

**INFORME DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN SOBRE LA
PROPUESTA DE CAMBIAR EL MODO DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE RECOGIDA DE RESIDUOS EN
EL MUNICIPIO DE VILLAMAYOR DE GÁLLEGO**

INF/03/2021

Pleno

Presidente:

D. Ángel Luis Monge Gil

Vocales:

D. José Luis Buendía Sierra

D^a. Cristina Fernández Fernández

D. Javier Nieto Avellaned

D. Fernando Sanz Gracia

Letrada:

Isabel Caudevilla Lafuente

Secretario:

Daniel Bernal Márquez

En Zaragoza, a 3 de febrero de 2022.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y siendo ponente D. José Luis Buendía Sierra, ha examinado la solicitud de Informe del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego y la documentación obrante en el expediente, sobre la propuesta de cambiar el modo de gestión del servicio de recogida de residuos en dicho municipio, pasando de su gestión indirecta - a través de una empresa privada seleccionada por concurso - a una gestión directa - a través de una encomienda a la Mancomunidad Ribera

Izquierda del Ebro (en adelante, la Mancomunidad). Dicha “remunicipalización” requiere a su vez el previo establecimiento de un régimen de monopolio sobre dichos servicios y, para poder proceder a dicha “monopolización”, el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (en adelante, RDLeg 781/1986) exige recabar un informe previo de la autoridad de competencia correspondiente. Mediante oficio de 15 de noviembre de 2021 el Ayuntamiento de Villamayor de Gállego ha solicitado dicho informe al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante, TDCA). El presente informe responde a dicha solicitud.

1. Antecedentes de hecho

Con fecha 3 de diciembre de 2021 ha tenido entrada en el TDCA una solicitud del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego para que se emita el informe previsto en el artículo 97.2 del RDLeg 781/1986. Dicha solicitud se produce en el marco del expediente 1302/2020 de dicho Ayuntamiento sobre el “establecimiento del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en régimen de monopolio y forma de gestión directa”.

Junto a la citada solicitud de informe se aporta un enlace al expediente electrónico en el que consta diversa documentación que también ha sido analizada por este Tribunal para la elaboración de este informe. Cabe mencionar en particular los siguientes documentos:

- a. Informe técnico de la Mancomunidad, de octubre de 2019
- b. Informe económico de la Mancomunidad, de octubre de 2019
- c. Reglamento de prestación del servicio por la Mancomunidad, de fecha indeterminada
- d. Informe de la secretaría del Ayuntamiento, de 26 de octubre de 2020
- e. Anexo I al informe económico de la Mancomunidad, de noviembre de 2020
- f. Anexo II al informe económico de la Mancomunidad, de 30 de julio de 2021
- g. Informe de la Intervención de 25 de octubre 2021

h. Memoria justificativa del Ayuntamiento de 25 de octubre 2021.

2. Competencia del TDCA

El artículo 97.2 del RDLeg 781/1986 establece que: *"para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación."*¹

En la Comunidad Autónoma de Aragón el TDCA tiene encomendado promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y la existencia de una competencia efectiva. Su funcionamiento se ajusta a lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia y en el Decreto 29/2006 de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la Competencia de Aragón. En virtud del artículo 3, apartados i) y o), de dicho Decreto el TDCA es competente, en particular, para emitir informes en materia de libre competencia, bien de oficio, bien cuando sea solicitado para ello por las entidades locales aragonesas a través

¹ Para un detallado análisis jurídico de esta disposición ver, Anna COLOME & Susana GRAU, "Remunicipalización de servicios locales y competencia", *Cuadernos de Derecho Local QDL*, número 43, febrero de 2017, páginas 124 a 157.

de su alcalde y también cuando el ordenamiento jurídico así se lo encomiende. En este caso concurren ambos supuestos.²

Las funciones del TDCA incluyen tanto la defensa de la competencia como su promoción. Ambas actividades tienen como objetivo propiciar un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas.

La propuesta aquí examinada no plantea ningún problema de *legalidad* a la luz de las normas de *defensa de la competencia*. En efecto, en regla general, éstas sólo prohíben comportamientos anticompetitivos realizados por empresas, sean privadas o públicas, y no medidas adoptadas por las administraciones en el ejercicio de sus funciones públicas como las que aquí se examinan. El Ayuntamiento podría pues adoptar dichas medidas sin infringir las normas de competencia.

Cuestión distinta es si, pese a su *legalidad*, dichas medidas afectan o no a la competencia de modo sustancial, si sus efectos en el mercado resultan proporcionados al objetivo público que persiguen y si por ello dichas medidas resultan o no recomendables desde el punto de vista de su *oportunidad*. En virtud del artículo 97.2, RDLeg 781/1986, ésta es la perspectiva que corresponde al presente informe y es por ello que el mismo se encuadra únicamente en las actividades de *promoción de la competencia* de este Tribunal, como las mencionadas en el artículo 3, apartados i) y o), del Decreto 29/2006.

² La Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) adoptó el 26.3.2015 un detallado informe en el expediente OB 19/2015 *Santa María d'Oló*, también sobre la base del artículo 97.2 RDLeg 781/1986. En el mismo se pronunció sobre la propuesta de dicho Ayuntamiento de declarar monopolio y asumir la gestión directa del servicio público de abastecimiento de agua en dicho municipio.

3. Razón de ser de la política de competencia

La Constitución española (en adelante, CE) configura un modelo económico en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, atribuyendo a los poderes públicos la función de garantizar y proteger su ejercicio (artículo 38 CE). Dicho modelo económico es también el definido en los Tratados de la Unión Europea, de la que nuestro país forma parte desde 1986.

La idea de base en dicho modelo es considerar a la competencia constituye un elemento esencial que contribuye al desarrollo económico. En los mercados abiertos, la competencia efectiva garantiza la asignación eficiente de los recursos, fomenta la productividad de los agentes económicos e incentiva la innovación. El resultado es una mejora del bienestar del conjunto de la sociedad ya que la eficiencia productiva se traslada al consumidor en forma de precios inferiores y de una mayor variedad y calidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Lo anterior justifica, de una parte, la necesidad de combatir las restricciones a la competencia derivadas de comportamientos de empresa. Por el mismo motivo también conviene evitar, de otra parte, que sea el propio poder público el que, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, introduzca restricciones injustificadas a la competencia que perjudiquen innecesariamente la libertad de empresa y reduzcan el bienestar del consumidor.

Es por ello que, en ejercicio de su función de promoción, tanto el TDCA como las demás autoridades de competencia intentan que los poderes públicos persigan la consecución eficaz de sus legítimos objetivos, pero lo hagan privilegiando modos y medios de actuación que minimicen los efectos negativos sobre la competencia.

4. El servicio de recogida de residuos en Villamayor de Gállego

De la documentación que consta en el expediente electrónico se desprende lo siguiente en relación con el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en Villamayor de Gállego:

Primero. Desde octubre de 2013 hasta la fecha el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en Villamayor de Gállego lo viene prestando la empresa privada Servicios Urbanos de Limpieza S.L. (en adelante, SEULA). Ello en virtud de un contrato de servicios que le fue adjudicado en 2013 por el Ayuntamiento mediante un procedimiento abierto. Aunque el término inicial del contrato ha expirado, al parecer el mismo ha venido siendo prorrogado hasta ahora.

Segundo. El Ayuntamiento de Villamayor de Gállego se está planteando en la actualidad un cambio tanto en el modo de gestión como en la identidad del prestatario de dicho servicio. Por una parte, pretende sustituir el actual modelo de gestión indirecta, por un modelo de gestión directa, en el que confiaría la gestión del servicio a la Mancomunidad Ribera Izquierda del Ebro (en adelante, la Mancomunidad). Por otra parte, pretende simultáneamente que dicho servicio pase a prestarse en régimen de monopolio. Para ello ha iniciado el correspondiente expediente.

Según la Memoria Justificativa del Ayuntamiento de 25.10.2021 las razones serían las siguientes:

- El término del contrato de servicios en vigor ya ha vencido y se habrían producido algunas pequeñas deficiencias en la prestación del servicio.
- La Mancomunidad, de la que el municipio de Villamayor del Gállego forma parte, puede pasar a prestar ese servicio del mismo modo que ya lo hace en otros municipios.
 - Ello implicaría ciertas ventajas para el municipio, como el ser cogestores del servicio, copropietarios de los activos y poder acceder a ayudas de la Mancomunidad.
 - Los trabajadores accederían a mejores condiciones de trabajo.

- Se podría obtener una mejor calidad de servicio.
- También facilitaría la futura planificación e introducción de los cambios y mejoras que la legislación de residuos va a imponer.
- Todo ello a un menor coste anual por la prestación del mismo servicio.

Tercero. El régimen que ahora se plantea para la futura gestión del servicio sería el de gestión directa en régimen de monopolio. El Ayuntamiento de Villamayor del Gállego tiene previsto ejercer dicha gestión directa mediante la Mancomunidad de la que forma parte, que ya viene prestando desde hace años servicios de recogida de residuos en los demás municipios que la componen. Es decir, que la Mancomunidad sería el medio propio del Ayuntamiento al que ésta le encomendaría la gestión directa del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos.³

5. Valoración en términos de competencia de la prestación en régimen de monopolio público y modo de gestión directa del servicio de recogida de residuos en Villamayor de Gállego

5.1. Consideraciones previas

La Constitución española reconoce, en su artículo 128.2, la iniciativa pública en el ejercicio de la actividad económica y prevé que una norma con rango de Ley pueda reservar al sector público ciertos recursos o servicios esenciales. En este sentido, el artículo 25.2.b de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) establece que los municipios disponen, entre otras, de competencias en materia de recogida de residuos, el artículo 26.1 establece la obligatoriedad para todos los municipios de prestar tales servicios y el artículo 86.2 declara la reserva a favor de las entidades locales, entre otras, en materia de recogida de residuos.

³ El presente informe no se pronuncia sobre la viabilidad jurídica de dicha encomienda directa del Ayuntamiento a la Mancomunidad, sobre la calificación de ésta como medio propio de aquel o sobre la compatibilidad de la fórmula planteada con la normativa de contratación pública europea y española.

En Aragón, estos preceptos encuentran su desarrollo en el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón (en adelante, RASOELA). Concretamente su artículo 224.2 recoge la reserva legal del servicio de recogida de residuos en favor de los municipios. En cuanto al régimen de prestación, el artículo 225 precisa que dichos servicios podrán prestarse, bien en régimen de libre concurrencia, bien en régimen de monopolio, y el artículo 226 establece el procedimiento a seguir si se desea optar por el régimen de monopolio. En cuanto a las posibles formas de gestión, el artículo 2 distingue entre la gestión directa y la gestión indirecta.

Los entes locales tienen reconocida autonomía para la organización de los servicios de su competencia. Esta autonomía organizativa se concreta en el artículo 85.2 de la LRBRL, en el cual se establecen las posibles formas de gestión de los servicios públicos. En concreto, se indican expresamente las formas de gestión directa⁴ y se remite a las formas previstas en la legislación de contratos del sector público⁵. En Aragón, las posibles formas de gestión aparecen recogidas en el artículo 2 del RASOELA.

⁴ Artículo 85.2 de la LRBRL: "*Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

A) Gestión directa: a) Gestión por la propia Entidad Local; b) Organismo autónomo local; c) Entidad pública empresarial local; d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. Solo podrá hacerse uso de las formas prevista en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. (...).

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de los servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. (...)".

⁵ El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, contenido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, fue derogado y sustituido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de 26 de febrero de 2014 (BOE n. 272 de 09/11/2017). En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.

El artículo 97 del RDLeg 781/1986, en el cual se regula el procedimiento que deben seguir las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, establece que en la memoria que el Ayuntamiento ha de elaborar determinará la forma de gestión elegida y, cuando se opte por el régimen de monopolio, se justificará su conveniencia. Por tanto, dicha memoria debe acreditar que el sistema de gestión elegido garantiza unos niveles adecuados de eficacia y eficiencia y, en caso de optar por el monopolio, que el interés general requiere la provisión del servicio mediante estructuras de mercado donde actúe un único oferente.

Desde la perspectiva de la promoción de la competencia, que es la encomendada a este Tribunal, es de desear que, cuando la iniciativa pública decida intervenir en el mercado, se identifiquen con claridad los objetivos perseguidos y también que la intervención sea de indudable utilidad pública. En otras palabras, la justificación de la actuación debería normalmente incluir una motivación suficiente y adecuada que constate que se ha escogido la mejor vía para alcanzar el objetivo perseguido. Además, la intervención pública debería ser proporcional a la finalidad perseguida y no debería ir más allá de lo que resulta necesario para conseguir el objetivo de interés público que la justifica, de forma que la distorsión producida en el mercado sea mínima.

En términos de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) "*en aquellos casos en que la consecución de los objetivos definidos requiera introducir, directa o indirectamente, algún tipo de restricciones a la competencia, debería ser condición necesaria para su aprobación la justificación de la necesidad de tales restricciones. Al fin y al cabo (...) la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos en cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos*"⁶.

⁶ "Recomendaciones a las Administraciones Públicas para la regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia", CNC, (2008), pág. 30. Si bien en este documento la CNC se centra en la actividad normativa de las Administraciones Públicas, su contenido es perfectamente extensible al resto de los actos administrativos.

5.2. Valoración en términos de competencia del régimen de prestación y de la forma de gestión propuestos para el servicio

El servicio de recogida de residuos es un servicio público reservado a las corporaciones locales de conformidad con el artículo 86.2 de la LRBRL. Sin embargo, esta calificación jurídica no implica de por sí, ni una gestión directa por parte del Ayuntamiento, ni tampoco su ejercicio en régimen de monopolio. En otras palabras, el que la recogida de residuos sea un servicio público municipal, ni prejuzga el régimen de gestión (que puede ser directa o indirecta), ni condiciona el régimen de ejecución (que puede ser de libre concurrencia o de monopolio).⁷

Por lo tanto, la reserva legal del artículo 86.2 de la LRBRL es lo que hace posible que el servicio pueda eventualmente ser reservado al Ayuntamiento, pero no aporta ningún elemento de juicio que permita valorar la oportunidad y/o conveniencia de optar por esa u otra forma de prestación del servicio. En efecto, afín de analizar desde una óptica de competencia la propuesta del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego, tal como prevé el artículo 97.2 del RDLeg 781/1986, resulta necesario valorar ante todo los motivos aducidos por el Ayuntamiento para justificarla.

Según la Memoria Justificativa de 25.10.2021 dichos motivos serían los siguientes:

En primer lugar, el Ayuntamiento hace valer, de una parte, que el termino del contrato de servicios en vigor con la empresa SEULA ya ha vencido y, de otra, que se habrían producido algunas pequeñas deficiencias en la prestación del servicio.

De entrada, el hecho de que el contrato actual haya llegado a su término es lo que hace posible plantearse ahora un eventual cambio en el modo de gestión, pero nada nos dice sobre la conveniencia o no de dicho cambio. Sería igualmente posible mantener el modelo actual de

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 (Ref. Arz 4065) y de 24 de octubre de 1989 (Ref. Arz. 8890).

gestión indirecta seleccionado mediante licitación un nuevo prestatario de servicios. Las razones para optar por una u otra solución habrán de buscarse por otro lado.

A ese respecto la Memoria del Ayuntamiento menciona en una única frase algunas deficiencias, que califica de “pequeñas”, que al parecer se habrían producido en la prestación del servicio. Sin embargo, la eventual existencia de algunas deficiencias en el servicio prestado – aunque no fuesen tan pequeñas como las allí mencionadas – no parecen ser motivo suficiente para optar por un cambio en el modelo de prestación y en el modelo de gestión. En todo caso podría dar pie a plantearse un cambio en la identidad del prestatario. En efecto, las disfunciones señaladas por el Ayuntamiento - de probarse y ser suficientemente importantes - podrían haber llevado a lo sumo a plantear una cancelación anticipada del contrato por las vías legales y contractuales pertinentes y a seleccionar a otra empresa para prestar el servicio.⁸ En todo caso las supuestas deficiencias no explican por sí mismas por qué la gestión directa mediante un monopolio público sería preferible a la gestión indirecta utilizada hasta ahora o a otras posibles fórmulas de prestación de los servicios públicos.

En segundo lugar, el Ayuntamiento explica que la Mancomunidad, de la que el municipio de Villamayor del Gállego forma parte, puede pasar a prestar ese servicio del mismo modo que ya lo hace en otros municipios que también forman parte de la misma. A su juicio ello implicaría ciertas ventajas para el municipio, como el ser cogestores del servicio, copropietarios de los activos y poder acceder a ayudas de la Mancomunidad. Además, los trabajadores accederían a mejores condiciones de trabajo y se podría obtener una mejor calidad de servicio. Dicha fórmula facilitaría además la futura planificación e introducción de los cambios y mejoras que la legislación de residuos va a imponer.

⁸ Lejos de pretender cancelarlo de modo anticipado, en el presente asunto el Ayuntamiento ha prorrogado el contrato más allá de su término.

Obviamente, que la Mancomunidad pueda pasar a prestar el servicio de recogida de residuos - y que ello convierta al municipio en cogestor de servicios o en copropietario de activos - nada nos dice de por sí sobre si es esa fórmula la más conveniente o no. Esta mención únicamente parece hacerse a título enunciativo, es decir, sin entrar a valorar cuales sus beneficios e inconvenientes. No es por ello una justificación propiamente dicha.

Tampoco se entiende bien por qué el acceso a eventuales ayudas públicas, que no se identifican con precisión ni se cuantifican, solo sería posible si el municipio encomendase la gestión del servicio de residuos a la Mancomunidad. Parece más lógico suponer que las ayudas otorgadas por la Administraciones públicas deberían ser igualmente accesibles a todos los municipios independientemente del modo de gestión que hayan adoptado para sus servicios públicos. Si se habla de ayudas otorgadas por la Mancomunidad misma, es obvio que el coste de las mismas inevitablemente repercutiría directa o indirectamente sobre los municipios que la forman, por lo que no es evidente que vayan a suponer una ventaja neta para éstos.

Una reflexión similar podría hacerse sobre la introducción de los cambios exigidos por la legislación. Sin duda tales cambios serán de aplicación general independientemente del modo concreto de gestión elegido por cada municipio. Algunos municipios lo harán en contextos de gestión directa en régimen de monopolio, pero también parece posible garantizar el cumplimiento de dichas exigencias mediante instrumentos contractuales de gestión indirecta. La Memoria no explica, sin embargo, por qué aquella fórmula sería preferible a ésta.

Es posible que los trabajadores de la Mancomunidad puedan efectivamente disfrutar de condiciones de trabajo mejores que las de los trabajadores del actual prestatario del servicio. Sin embargo, el anexo II al Informe Económico de la Mancomunidad llama la atención sobre el aumento que ello puede suponer para el coste del servicio. No resulta por ello evidente que sea

ése un motivo suficiente para optar por la propuesta que se plantea desde el punto de vista del interés general.

La Memoria justificativa del Ayuntamiento aduce por otra parte, sin ofrecer precisiones al respecto, que con la fórmula propuesta supuestamente los habitantes podrían disfrutar de “mayor calidad del servicio”. Sin embargo, un examen del expediente indica que los demás municipios miembros de la Mancomunidad disfrutan en la actualidad de una frecuencia de recogida (6 días por semana) inferior a la que actualmente ofrece SEULA en Villamayor de Gállego (7 días por semana). Precisamente por ello los Informes técnicos y económicos de la Mancomunidad ofrecen a este municipio optar entre, bien una frecuencia de 6 días por semana como en los demás municipios, bien una frecuencia de 7 días por semana, pero asumiendo como es lógico un mayor coste en este segundo escenario. Es decir que lo que la Mancomunidad parece plantear en el mejor de los escenarios es una frecuencia similar a la que actualmente ofrece SEULA a los habitantes de Villamayor de Gállego. Por tanto, si tomamos la frecuencia de recogida como indicador de calidad no parece evidente que la propuesta vaya a suponer realmente una mejora en la misma.

En tercer lugar, el Ayuntamiento aduce en su Memoria Justificativa que la fórmula propuesta supondría un “menor coste anual por la prestación del mismo servicio”, pasando de un coste anual de 147.010 euros a un coste previsto de 140.925 euros, lo que supondría un ahorro anual de 6.084 euros (un 4%). Lo mismo sostiene el Informe de la Intervención de 25.10.2021 basándose para ello en el mismo estudio comparado de costes. Suponemos que el mismo se derivará de del Informe Económico inicial de la Mancomunidad, de octubre de 2019.

Sin embargo, dicho análisis no parece concordar del todo con otros elementos posteriores obrantes en el expediente administrativo. En efecto, los anexos I y II al Informe económico, de noviembre de 2020 y de 30 de julio de 2021, elaborados por la Mancomunidad misma, advierten

de que el coste previsto para ofrecer en Villamayor de Gállego un servicio con una frecuencia similar a la actual (7 días por semana) ascendería al menos a 164.162 euros (no los 140.925 euros contemplados en la Memoria justificativa). De ser así, en vez de suponer un ahorro del 4%, la nueva fórmula de gestión supondría un incremento de 17.152 euros anuales o, dicho en términos porcentuales, de más de un 11% frente al coste del modelo actualmente aplicado.

A la vista de lo anterior, el TDCA considera que el Ayuntamiento de Villamayor de Gállego, no aporta una justificación suficiente de la conveniencia de establecer un régimen de monopolio público en gestión directa atribuida a la Mancomunidad, ni tampoco de los pretendidos beneficios de esta opción frente a otras posibles.

5.2.1. Régimen de prestación del servicio (monopolio o concurrencia)

Desde la óptica de la competencia, que es la propia de este informe, la decisión de configurar la prestación de un servicio público en régimen de monopolio o en libre concurrencia con la iniciativa privada tiene - en términos generales - una importancia primordial. El monopolio comporta la desaparición del mercado desde el momento que ya no pueden existir otros operadores que ofrezcan o presten simultáneamente este mismo servicio. Por el contrario, si el régimen del servicio es el de libre concurrencia con la iniciativa privada, se abre la puerta a que, desde el lado de la oferta, otros agentes presten este mismo servicio. Es lo que ocurre en nuestro país, por ejemplo, con servicios públicos como la educación o la sanidad, en los que coexisten normalmente prestadores públicos y privados. En otras palabras, en una situación de reserva monopolística queda legalmente prohibida la entrada de operadores distintos al monopolista,

desapareciendo así por completo la competencia “en el mercado”. Este efecto se produce tanto si el monopolio lo ejerce una entidad pública como si se atribuye a una empresa privada.⁹

En nuestro caso la opción preconizada por el Ayuntamiento de Villamayor de Gállego - a saber, el establecimiento de una reserva monopolística para la prestación del servicio – implica una total eliminación que excluiría por completo la competencia “en el mercado”. En principio, ello haría deseable una justificación sólida de la necesidad de optar esta configuración del servicio.

Dicho eso, aunque las reflexiones anteriores resultan difícilmente cuestionables en términos generales y desde una óptica de competencia, tampoco podemos obviar que en el caso concreto que nos ocupa - un servicio de recogida de residuos sólidos urbanos - podrían existir motivos de peso que justificaran el carácter monopolístico de la prestación del servicio.

Es cierto que el Ayuntamiento peticionario de este informe no ha alegado ningún motivo para justificar la conveniencia del régimen de prestación escogido. Tampoco consta en el expediente ningún análisis de mercado ni ningún análisis de los efectos previsibles de la medida en la concurrencia empresarial, pese a que el artículo 86.1 TRLBRL así lo exige, tal y como correctamente recordada al Ayuntamiento el Informe de su secretario de 26.10.2020, apartado tercero, obrante en el expediente.

Dicho eso, este TDCA no puede descartar que el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos tenga, por sus características intrínsecas, el carácter de un “monopolio natural”. Tal expresión se utiliza cuando una empresa pública o privada puede generar toda la producción del mercado con un coste menor que si fuera ofrecido por empresas compitiendo. Aunque en el corto plazo la competencia sea teóricamente posible en tales situaciones, la misma no es sostenible a largo

⁹ Como explicaremos a continuación, en este segundo escenario se preserva al menos una competencia “por el mercado” que se articula mediante licitaciones periódicas.

plazo debido a características del mercado como la exigencia de grandes inversiones en una red o la presencia de economías de escala.

En efecto, cuando hay economías de escala el coste unitario o coste medio es decreciente. En este contexto, el tamaño importa mucho y por ello las empresas intentarán crecer para conseguir costes medios cada vez más pequeños. En el límite sólo cabrá, dada una dimensión determinada de la demanda del producto en cuestión, una empresa en el mercado, dando lugar al denominado monopolio natural. Mientras que una empresa obtendría beneficios, si hubiera dos competidores ya no tendrían por separado suficiente demanda que satisfacer y no obtendrían beneficios, con lo que no serían viables ambos y sin duda la situación revertiría más temprano que tarde en un monopolio.

En nuestro caso, aunque sea teóricamente imaginable que varias empresas compitan recogiendo las basuras en una misma calle, resulta evidente que tal configuración del mercado incrementaría sustancialmente los costes del servicio a la colectividad y sería por ello ineficiente desde el punto de vista económico. Probablemente también resultaría ilógica desde un punto de vista medioambiental, al incrementar una multiplicación de las rutas de recogida la huella de carbono de dicha actividad. Tanto las economías de escala de la actividad de recogida de residuos sólidos urbanos como consideraciones medioambientales apuntan a la existencia de un monopolio natural. Siendo así, la declaración de un régimen de monopolio legal como la que aquí se plantea sería en la práctica redundante y no cambiaría realmente la situación de la competencia en este mercado. En efecto, ni hay en la práctica competencia “en el mercado” de recogida de residuos en Villamayor de Gállego bajo el régimen actual, ni la habría bajo el régimen que ahora se propone. Una competencia que no existe no puede sufrir deterioro.

No parece por ello que la opción por el régimen de monopolio suponga de por sí un verdadero problema para la competencia “en el mercado”. Otra cosa muy distinta es el impacto que la forma de gestión ahora propuesta tendría en la competencia “por el mercado”.

5.2.2. Forma de gestión del servicio (gestión directa o gestión indirecta)

La decisión sobre la forma de gestión del servicio público también puede acarrear serias consecuencias desde el punto de vista de la competencia. El artículo 85.2 de la LRBRL, mencionado con anterioridad en este documento, establece que los municipios pueden gestionar los servicios públicos bien de manera directa, bien de manera indirecta y que la elección entre una y otra forma deberá responder a criterios de sostenibilidad y eficiencia.

El Ayuntamiento de Villamayor de Gállego propone que el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, que hasta ahora se presta mediante gestión indirecta a través de un contrato con una empresa privada, pase en el futuro a prestarse mediante un sistema de gestión directa a través de un medio propio. En realidad, dicho medio propio sería la Mancomunidad de la que el municipio ya forma parte y que ya ofrece este servicio a los otros municipios que la componen.

La corporación local peticionaria del informe evoca, en términos generales, el derecho de las entidades locales a colaborar para prestar de manera asociada los servicios públicos de su competencia. Sin embargo, la opción por uno u otro modo de gestión ha de basarse ante todo en criterios de sostenibilidad y eficiencia. También parece necesario justificar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de la opción elegida.

Este Tribunal no valora de forma apriorística si el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos puede ser prestado de manera más eficiente y sostenible a través de una gestión directa o más bien con una fórmula de gestión indirecta. Simplemente considera conveniente efectuar un análisis razonado de las diversas alternativas existentes para la gestión de este servicio

público municipal en régimen de monopolio, de modo que se opte finalmente por la forma de gestión más adecuada en cada caso, tanto para el Ayuntamiento como, en último término, para los ciudadanos del municipio.

Resulta complicado analizar los efectos concretos que la medida propuesta tendría en el mercado, ya que el Ayuntamiento no ha realizado el análisis de mercado que le exige el artículo 86.1 TRLBRL, pese a que el Informe de su secretario de 26.10.2020, apartado tercero, recordaba dicha obligación.

Dicho eso, la práctica anterior de la Comisión europea (en adelante CE) y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) pueden ofrecernos alguna luz sobre la situación del mercado de la gestión de residuos en España, mercado en el que al parecer se englobarían, junto a varios otros, los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos que aquí nos interesan. Según explicaba la CNMC: *“en España, la mayoría de los servicios de recogida de basura son proporcionados por el sector privado [...] sólo una pequeña proporción son realizados por los ayuntamientos a través de sus propias empresas públicas, si bien no es infrecuente que se den casos de colaboración público-privada”*.¹⁰ La definición geográfica de estos mercados desde el punto de vista de la oferta parece ser regional, aunque no se descarta que pueda llegar englobar a toda España en ciertos supuestos.¹¹ En todo caso, el volumen del mercado parece estar creciendo por una tendencia creciente de los municipios a privatizar estos servicios mediante licitaciones.¹² Por otra parte parece existir un número importante de operadores en el mercado susceptibles de participar en las mismas. Además, en 2015 la CNMC detectó y

¹⁰ Véase expediente S/0429/12, RESIDUOS, nota 8, p. 22.

¹¹ Véanse el expediente C/0623/14, URBASER/TIRME, para. 33.

¹² Informe del SDC N-04065, EK/FCC.

sancionó ciertos acuerdos anticompetitivos en los que habían participado algunas empresas.¹³ En fin, las autoridades de competencia han criticado por otra parte la excesiva duración de ciertos contratos de concesión y otros problemas en el diseño de las concesiones que las hacen menos competitivas de lo que sería deseable.¹⁴ Para un análisis mucho más detallado de estos mercados a la luz de la práctica de la Comisión europea y de la CNMC nos remitimos al anexo al presente Informe.

A los efectos del presente informe no parece sin embargo indispensable disponer de un análisis del mercado particularmente detallado.

En efecto, desde el punto de vista de la competencia, resulta evidente que la forma de gestión propuesta por el Ayuntamiento de Villamayor de Gállego - una gestión directa a través de la Mancomunidad a la que se encomendaría directamente la gestión del servicio en calidad de medio propio – excluye por definición toda competencia. En efecto, si ya hemos visto que, de resultados del monopolio (sea el natural ya existente o el legal que ahora se propone), no había competencia “en el mercado”, de optarse además por la gestión directa, tampoco existiría a partir de ahora una competencia “por el mercado”. Es la consecuencia inevitable de que no vaya a haber ninguna posibilidad de que otro operador pueda concurrir para conseguir prestar el servicio de recogida de residuos en dicho municipio. Ello mientras se prolongue el mencionado encargo de gestión directa en favor de la Mancomunidad.

Ya hemos visto que, en el mercado de la recogida de residuos, no existe una genuina competencia “en el mercado” y que nada cambia a este respecto que el monopolista sea público o privado. El problema se agrava sin embargo si además se elimina cualquier posibilidad de que

¹³ Decisión de la CNMC S/0429/12, *RESIDUOS*, nota 8, p. 22, posteriormente anulada. Ver anexo al presente informe.

¹⁴ Decisión de la CE IV/M.1365, *FCC/IVENDI*, para. 33, p. 7.

se produzca al menos una competencia “por el mercado”. Es ésta la competencia que se produce en los procesos de licitación pública en los que las empresas rivalizan periódicamente para obtener el derecho a prestar unos servicios o realizar unas actividades de manera exclusiva durante un periodo de tiempo determinado. Al menos en dichos procesos de licitación pública diversos operadores concurren y rivalizan periódicamente con la presentación de ofertas de precio, calidad y otras características para intentar conseguir la adjudicación del contrato.

Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de los encargos de gestión a un medio propio es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por lo tanto, también de toda concurrencia por el mercado, que son los que deberían normalmente regir la provisión de bienes y servicios a las Administraciones públicas.

Cabe añadir que el recurso sistemático a este instrumento de gestión directa puede llegar a provocar otros problemas adicionales como:

- i. Una ruptura de la neutralidad competitiva por parte de las Administraciones en los mercados en los que operan sus medios propios.¹⁵
- ii. Una posible pérdida de eficiencia derivada de la total ausencia de tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución del encargo de gestión. Esta presión competitiva que se da en los procedimientos de licitación pública y, en cambio, se pierde en los encargos de gestión a medios propios, resulta sin embargo fundamental. Su ausencia puede acarrear

¹⁵ Ver la reciente Recomendación de la OECD sobre neutralidad competitiva, de 21.5.2021. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>
Ver también el informe de la CNC "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia" (2013). El documento está disponible en la web de CNMC (www.cnmc.es) o directamente al siguiente enlace:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/CNC_MEDIOS%20PROPIO S%20Y%20ENCOMIENDAS_rev.p

que la Administración demandante del servicio acabe obteniendo condiciones menos favorables de las que podría haber obtenido a resultas de una licitación competitiva.

- iii. Efectos restrictivos en el sector de actividad donde opera el medio propio, de manera que se limite o se dificulte el acceso a determinados mercados por parte de otras empresas. En ausencia de un análisis de mercado aportado por el Ayuntamiento, no cabe extraer conclusiones definitivas a este respecto. No parece probable, sin embargo, que, desde el punto de vista de la oferta, el contrato de recogida de residuos en Villamayor de Gállego represente por sí solo una cuota significativa del mercado relevante, y ello, aunque el mismo se definiese a nivel regional y no nacional. En efecto, dicho servicio concreto solo representa una pequeña fracción del mercado de licitaciones en el que puede competir y presentar ofertas los operadores activos en el mismo. Cabe suponer por ello que los efectos de esta decisión del Ayuntamiento sobre el mercado serían probablemente limitados.

Aunque sean quizás limitados, los efectos restrictivos sobre la competencia inherentes a los mecanismos de gestión directa, hacen conveniente a juicio de este Tribunal que cuanto menos la Administración justifique adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo. En otras palabras, resulta oportuno valorar en qué medida el mercado presta o puede prestar el servicio objeto de encargo y en qué condiciones (básicamente, precio y calidad) lo puede hacer. Acudir a la figura del medio propio solo parece realmente razonable a cuando la misma vaya a permitir a la Administración el obtener el servicio en términos de relación calidad/precio más favorable de los que ofrece la gestión indirecta.

Tal y como se explica en el apartado 4 de este informe, de los elementos obrantes en el expediente no se desprende que ese vaya a ser necesariamente el caso en esta ocasión. En efecto, los mismos más bien sugieren que la fórmula propuesta probablemente supondría, bien una reducción en la frecuencia de prestación del servicio, bien un incremento en su coste. Siendo así, no parece lo más lógico el optar por un mecanismo de gestión directa que, además

de resultar más caro para la Administración y para los ciudadanos, va a provocar ciertas distorsiones de competencia en el mercado por mucho que éstas sean probablemente limitadas.

En fin, además de resultar desaconsejable desde el punto de vista de la competencia y del interés público, la opción contemplada podría teóricamente suscitar ciertas dudas sobre su plena adecuación a la normativa de ayudas de Estado. Recordemos en efecto que los artículos 107 y 108 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) prohíben a las Autoridades públicas – incluyendo las entidades locales – otorgar ayudas en favor de empresas – sean privadas o públicas. La adquisición por parte de una Administración de bienes o servicios a precios superiores a los del mercado podría llegar a considerarse como una ayuda al vendedor de los mismos.¹⁶ En la medida en que la Mancomunidad ejerce sin duda una actividad económica ha de considerarse empresa desde ese punto de vista por mucho que sea una entidad de Derecho público. Es cierto que, en este caso concreto, el volumen relativamente reducido del eventual sobreprecio (unos 17.542 euros) quedaría claramente por debajo del umbral *de minimis* que obligaría a notificar la ayuda a la Comisión europea.¹⁷ Sería en todo caso necesario verificar si la Mancomunidad no ha recibido otras ayudas que, acumuladas, superen el umbral en cuestión.

A la vista de lo establecido en este Informe, el TDCA llega a las siguientes

¹⁶ Enriqueta CHICANO, "El control de los contratos in house: análisis de las principales áreas de riesgo", EUROSAI no 19, año 2013; <http://www.eurosai.org/permalink/7487d30b-7454-11e3-bdb8-392ac2638904.pdf>

¹⁷ Tratándose de un Servicio de Interés Económico General, dicho umbral sería de 500.000 euros por beneficiario cada tres años, en virtud del Reglamento (UE) N° 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general (DOUE n. L 114 de 26.4.2012, p. 8–13).

CONCLUSIONES

Primera. La propuesta del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego - de establecer un monopolio público de recogida de residuos sólidos urbanos y de asumir su gestión directa a través de la Mancomunidad – no plantea ningún problema de legalidad a la luz de las normas de competencia cuya vigilancia tiene encomendada este Tribunal. En principio dichas normas sólo prohíben comportamientos anticompetitivos realizados por empresas, sean estas privadas o públicas, y no medidas adoptadas por las administraciones en el ejercicio de sus funciones públicas. A juicio del Tribunal, el Ayuntamiento puede por tanto proceder libremente a adoptar dichas medidas sin infringir las citadas normas de competencia.

Segunda. Cuestión distinta es si, pese a su legalidad, dichas medidas afectan o no a la competencia de modo sustancial, si sus efectos en el mercado resultan proporcionados al objetivo público que se persigue y si por ello dichas medidas resultan o no recomendables desde el punto de vista de su oportunidad. En virtud del artículo 97.2, RDLeg 781/1986, ésta es la perspectiva que corresponde al presente informe y es por ello que el mismo se encuadra únicamente en las actividades de promoción de competencia de este Tribunal.

Tercera. Desde esta perspectiva, el Ayuntamiento de Villamayor de Gállego no parece haber justificado suficientemente la conveniencia de sustituir el actual modelo de gestión indirecta a través de un contrato con una empresa privada, por uno de gestión directa a través de una encomienda directa a la Mancomunidad. La documentación aportada no contiene, ni un verdadero análisis de los beneficios de la opción elegida frente a otras posibles, ni un análisis de los posibles efectos en el mercado.

Cuarta. En términos de competencia “en el mercado” de la recogida de residuos, la situación no cambiaría mucho en la práctica de adoptarse las medidas propuestas. Probablemente el mercado constituye ya un monopolio natural, por lo que el someterlo ahora a un régimen de

monopolio legal solo supondría mantener y confirmar el *status quo*. Que el titular del monopolio sea privado o público es irrelevante a este respecto.

Quinta. En términos de competencia “por el mercado”, sin embargo, la situación sí que sería claramente peor. Al menos el modo actual de gestión indirecta posibilita una periódica competencia “por el mercado” mediante licitaciones competitivas. Sin embargo, el modo propuesto de gestión directa por la Mancomunidad como medio propio suprimiría totalmente dicha competencia. Se pasaría así a una exclusión total de la competencia, que no se daría ni en el mercado ni por el mercado. Es de prever además que la consiguiente ausencia de presión competitiva sobre el prestatario del servicio acabe redundando negativamente en la relación calidad/precio de los servicios ofrecidos al Ayuntamiento y, en último término, a los ciudadanos.

Sexta. En principio el optar por una fórmula como la propuesta, que supondría un cierto deterioro de la competencia en el mercado, solo sería recomendable si se esperasen obtener de la misma beneficios para el interés público, sea en términos de menos coste o de mayor calidad. Aunque en el presente caso el deterioro en el mercado vaya a ser probablemente limitado, los elementos obrantes en el expediente tampoco dan pie a esperar dichos beneficios.

Séptima. A la vista de lo anterior, el TDCA recomienda al Ayuntamiento que, junto a la propuesta remunicipalización del servicio planteada, valore también la posibilidad de mantener el actual sistema de gestión indirecta, pero convocando un procedimiento de licitación pública competitiva y transparente, de conformidad con la normativa de contratos del sector público. Tal opción permitiría al Ayuntamiento remplazar el contrato actual, ya vencido, por otro nuevo que se atribuiría a la oferta más con mejor relación calidad precio.

Este es el Informe no vinculante que el TDCA tiene el honor de emitir, sometido a la consideración de cualquier otro mejor fundado en derecho.

Comuníquese este Informe al Ayuntamiento de Villamayor de Gállego, a los efectos oportunos.

ANEXO

EL SECTOR DE LA RECOGIDA DE RESIDUOS EN ESPAÑA

El mercado de recogida de residuos se engloba dentro de lo que la CNMC ha definido como “mercado de gestión de residuos”.

El precedente más destacado es la Decisión en el expediente S/0429/12, RESIDUOS,¹⁸ adoptada en 2015 por la CNMC, en el que se multaba a 43 empresas y tres asociaciones de gestión de residuos y saneamiento urbano por reparto de mercados y clientes.¹⁹ Al igual que en otros precedentes relativos a la gestión de residuos, la Decisión abordaba tanto el (1) mercado relevante de producto como (2) el mercado relevante geográfico, pese a que al final deja abierta su definición.

MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

- ***El mercado de la gestión de residuos***²⁰

La CNMC²¹ y la Comisión Europea²² establecieron que la gestión de los residuos es un mercado que forma parte de los servicios que los ayuntamientos y entidades locales tienen la obligación

¹⁸ Expediente sancionador que multa por una infracción única y continuada a una pluralidad de empresas que actúan en sectores muy distintos. La Audiencia Nacional anuló la decisión en 2017 dado que la CNMC no proporcionó una definición satisfactoria del mercado ni demostró suficientes pruebas para demostrar que los acuerdos tenían un objetivo común. Pese a que en 2018 la CNMC intentó reabrir el procedimiento administrativo, la Audiencia Nacional volvió a anularlo en 2021 por vulnerar el principio *non bis in idem*. La CNMC recurrió ante el TS pero éste no consideró que hubiese interés casacional.

¹⁹ La práctica anticompetitiva consistía en respetar los clientes que tenían respectivamente, así como el reparto de licitaciones públicas. Este reparto se llevaba a cabo bien mediante la presentación de ofertas conjuntas bajo UTE o bien mediante la no participación de una licitación a cambio de que en otra posterior el competidor no se presentase. Además, se utilizó a las asociaciones sectoriales para implementar tal reparto de mercado y coordinar las actuaciones de las empresas, así como para animarles a respetar el acuerdo mediante la emisión de recomendaciones colectivas.

²⁰ La CNMC definió en los Expedientes S/0415/12, ABH-ISMAI, y C/0185/09, CONSENUR/ECOTEC la **gestión de residuos sanitarios**, la cual se refiere a aquéllos **de carácter peligroso**, sin perjuicio de que las empresas del sector atiendan también la gestión de los residuos asimilables a urbanos generados en establecimientos sanitarios. Así, la gestión de estos productos peligrosos es **distinta a la que otros productos peligrosos** y, por ende, la variedad de la oferta es mucho más limitada en la gestión de residuos sanitarios peligrosos que en la oferta de gestión de residuos sanitarios no peligrosos.

²¹ Véase el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-04065, EK/FCC, p. 6.

²² Véase IV/M.1365, FCC/IVENDI, para. 16, p. 4.

de prestar a sus habitantes, ya sea directamente a través de una gestión directa o mediante la contratación de la prestación de estos servicios a empresas privadas a través de una gestión indirecta. En este sentido, también la Ley 22/2011 de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados (“**Ley de Residuos**”) establece que son las entidades locales las competentes para prestar estos servicios de gestión.²³

El mercado de gestión de residuos comprende una serie de fases, que pueden ser llevadas a cabo por un mismo operador –lo que habitualmente hace la Administración Pública- o varias empresas distintas. Estas fases corresponden con: la recogida y transporte del residuo, el almacenamiento y triaje, el tratamiento para eliminar sustancias tóxicas y/o su valorización²⁴; y finalmente, en ausencia de valor residual, su eliminación (por incineración o depósito en vertedero).²⁵ Asimismo, en esta cadena de gestión de residuos, se puede establecer la siguiente tipología básica de instalaciones –cuya gestión también forma parte del mercado de gestión de residuos²⁶–: centros de transferencia en los que se separan, clasifican y transportan para su valorización, tratamiento o eliminación; plantas de tratamiento de los residuos peligrosos; plantas de valorización en el caso de los residuos no peligrosos; y los vertederos o depósitos de seguridad para una deposición controlada de los residuos en los que ya no cabe otro tipo de tratamiento, y en donde deben diferenciarse –por no ser sustituibles- los vertederos urbanos y los industriales, así como los vertederos para residuos peligrosos y los no peligrosos.²⁷

²³ El art. 12.5.a) de la Ley establece que son las Entidades Locales las que tienen como servicio obligatorio “*la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las Comunidades Autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada*”.

²⁴ La valorización la define la CNMC en expediente C/0761/16, CONSENUR / Activos CATHISA, para. 40 como “*cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía en general*”.

²⁵ Véase expediente S/0429/12, RESIDUOS, p. 18.

²⁶ Véase expediente N-03049, FERROSER/CESPA-TRASA, p.6.

²⁷ Véase nota 8, p. 20 y 21.

En cuanto a la naturaleza de los residuos, la CNMC²⁸ y la Comisión Europea²⁹ los clasifica en **peligrosos y no peligrosos** atendiendo a su toxicidad,³⁰ y en **públicos**³¹ o **privados**³² atendiendo a la naturaleza del cliente. En virtud de los precedentes nacionales³³ así como de la Ley de Residuos, se determinó la existencia de tres categorías de residuos públicos: los domésticos, comerciales e industriales. No obstante, la Comisión señaló que el mercado español no estaba suficientemente desarrollado y por tanto, existía un único mercado de residuos no peligrosos urbanos³⁴, dentro de los cuales se incluyen también los sanitarios u hospitalarios no peligrosos.³⁵

Así, se establece por parte de las autoridades nacional³⁶ y europea³⁷ que el **mercado de residuos no peligrosos** puede segmentarse en función de la fase del proceso de gestión, de modo que se puede distinguir entre el mercado de recogida de residuos no peligrosos y el mercado de tratamiento de residuos no peligrosos.³⁸ El primero engloba actividades como la recogida

²⁸ Véanse los Informes de los expedientes N-245, ACS/DRAGADOS, p.11; N-05036, SACYRVALLEHERMOSO/SUFI, p. 4; y N-03049, FERROSER/CESPA-TRASA, p. 6.

²⁹ Véanse las Decisiones de la Comisión en los asuntos M.2897, SITA SVERIGE AB/SYDKRAFT ECOPLUS, para.10, p. 4; IV/M.0916, LYONNAISE DES EAUX/SUEZ, para. 22, p.7; IV/M.1365, FCC/VIVENDI, para. 24, p. 6; y COMP/M.4576, AVR/VAN GANSEWINKEL, para. 9, p. 3.

³⁰ La **diferencia entre residuos no peligrosos y los peligrosos**, es su nivel de toxicidad, lo cual fundamenta el hecho que los peligrosos están sujetos a una legislación más exigente, su tratamiento requiere tecnologías, instalaciones y procedimientos de control más complejos, así como un know-how específico. Incluso los costes relacionados con su tratamiento y eliminación son substancialmente mayores, como indica la CNMC en el informe N-03049, FERROSER/CESPA-TRASA, p. 8.

Esta distinción entre residuos peligrosos y no peligrosos fue introducida previamente por la CNMC en el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-04065, EK/FC; la decisión de la Comisión COMP/M.7614 - CVC CAPITAL PARTNERS/ ROYAL DSM (FIBRE INTERMEDIATES AND COMPOSITE RESINS), para. 54, p. 10; y la Ley de Residuos se remite a la lista establecida en la Decisión 2000/532/CE de la Comisión, de 3 de mayo de 2000, para la determinación de los residuos que han de considerarse como peligrosos y no peligrosos. La gestión de residuos peligrosos, pueden estar también sujetos adicionalmente a normativa autonómica.

³¹ **Los residuos públicos** se corresponden con los residuos sólidos urbanos (conocidos como RSU), que son *“aquellos generados por los particulares en sus hogares o pequeños comercios y cuya gestión, en atención a la legislación, se encomienda a las Entidades Locales, gestión que normalmente es objeto de contratación con operadores privados”* (expediente S/0429/12, Residuos, p. 19).

³² **Los residuos privados** o industriales, que a su vez podrían ser peligrosos o no, son aquellos *“cuya gestión no es responsabilidad de las Administraciones Públicas, por lo que es objeto de contratación entre el cliente privado que los genera y la empresa gestora de residuos, dentro de los límites de la legislación ambiental”*. La CNMC enumera como ejemplo de estos residuos el papel, aerosoles, equipos de refrigeración y aire acondicionado, plásticos, madera, palés, fangos y lodos, etc. (expediente S/0429/12, Residuos, p. 19).

³³ Véase C/0761/16, CONSENUR / Activos CATHISA, para. 35, p. 5.

³⁴ Véase el expediente C/0623/14, URBASER/TIRME, para. 26, p. 6; y IV/M.1365, FCC/IVENDI, para. 16, p. 4.

³⁵ Véase nota 16, para. 34, p. 5.

³⁶ Véanse expediente C/0623/14, URBASER/TIRME, para. 29, p. 7; el informe N-03049, FERROSER/CESPA-TRASA, p.7; y el informe N-245, ACS/DRAGADOS, p. 11.

³⁷ Véanse los asuntos COMP/M.4576, AVR/VAN GANSEWINKEL, para.10, p.4 ; IV/M.1059, SUEZ LYONNAISE DES EAUX/BFI, para.; COMP/M.0448, GKN/BRAMBLES/LETO RECYCLING, para.13, p.4; COMP/M.0295, SITA RPC/SCORI, para. 18, p.7.

³⁸ Véase el expediente C/0623/14, URBASER/TIRME, para. 29, p. 7.

periódica de residuos generados en el municipio o área asignada para su clasificación, agrupación y preparación de su transporte a las estaciones de transferencia o, directamente, las plantas de tratamiento.³⁹ El segundo engloba una serie de procesos que se dirigen a la eliminación y/o aprovechamiento de los mismos, de forma que se puede sub-segmentar en el mercado de incineración y mercado de eliminación en vertedero.⁴⁰

En lo que respecta al **mercado de los residuos peligrosos**, éstos se pueden dividir atendiendo a su gestión, de forma que existen cuatro sub-mercados: el mercado de la recogida, el mercado de la incineración, el mercado de la descontaminación (para determinados tipos de residuos se procede a la incineración y para otros la descontaminación, y no son sustituibles) y el mercado de la eliminación en el vertedero.⁴¹

No obstante lo anterior, la CNMC deja abierta la precisa definición de los mercados.⁴²

En tanto que la empresa receptora del informe para la remunicipalización de recogida de basuras es un Ayuntamiento, conviene señalar que la CNMC ha destacado en su expediente S/0429/12, *Residuos*, que **“en España, la mayoría de los servicios de recogida de basura son proporcionados por el sector privado [...] sólo una pequeña proporción son realizados por los ayuntamientos a través de sus propias empresas públicas, si bien no es infrecuente que se den casos de colaboración público-privada”**.⁴³ En este sentido, desde el punto de vista de la oferta, la CNMC señaló en el expediente a tres grandes contratistas privados a nivel nacional: FCC MEDIO AMBIENTE, URBASER y CESPA; seguidos de VALORIZA y, ya en un ámbito regional o local, destacan empresas como ASASER o LKS MENOSKA, en el País Vasco.⁴⁴

Por su parte, desde el punto de vista de la demanda, se prefiere la contratación con grupos grandes y solventes.⁴⁵ Este es el caso en particular de los grandes municipios.⁴⁶ Ello provoca que existan en el sector unas barreras elevadas de entrada para las empresas de gestión de residuos

³⁹ *Ibíd.*, para. 30, p. 7.

⁴⁰ Véanse el expediente C/0623/14, *URBASER/TIRME*, para. 31, p. 7; y la decisión de la Comisión COMP/M.7614 - *CVC CAPITAL PARTNERS/ ROYAL DSM (FIBRE INTERMEDIATES AND COMPOSITE RESINS)*, para. 54, p. 10.

⁴¹ Véase el informe N-03049, *FERROSER/CESPA-TRASA*, p. 8.

⁴² Véase nota 21, para. 32, p. 7.

⁴³ Véase nota 8, p. 22.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 23.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

más pequeñas que, junto con costes de participar en las licitaciones, genera que este mercado esté más concentrado.

Conviene destacar que en el expediente sancionador, la CNMC había considerado que el mercado de gestión de residuos de Aragón había quedado afectado por el reparto anticompetitivo de los sancionados.⁴⁷

▪ **La competencia en el mercado de gestión de residuos**

El SDC destacó en su Informe N-04065, EK/FCC, que los mercados de servicios públicos en los que se encuentra la gestión de residuos, está en expansión dada la tendencia de las autoridades públicas a la privatización del servicio. Si bien la aplicación de criterios objetivos para seleccionar a los adjudicatarios de las licitaciones públicas y la publicidad de las mismas a escala europea ha facilitado la entrada al mercado de operadores activos en otros sectores o de empresas extranjeras,⁴⁸ siguen existiendo barreras a la entrada derivadas de la configuración de los concursos y las licitaciones del sector. Además, la Comisión Europea explica que, pese a que en teoría los competidores de una licitación gozan de igualdad de oportunidades, en la práctica la empresa que ya presta el servicio en el momento de la licitación tiene ventaja en relación a los demás.⁴⁹ En particular, la Comisión en el caso IV/M.1365, FCC/IVENDI cifraba en un 75% las licitaciones públicas que eran adjudicadas a la empresa que venía prestando el servicio.⁵⁰

Por todo ello, la Comisión afirmó que **en este sector las barreras legales son muy elevadas**⁵¹ y la CNMC subrayó en un reciente expediente de 2014 que **la duración de los contratos de concesión es otra de las barreras de entrada tradicionales, que incluso pueden no estar justificadas en términos de competencia.**⁵²

⁴⁷ Nota de prensa del expediente S/0429/12, RESIDUOS, p. 2.

⁴⁸ En la decisión IV/M.1365, FCC/IVENDI, la Comisión menciona al respecto que “*existen muy pocos supuestos de concursos públicos en los sectores considerados a los que acuden empresas establecidas en otros Estados miembros*”. Argumenta que las diferentes normativas nacionales y locales, así como las reglas de organización de las licitaciones, las responsabilidades que han de asumir las adjudicatarias y las diferencias en los precios y condiciones de la prestación de servicios, hacen que, en la práctica, las empresas internacionales operen en España a través de sus filiales locales o la adquisición de empresas ya establecidas en el mercado. (para. 33, p. 7)

⁴⁹ Véase nota 5, para. 47, p.11.

⁵⁰ *Ibíd.*, para. 49, p.11.

⁵¹ *Ibíd.*, para. 54, p.11.

⁵² Véase nota 21, para. 49, p. 12.

Por último, en relación a Aragón, cabe destacar que en el 2008 se publicó la resolución de la CNC⁵³ desestimando las pretensiones de una denuncia presentada por la Asociación Aragonesa de Gestores de Residuos Peligrosos (ASAGREP) en relación al Decreto 236/2005 de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la producción, posesión y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio público de eliminación de residuos peligrosos en la Comunidad Autónoma de Aragón.

- **El mercado del saneamiento urbano**

El saneamiento urbano⁵⁴ hace referencia al conjunto de actividades relativas a la gestión de zonas verdes, “*como espacios municipales, y servicios forestales, limpieza viaria, de playas, de alcantarillado y el tratamiento de aguas*”.⁵⁵ Al igual que ocurre con la gestión de RSU, este segmento del sector se caracteriza porque son las Entidades Locales quienes contratan a empresas privadas para realizar estas actividades, de modo que hay una preferencia por las empresas grandes y solventes, especialmente en los municipios más grandes.⁵⁶ Ello, junto a la inversión que tienen que realizar las empresas para poder presentarse a las licitaciones, implica que este segmento también tiende a estar más concentrado.⁵⁷

Existe una coincidencia entre los grandes contratistas privados que operan a nivel nacional en gestión de residuos sólidos urbanos y demás actividades de saneamiento urbano, en las figuras de FCC MEDIO AMBIENTE, URBASER, CESPAN y VALORIZA. En un escalón inferior de facturación se sitúan empresas como Obrascón Huarte Lain, S.A. (OHL); Acciona Medio Ambiente, S.A. (Grupo Acciona); Ascán Empresa Constructora y de Gestión, S.A. (Grupo Sadisa); Eulen S.A. (Grupo Eulen), y Grupo Raga, S.A. (en jardinería).⁵⁸

⁵³ Véase el expediente [S/0083/08](#), COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

⁵⁴ Véase nota 8, p. 24.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

Desde el punto de vista de la demanda, la prestación de servicios públicos como la gestión de residuos es local pues se circunscribe al ayuntamiento en donde se presta el servicio.⁵⁹ No obstante, desde el punto de vista de la oferta, la CNMC deja la definición abierta. A priori, considera que el ámbito sería el regional, pues se debe de tener en cuenta *“la presencia de operadores regionales y el hecho que las empresas con presencia en todo el territorio nacional estructuren su actividad con base en delegaciones territoriales”*.⁶⁰ Sin embargo, no se puede descartar que sean de ámbito nacional,⁶¹ teniendo en cuenta que los principales operadores actúan a nivel nacional siguiendo una estrategia comercial nacional.⁶²

⁵⁹ Véanse [IV/M.1365](#), *FCC/IVENDI*, para. 30, p. 7; y el expediente [C/0623/14](#), *URBASER/TIRME*, para. 45, p. 11.

⁶⁰ *Ibid.*, n. 39.

⁶¹ Véase la decisión de la Comisión en el asunto [IV/M.0916](#), *LYONNAISE DES EAUX/SUEZ*; [IV/M.283](#)-*Waste Management International/SAE*; [IV/M.868](#), *GNK /BRAMBLES/MABEG*; y [COMP/M.7614](#) - *CVC CAPITAL PARTNERS/ ROYAL DSM (FIBRE INTERMEDIATES AND COMPOSITE RESINS)*, para. 54, p. 10.

⁶² Véase nota 8, p. 25.