajuda no són suficientment atractives perquè un operador privat les realitzi – donada la seva rendibilitat esperada -, llavors es considera que l'operació en qüestió comporta un avantatge econòmic pel destinatari i, per tant, podria existir un ajut d'Estat.

2n) Justificar l'ajut com a instrument - Caldrà constatar:

- (i) Que no existeixin altres instruments més adients per afrontar el problema.
- (ii) Que l'ajut tingui un "efecte incentivador" en el sentit de que sigui capaç de modificar el comportament de les empreses destinatàries de l'ajut.
- (iii) Que l'import de l'ajut sigui el mínim imprescindible per assolir l'objectiu perseguit.

3r) Ponderar els beneficis de l'ajut en relació als perjudicis sobre la competència que comporta - Les preguntes que caldria fer-se són:

- (i) Quin és el perjudici a la competència derivat de l'aplicació de l'ajut? - Qualsevol ajut, en tant que canvia l'equilibri competitiu existent en el mercat, té un efecte sobre la competència. Caldrà avaluar, doncs, si els efectes negatius de l'ajut en el funcionament del mercat són significatius²⁰.

Algunes de les distorsions a la competència causades pels ajuts públics són:

- (i) reducció de la competència efectiva a l'afavorir-se la producció ineficient,
- (ii) reducció de la competència efectiva a l'incrementar-se el poder de mercat d'alguna o varies empreses, (iii) reducció de la competència dinàmica, i (iv) en cas d'ajuts que afecten al comerç comunitari, distorsions de les decisions de producció i ubicació d'empreses entre Estats Membres.

- (ii) Resulta positiu el balanç entre els beneficis de l'ajut i els perjudicis a la competència causats? - Un cop analitzats els possibles perjudicis a la competència de l'ajut, caldria fer el balanç entre el benefici de l'ajut i els perjudicis causats, i veure si els primers (beneficis) són superiors.

En definitiva, l'ajut públic només hauria d'utilitzar-se quan (i) constitueixi un instrument adient per assolir un objectiu ben definit, (ii) sigui capaç de crear els incentius correctes, (iii) sigui proporcional i (iv) falsegi la competència el mínim possible.

Els principis que ha de complir una regulació eficient i afavoridora de la competència, que hem esmentat en l'apartat 4.1 d'aquest Informe (necessitat i proporcionalitat, mínima

¹⁸ Les principals fallades de mercat que poden motivar l'atorgament d'un ajut públic són l'existència d'externalitats (negatives o positives) i la informació asimètrica. Una externalitat és el benefici (externalitat positiva) o cost (externalitat negativa) que imposen les accions d'un operador a tercers que no participen en l'activitat o transacció en qüestió. La informació asimètrica es produeix quan els agents participants en una transacció tenen diferent informació sobre les variables rellevants en la presa de decisió (preus, condicions comercials, etc.).

¹⁹ Encara que no existeixi cap fallada de mercat, les administracions poden decidir intervenir en els mercats, per exemple, amb fins redistributius, per assolir assignacions més equitatives (p.ex. els ajuts socials o regionals).

²⁰ Entre els elements que tenen un paper més important en els efectes negatius a la competència que es puguin causar, cal destacar: (i) aspectes relatius al disseny del procediment de concessió de l'ajut (p.ex. grau de selectivitat dels beneficiaris de l'ajut, grau de transparència del procediment, possible discriminació respecte alguna tipologia d'operadors, etc.), (ii) les característiques del mercat en qüestió (dimensió dels operadors, barreres d'entrada, grau de diferenciació del producte, característiques del joc competitiu, etc.) i (iii) l'import i el tipus d'ajut (caràcter periòdic o no, durada, si és un ajut destinat a aspectes operatius o bé a inversions, forma concreta de l'ajut, etc.).

distorsió, eficàcia, transparència i predictibilitat), es poden aplicar també a l'actuació de les administracions públiques i, dins d'aquesta, a l'àmbit dels ajuts públics. La prova de sospesament, que s'acaba de descriure, ve a ser una aplicació particular, al camp dels ajuts públics, dels principis esmentats així com de la metodologia d'Avaluació de l'Impacte Competitiu exposada en l'apartat 4.1.

(c) El paper de les Autoritats de Competència en matèria d'ajuts públics

La nova Llei de Defensa de la Competència (la Llei 15/2007) i el seu Reglament de desenvolupament, el Reial Decret 261/2008, de 22 de febrer, pel que s'aprova el Reglament de Defensa de la Competència (en endavant, RD 261/2008) reforcen considerablement el paper en matèria d'ajuts públics tant de la Comissió Nacional de Defensa de la Competència (en endavant, CNC) com de les Autoritats de Defensa de la Competència Autònòmiques. La nova regulació sobre ajuts es troba en l'article 11 de la Llei 15/2007 i en els articles 7 i 8 del RD 261/2008.

La Llei 15/2007 permet a la CNC emetre informes sobre els règims d'ajuts i els ajuts individuals, així com adreçar recomanacions a les Administracions Públiques amb l'objectiu de mantenir la competència efectiva en els mercats. En aquest sentit:

- L'article 11.1 de la Llei 15/2007 disposa que *“la Comissió Nacional de la Competència, d'ofici o a instància de les Administracions Públiques, podrà analitzar els criteris de concessió dels ajuts públics en relació als seus possibles efectes sobre el manteniment de la competència efectiva en els mercats”*.

L'article 7.3 del Real Decret 261/2008 inclou, entre els elements a considerar, els aspectes tant jurídics com econòmics de l'instrument utilitzat i, en particular, la *“prova de sospesament de l'ajut, que analitzarà els aspectes positius i negatius de la seva concessió, entre ells l'adequació de l'instrument utilitzat, el seu efecte incentivador o la necessitat i proporcionalitat del mateix”*.

- L'article 11.2 de la Llei 15/2007 preveu que la CNC emetrà un informe anual sobre els ajuts públics concedits a Espanya, que tindrà caràcter públic en els termes previstos en l'article 27.3b) de la mateixa Llei.
- L'article 11.5 de la Llei 15/2007 disposa que *“Els òrgans de Defensa de la Competència de les Comunitats Autònomes podran elaborar, igualment, informes sobre els ajuts públics concedits per les Administracions autonòmiques o locals en el seu respectiu àmbit territorial, als efectes previstos en l'apartat 1 d'aquest article. Aquestes informes es remetran a la Comissió Nacional de la Competència als efectes de la seva incorporació a l'informe anual. Tot això s'entén sense perjudici de les funcions en aquest àmbit de la Comissió Nacional de la Competència.”*

Pel que fa a l'àmbit català, la Llei 1/2009, del 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència, preveu:

- Que, amb relació a les funcions d'informe de regulació, és una funció del director/a general informar, en els termes establerts per la normativa de competència aplicable, dels efectes que sobre la competència tenen els ajuts

públics atorgats a empreses per les administracions públiques de Catalunya (art. 8.1.b cinquena).

- Que es pugui proposar al Tribunal Català de Defensa de la Competència recomanacions amb relació als estudis i els informes sobre ajuts públics (art. 8.1.c tercera, en relació amb l'article 10.1 de la Llei 1/2009).

Per tant, les facultats de l'ACCO en matèria d'ajuts públics se centren en l'àmbit de les funcions d'informe, que són potestatives. La vocació de l'ACCO és realitzar només anàlisis puntuals, no sistemàtiques, de certes tipologies d'ajuts públics concedits per les administracions públiques catalanes. L'anàlisi dels ajuts públics que pot realitzar l'ACCO té com a objectiu garantir (i) que existeixi una justificació raonable de la necessitat de l'ajut públic, (ii) que es porti a terme a través dels instruments adients, i mitjançant actuacions proporcionades i eficaces i (iii) que suposi la mínima distorsió a la competència possible.

Per últim, cal recordar que la Llei 1/2009 preveu que els estudis i els informes emesos per l'ACCO es fan públics en el termini màxim de quaranta-cinc dies d'ençà que han estat lliurats al Govern (art. 14 sobre la publicitat de les actuacions de l'ACCO). Així mateix, tota persona natural o jurídica, en els termes establerts per la normativa reguladora de la defensa de la competència, té el deure de col·laborar amb l'ACCO (art. 20.3).

4.3. Propostes concretes de modificació de l'Avantprojecte de Llei de Finances des de l'òptica de la competència

A continuació s'esmenten les propostes concretes de modificació de la norma analitzada.

(a) Menció del Principi d'igualtat de condicions financeres

Per les raons esmentades en el capítol 4.2.1, l'ACCO creu que la menció a aquest Principi d'igualtat de condicions financeres, que suposa que la participació en el mercat de les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat es produeixi en condicions d'igualtat financera amb les empreses privades, hauria d'estar:

- (i) A l'exposició de motius de l'Avantprojecte de Llei de Finances i
- (ii) A l'article 7 de l'Avantprojecte relatiu als Principis generals del marc de relacions econòmiques i financeres entre l'Administració de la Generalitat de Catalunya i la resta d'entitats del seu sector públic.

(b) Inclusió de l'Avaluació de l'impacte competitiu de la norma entre els aspectes econòmics i financers de l'Avaluació d'impacte regulatori (esmentada a l'article 33.2 de l'Avantprojecte de Llei de Finances)

L'article 33.2 de l'Avantprojecte de Llei de Finances estableix que *“amb caràcter previ a l'aprovació d'una disposició de caràcter general, l'òrgan promotor de la mateixa efectuarà una avaluació d'impacte regulatori que inclourà necessàriament els aspectes econòmics i financers que estableixi el departament competent en matèria de finances”*.

L'ACCO és del parer que, en aquest article, caldria esmentar que els aspectes econòmics i financers inclouen una avaluació de l'impacte competitiu de la norma. La redacció que es proposa seria:

“...una avaluació d'impacte regulatori que inclourà necessàriament els aspectes econòmics i financers que estableixi el departament competent en matèria de finances, entre els quals figurarà l'avaluació de l'impacte competitiu de la norma. (subratllat, el text addicional proposat)

(c) Menció del respecte al Principi de mínima distorsió al funcionament competitiu del mercat, entre els principis generals establerts per a l'atorgament de subvencions i ajuts, a través de la realització d'una anàlisi econòmica que avalui l'impacte competitiu del règim de subvencions i ajuts dissenyat (art. 141 de l'Avantprojecte de Llei de Finances)

L'article 141 de l'Avantprojecte de Llei de Finances fa referència als principis generals i als requisits establerts per a l'atorgament de les subvencions i els ajuts.

L'ACCO és del parer que, en l'apartat primer d'aquest article de l'Avantprojecte, caldria fer menció expressa al respecte al Principi de mínima distorsió al funcionament competitiu del mercat, a través de la realització d'una anàlisi econòmica que avalui l'impacte competitiu del règim de subvencions i ajuts dissenyat.

Efectivament, respectar el Principi de mínima distorsió suposa haver portat a terme una anàlisi econòmica sobre l'impacte competitiu del règim d'ajuts proposat, com la que s'ha exposat en l'apartat 4.2.2.b del present Informe, que avalui els beneficis de la mesura i els possibles efectes negatius sobre la competència, de manera que es garanteixi que l'afectació negativa al funcionament competitiu del mercat sigui la mínima possible.

De fet, la normativa estatal sobre la matèria, la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions fa referència a aquest principi en l'article 8, en el qual estableix que, quan els objectius que es pretenen aconseguir amb les subvencions afectin el mercat, els seus efectes han de ser mínimament distorsionadors.

(d) Menció de l'ACCO com a òrgan d'informe en matèria d'ajuts públics, derivat de les competències atorgades per la Llei 15/2007 i la Llei 1/2009 (art. 142 de l'Avantprojecte de Llei de Finances)

L'article 142 de l'Avantprojecte de Llei de Finances relaciona els òrgans competents per a la concessió, la gestió i el control de subvencions i ajuts.

L'ACCO és del parer que, en aquest article, caldria incorporar, en un nou apartat, l'ACCO com a òrgan que té competències d'informe en matèria d'ajuts públics (vegeu, en aquest sentit, l'exposició realitzada en l'apartat 4.2.2.c del present Informe). La redacció que es proposa seria:

“En els termes previstos a la normativa de defensa de la competència aplicable, l'ACCO és un organisme que pot informar dels efectes sobre la competència que tenen els ajuts públics atorgats per les administracions públiques de Catalunya.”

(e) Menció de l'ACCO com a òrgan al qual el beneficiari de la subvenció li ha de facilitar tota la informació que li sigui requerida (art. 146 de l'Avantprojecte de Llei de Finances)

Donades les competències de l'ACCO en matèria d'ajuts públics, esmentades anteriorment, l'ACCO hauria de figurar entre els possibles òrgans perceptors d'informació per part dels beneficiaris de les subvencions. En aquest sentit, es proposa la següent redacció de l'article 146 h):

"l'obligació del beneficiari a facilitar tota la informació que li sigui requerida pels òrgans gestors de la subvenció, la Intervenció General, la Sindicatura de Comptes, altres òrgans de control, o l'Autoritat Catalana de la Competència". (subratllat, el text adicional proposat)

4.4. Aspectes de l'Avantprojecte de Llei de Finances a destacar positivament des del punt de vista de la competència

Com a aspectes de l'Avantprojecte de Llei de Finances que l'ACCO valora positivament, des del punt de vista de la competència, cal esmentar:

- (i) El sistema de gestió per objectius i resultats que estableix el títol IV de l'Avantprojecte de Llei de Finances. I, concretament, l'assignació pressupostària als diferents centres gestors de despesa i entitats del sector públic empresarial de la Generalitat tenint en compte, entre d'altres factors, el nivell de compliment dels objectius establerts prèviament (art. 31.1 de l'Avantprojecte de Llei de Finances en relació amb l'article 33).

Aquesta nova previsió suposa, en certa forma, la introducció de la variable "competència" en l'assignació de recursos públics, incentivant els agents al compliment dels objectius fixats prèviament ("els millors rebran més recursos").

Tenint en compte que el conjunt de la despesa consolidada del sector públic de la Generalitat representa aprox. el 18,7% del PIB de Catalunya²¹, una millora del seu nivell d'eficàcia i eficiència pot contribuir de forma important tant a l'increment de la competitivitat de l'economia catalana com a la millora dels serveis públics que s'ofereixen als ciutadans.

- (ii) La previsió de l'article 149.5 de l'Avantprojecte de Llei de Finances relativa a que, amb caràcter previ a la concessió d'una subvenció o ajut de forma directa, ha d'haver una proposta motivada de la impossibilitat de promoure la concurrència del secretari/a general, de l'òrgan competent del departament, o bé de l'òrgan assimilat en l'estructura de les entitats.

²¹ Segons dades de la Memòria econòmica de l'Avantprojecte de Llei de Finances, de data 28 de juliol de 2009.

5. CONCLUSIONS

En definitiva, l'ACCO considera que l'Avantprojecte de Llei de Finances, tot i que no és una norma que regula un sector d'activitat, regula aspectes que poden tenir, de forma indirecta, una incidència en el funcionament competitiu dels mercats. Concretament, ens estem referint a (i) els aspectes financers de les relacions entre la Generalitat de Catalunya i les entitats del sector públic empresarial en què aquesta participa i (ii) el règim de les subvencions i ajuts de la Generalitat de Catalunya.

Pel que fa a la primera qüestió, caldria que l'Avantprojecte incorporés el respecte al Principi d'igualtat de condicions financeres de les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat quan actuen en sectors no reservats, en què competeixen amb operadors privats. Això suposa que la participació en el mercat de les entitats del sector públic empresarial de la Generalitat es produeixi en condicions d'igualtat financera amb les empreses privades.

En segon lloc, caldria tenir present, entre els principis generals establerts per a l'atorgament de subvencions i ajuts, el Principi de mínima distorsió al funcionament competitiu del mercat. Aquest principi suposa que, en el disseny del règim de subvencions i ajuts, caldria realitzar una anàlisi econòmica de l'impacte competitiu de les mesures proposades, com la que s'ha descrit en l'apartat 4.2.2.b del present Informe, que avaluï els beneficis de la mesura i els possibles efectes negatius sobre la competència, de manera que es garanteixi que l'afectació negativa al funcionament competitiu del mercat sigui la mínima possible.

Donat que l'Avantprojecte és una norma instrumental, adreçada a les diferents unitats directives de la Generalitat de Catalunya, l'ACCO creu que és important que s'incorporin les referències que s'acaben d'esmentar en aquesta norma, amb rang de llei, justament per evitar que les normes de desenvolupament posterior, o les actuacions que se'n derivin, puguin tenir restriccions injustificades a la competència.

Per últim, caldria incorporar a l'Avantprojecte de Llei de Finances les referències corresponents a la facultat d'informe sobre ajuts públics que té l'ACCO, atorgada per la Llei 15/2007 i la Llei 1/2009. Aquesta facultat suposa la possibilitat d'emetre puntualment, i potestativament, informes sobre certs ajuts públics.

Barcelona, 14 de desembre de 2009