

# RESTRICCIONES ACTUALES A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y A LA LIBRE CONCURRENCIA EMPRESARIAL DERIVADAS DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS por Julia Ortega Bernardo<sup>1</sup>

*Profesora Contratada doctora de Derecho administrativo (acreditada como profesora titular) de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Abreviaturas:** **CE** (Constitución española), **CNC** (Comisión nacional de la competencia), **CNMC** (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), **Expte.** (Expediente), **LCSP** (Ley de contratos del Sector público, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), **LRSC** (Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados), **LDC**, (Ley 15/1007, de defensa de la competencia, de 3 de julio) **LGUM** (Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado), **SIG** (Sistema integrado de gestión).

## I. INTRODUCCIÓN.

La vigente ley de residuos y suelos contaminados (Ley 22/2011, de 28 de julio) sigue la estela de la legislación sectorial precedente en esta materia en la que se imponían importantes limitaciones a la libertad de empresa y a libre concurrencia empresarial. Como es conocido se establecen limitaciones a las empresas productoras de residuos y a las que los gestionan para reducir o superar sus fallos de conducta<sup>2</sup>. Se parte del presupuesto de que por sí mismos estos empresarios no lograrían optimizar el mandato de protección medioambiental y de la salud pública que se proyecta lógicamente sobre este sector atendiendo a los riesgos sanitarios y ecológicos que causa la tenencia y el tratamiento de los desechos. Se puede afirmar que la evolución hacía un reforzamiento de las libertades económicas en la última década a través de la transposición de la Directiva de servicios<sup>3</sup> y de una mayor promoción y

---

<sup>1</sup>julia.ortega@uam.es. Esta comunicación se inserta en el marco de las investigaciones elaborada en el marco del Proyecto “Desarrollo del Mercado interior a través de los Gobiernos locales”, Referencia: DER2012-34855 del VI Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental (convocatoria 2012) del Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>2</sup>ANDRÉ GARCÍA, J.F., CERDÁ TENA, “Gestión de residuos sólidos urbanos: análisis económicos y políticas públicas. Cuadernos económicos ICE núm. 71, (2006), pp. 71-91.

<sup>3</sup>Ello es así a pesar de que las actividades de servicios en materia de “tratamiento de residuos” están parcialmente excluidas de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE, y de su legislación de transposición (Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conocida como “Ley Paraguas”). La Directiva excluye el “Tratamiento de residuos” en cuanto que servicio económico de interés general (art. 16.1, letra e) de su regulación sobre libre prestación de servicios para los prestadores de otros Estados miembros. Tampoco resulta aplicable a la “vigilancia y control de su traslado” en la medida en que ya existe una regulación comunitaria específica (Reglamento 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006). Pero no se excluye la aplicación de las reglas relativas a la libertad de establecimiento. Lo explica con claridad PERNAS GARCÍA, J. J. Técnicas preventivas de protección ambiental y normativa de servicios: Análisis particularizado de la evaluación de impacto ambiental y de la ordenación administrativa de la gestión de residuos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, (2010), Vol.I, núm. 2, p. 19. Sobre la virtualidad del principio de protección ambiental para excepcionar las libertades de establecimiento y de servicios previstas en el TFUE *Vid.* CASADO CASADO, L. “Environmental protection as an exception to the freedom of establishment and the freedom to provide services in the European Union”. *Review of European Community & International Environmental Law (RECIEL)* 24 (2) 15), pp. 209 y ss.

efectividad en el cumplimiento de las normas de la competencia europeas y nacionales no ha supuesto la profusa supresión de los controles y restricciones a las que están sometidos los operadores económicos en este sector por razón de la protección ambiental.

Con todo y con ello, esta comunicación de lo que trata es de dar cuenta de cómo esta tendencia hacía una mayor protección de la economía de mercado y sus reglas de juego también se ha hecho patente en el ámbito de los residuos desde el año 2011, con la entrada en vigor de la nueva legislación. Por medio de esta ley estatal se ha optado por disminuir en cierto grado la severidad de las medidas restrictivas del mercado. Asimismo se puede poner de manifiesto que en la práctica se ha producido también una mayor activación de los controles judiciales y administrativos que protegen las libertades económicas que se ejercen en este ámbito.

Por último, y aunque se puede demostrar que se ha producido una suavización de las restricciones impuestas a las empresas y a su libre concurrencia, también es necesario resaltar que ello no tiene por qué producir, ni de hecho, ha producido un menoscabo de la protección de los intereses ambientales en juego.

## **II. LA CLASIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD EMPRESARIAL DERIVADAS DE LA LEGISLACIÓN DE RESIDUOS Y LOS REQUISITOS PARA SU VALIDEZ.**

### **1. Clasificación de las restricciones derivadas de la legislación de residuos.**

Atendiendo entonces a las diferentes dimensiones de la libertad de empresa (art. 38 CE) susceptibles de resultar afectadas por las restricciones impuestas por la legislación sectorial de residuos cabe realizar una triple clasificación: aquellas que impactan sobre el ejercicio de la libertad de empresa (en sentido estricto), las que lo hacen además en las libertades de circulación, y las que en puridad excepcionan las normas de defensa de la competencia que protegen la libre concurrencia empresarial.

Cabría, en primer lugar, individualizar las restricciones que se imponen al ejercicio de estas actividades empresariales en sentido estricto, esto es, aquellas en se regulan las condiciones que hay cumplir para emprender, desarrollar y cesar las actividades empresariales por las que se manipulan desechos, bien porque los generan, bien porque se trata de actividades empresariales que tienen como objetivo algún tipo de tratamiento destinado a revalorizarlos o eliminarlos.

En segundo lugar, es posible delimitar aquellas restricciones que se imponen a la libertad de empresa, que forman parte, por tanto, de las anteriores, pero que se individualizan por resultar restrictivas de las libertades de circulación, bien de mercancías, bien de empresas. En el ámbito de los residuos estas limitaciones se establecen sobre el traslado de residuos atendiendo en ocasiones a que éstos pueden resultar considerados como bienes – aunque no

todos los desechos han de ser necesariamente considerados como mercancía, no todos tienen un valor positivo desde el punto de vista comercial-. En otros casos, se trata de reglas dirigidas a las empresas que producen residuos a las que se imponen prohibiciones de entregar los residuos a un gestor de fuera, o de reglas que se imponen a los gestores de fuera, que les impiden establecer sus instalaciones o prestar sus servicios en determinados territorios. Este tipo de medidas restrictivas se adoptan en un ámbito territorial regional propiciado por la economía de escala y por la necesidad de rentabilizar las inversiones públicas realizadas conforme a los principios de proximidad y suficiencia en materia de gestión de residuos.

Por último, habría restricciones que, en realidad, lo que suponen es una falta de optimización del mandato contenido en el derecho fundamental a la libertad de empresa, en su vertiente objetiva, en virtud de la cual los poderes públicos están obligados desde una perspectiva jurídico-pública<sup>4</sup> a proteger a los empresarios de las conductas de otros empresarios que pongan en riesgo su independencia y que hagan peligrar su comportamiento libre en el mercado. En puridad, cuando se imponen restricciones de este tipo no estamos sino ante una supresión de esta protección jurídica-pública en determinados supuestos, debidamente tasados e individualizados por la ley. La vigente Ley 15/1007, de defensa de la competencia, de 3 de julio, (en adelante LDC) protege la libre competencia tipificando como infracción administrativa y sancionando los comportamientos colusorios, los de abuso de posición dominante y de competencia desleal y ofreciendo cobertura jurídica para iniciar procedimientos sancionadores contra los mismos a través de organizaciones jurídico-públicas específicamente competentes para ello. Esta legislación se proyecta también sobre la actuación de las Administraciones públicas, les impone un comportamiento leal si actúan como empresas y además les obliga a eliminar aquellos medios de intervención pública, que pudieran ir dirigidos a implantar determinados obstáculos injustificados al mercado, sobre todo a aquellos que pudieran menoscabar el principio de igualdad de condiciones en el acceso y ejercicio de las actividades económicas.

Aun así hay que partir de que la garantía de la libre competencia no es un principio absoluto, sino que puede resultar limitada al ponderarse con la consecución de otros fines y valores de interés general protegidos jurídico-constitucionalmente. Este objetivo de protección de la libre competencia empresarial ha de cohonestarse con la satisfacción, en ocasiones, de otros fines de interés general. Por ello es necesario admitir las restricciones a la competencia que pudieran imponerse por ley o derivarse de una regulación legal. Consecuentemente se acepta que las normas de la competencia no se apliquen en todos los casos a la actividad empresarial a condición de que tales

---

<sup>4</sup>En este punto hay que subrayar que la libertad de empresa, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, garantiza a los particulares por un lado, un ámbito de actuación libre de injerencia estatal, y por otro, impone al Estado (en sentido amplio) la obligación de establecer las condiciones sustantivas, organizativas e institucionales que aseguren la efectividad en el ejercicio del derecho. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2009), "art. 38" en CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E., RODRIGUÉZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*. Madrid, Fundación Wolters Kluwer, p. 980 y ss.

restricciones se deriven de la aplicación de una ley, es decir, encuentren amparo legal. Así se prevé expresamente en el art. 4 de la vigente LDC. Pues bien, en el ámbito de la gestión de los residuos la típica restricción que precisamente se puede configurar como una restricción a las normas de la competencia es la declaración de la actividad como competencia prestacional de las Administraciones públicas, sobre todo sí lo es en régimen de servicio público, ya sea ejecutado en régimen de monopolio o no lo sea.

**2. El test que proporciona el principio de proporcionalidad como mecanismo para verificar si las restricciones a la libertad empresarial son admisibles y la diferente base jurídica para exigirlo dependiendo del tipo de restricción impuesta.**

**A. Principio de proporcionalidad y restricciones impuestas al ejercicio de la libertad empresarial en sentido estricto.**

Hay que tener en cuenta que estas restricciones impuestas por el legislador a la libertad de empresa, que aquí hemos llamado “en sentido estricto”, para distinguirlas, como es posible, de aquellas que se imponen a la libertad de empresas en su vertiente de libre circulación, se insertan en un marco normativo general sobre la libertad de empresa que se encuentra desde hace unos años más densamente regulado – con las leyes que incorporan la Directiva de servicios a nuestro ordenamiento y también con la aprobación de la LGUM -. Estas leyes generales sobre libertad de empresa<sup>5</sup> no vinculan al legislador estatal sectorial de residuos (salvo en la modificaciones concretas que la propia ley 25/2009 incorporaba (art. 23<sup>6</sup>), pero sí a los legisladores autonómicos. Lo que se derivaba de este bloque legislativo, como es sabido, es la exigencia de sustituir un control previo por uno posterior allí donde el título habilitante, esto es, por regla general la autorización administrativa, no resultara requerida porque no fuera necesaria – no hubiera razones de interés general, entre las que se encuentran las medioambientales para imponerla. Y no fuera tampoco proporcionado exigirla. Por otro lado también procedía de esta legislación la exigencia de que la regulación que incidiera en el derecho a la libertad de empresa estableciera en todo caso condiciones de ejercicio proporcionadas al tipo de fin perseguido dependiendo de la naturaleza de la actividad que se desplegara. Este sometimiento al principio de proporcionalidad de las medidas restrictivas a la libertad de empresa se deriva claramente como novedad de la legislación, que aquí hemos llamado, general de desarrollo del derecho a la libertad de empresa, esto es de las leyes de transposición de la Directiva y de la LGUM, pero se puede inferir – y se podría

---

<sup>5</sup> Es necesario precisar que la LGUM abarca también las actividades económicas que no son empresariales.

<sup>6</sup> El Artículo 23 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio incorporaba la *Modificación de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos*.

haber inferido antes<sup>7</sup> - claramente de la propia CE (arts. 38 en su conexión con el art. 53.1 CE).

### **B. Principio de proporcionalidad y restricciones al principio de libre circulación (ex art. 139.2 CE)**

Por su parte, los condicionantes restrictivos, e incluso prohibiciones, a la libre circulación y establecimiento de empresas se imponen en ocasiones por los planes de residuos, y en todo caso, con base en la legislación de residuos – en concreto por los arts. 25 y 26 LRSC –. Se trata de limitaciones a la libre circulación de empresas o de sus productos como principio de integración negativa en el mercado, que en nuestro derecho se recoge, como es sabido, individualizada y expresamente en el art. 139.2 CE. Al respecto se ha entendido desde hace tiempo y de manera pacífica (así por todas STC 52/1988<sup>8</sup>) que cualquier restricción del mismo habría de resultar proporcionada: justificada – por adecuada para proteger otro valor jurídico-constitucional, como en este caso la protección del medio ambiente -, necesaria – por resultar imprescindible y no existir otra medida menos lesiva – y, por supuesto, también proporcionada en sentido estricto – esto es que los beneficios que se derivasen de la misma para el medio ambiente y la salud de las personas compensasen los perjuicios que se ocasionan a empresas y mercado -.

### **C. Principio de proporcionalidad y restricciones a las normas de defensa de la competencia.**

Con respecto al tercer tipo de limitación, el que puede configurarse como una excepción a las normas de la competencia, el derecho español impone, como ya se ha expuesto, un requisito jurídico-formal para su admisibilidad: el que tales limitaciones encuentren efectivamente amparo legal (art. 4.1 LDC). Pero los condicionamientos jurídico-materiales no están previstos en puridad en nuestro ordenamiento, son producto del Derecho de la Unión Europea. Se derivan de la jurisprudencia del TJUE en aplicación del art. 106.2 TFUE. En concreto, JA DE entenderse que frente a la estricta aplicación del derecho de la competencia en el ámbito de los servicios económicos de interés general (y el tratamiento de los residuos lo es<sup>9</sup>), caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de determinadas actividades

---

<sup>7</sup> Críticas a la laxa aplicación del principio de proporcionalidad para verificar el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa se encuentran pocas en nuestra doctrina científica. Al respecto CIDONCHA, A. “La libertad de empresa”, Civitas, 2006. Por lo general, las críticas se han vertido en sentido inverso. En esta línea se ha llegado a valorar negativamente el contenido de la Directiva de servicios por extralimitación de la competencia de las instituciones europeas, o incluso se ha considerado que el legislador nacional se excedía en el momento de su transposición.

<sup>8</sup> Que así se hubiera entendido tradicionalmente no significa que en la práctica se respetaran, como viene a poner de manifiesto la aprobación de la controvertida LGUM (así en su Exposición de motivos).

<sup>9</sup> Al respecto ya lo declaraba la STCE de 23 de mayo de 2000, asunto C 209/98.

de servicio ex art. 106.2 TFUE<sup>10</sup>. El Derecho de la Unión Europea exige que tales excepciones respondan a un interés general justificado (que se concretará, desde la perspectiva del Derecho español, en la promoción y salvaguardia de otros derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales relevantes), y que resulten para ello asimismo imprescindibles, y por tanto, necesarias y proporcionadas con respecto al fin justificativo de las mismas<sup>11</sup>.

### **III. VERIFICACIÓN DE LA TENDENCIA A ALIGERAR LAS RESTRICCIONES QUE IMPONE LA LEGISLACION DE RESIDUOS A LA LIBERTAD EMPRESARIAL.**

#### **1. Con respecto a las restricciones que limitan el ejercicio de la actividad empresarial.**

Es claro que a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva de servicios — y pese a que su aplicación en el ámbito de los residuos resulta parcial<sup>12</sup> —, y con la aprobación de sus leyes de transposición y aplicación, en especial con la Ley 25/2009, se aligeraron las medidas restrictivas de la libertad de empresa en este sector de protección ambiental. Ejemplo de ello es la posibilidad de adopción de procedimientos simplificados e integrados consistentes en una sola autorización cuando la persona titular de la instalación para la valorización y eliminación de residuos realiza asimismo las operaciones de valorización y eliminación de residuos (art. 27.3 LRSC). También lo ejemplifica el reconocimiento de la eficacia nacional de las autorizaciones autonómicas de empresas que realicen actividades de valorización y eliminación de residuos (art. 27.2 LRSC)<sup>13</sup>. Y, por supuesto, sirve como botón de muestra la sustitución de la autorización previa por el sistema de comunicación y control administrativo posterior con respecto a los titulares de actividades en las que se desarrollan operaciones de gestión de residuos no peligrosos, distintas a la valorización o eliminación, siempre que cumplan

---

<sup>10</sup> Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia sólo pueden regularse e implantarse para supuestos de actividades empresariales que puedan ser consideradas, aunque no sea imprescindible su declaración expresa, como servicios de interés económico general (regulados en los artículos 14 y 106.2 TFUE, y Protocolo nº 26 anejo al TFUE). En el TFUE se prevé que las empresas que prestan servicios esenciales para los ciudadanos desde el punto de vista de la garantía de la cohesión social y territorial, deben, por principio, cumplir las normas del Tratado, y, por tanto, las propias de la libre competencia empresarial, que comprende tanto el respeto a la libertad de establecimiento (arts. 49 y ss. TFUE) y libre prestación de servicios (arts. 56 y ss. TFUE), como de las normas de la competencia (art. 101-106 TFUE) y ayudas públicas (art. 107-109 TFUE) —, salvo que la aplicación de las mismas impida el cumplimiento de la misión específica de interés general que tengan encomendadas (art. 106.2 TFUE).

<sup>11</sup> En este sentido puede seguirse la evolución de las SSTJCE de 19 de mayo de 1993, Corbeau, asunto C-320/91, de 19 de junio de 1997, asunto T-260/94, Air Inter y de 21 de septiembre de 1999, Albany, asunto C-67/96.

<sup>12</sup> Vid al respecto nota 3.

<sup>13</sup> Eficacia nacional criticada por PERNAS GARCÍA, J.J. *op. cit.* pp. 25-27, en la medida que puede imposibilitar que se exija en determinados ámbitos autonómicos mayores niveles de protección ambiental.

ciertos requisitos (art. 29 LRSC) – lo que también se extiende a los transportistas de residuos peligrosos cuando actúan como meros intermediarios por cuenta de tercero, de conformidad con lo establecido en el art. 29.2 LRSC -.

## **2. Con respecto a las restricciones que limitan la libre circulación de mercancías y de empresas (libertades de establecimiento y de servicios).**

La eficacia de los principios de proximidad y suficiencia son lo que justifica las posibles restricciones que cabe imponer a la libre circulación de residuos. En este sentido es muy relevante recordar que las medidas restrictivas a la libre circulación de mercancías y de empresas son efectivamente en muchos casos medidas de prohibición del traslado de residuos. Sin embargo, a estas medidas no les resultan de aplicación directa las libertades reconocidas en el TFUE, por cuanto se considera de aplicación la legislación sectorial adoptada por la Unión Europea (el Reglamento (CE) nº 1013/2006 relativo a los traslados de residuos, de 14 de junio y en la Directiva 2008/98)<sup>14</sup>.

Restricciones al principio de libre circulación de mercancías (en la medida en que se trata de residuos valorizables) y de libre circulación de empresas pueden asimismo derivarse de las limitaciones a los traslados de residuos que prevé la legislación nacional en los arts. 25 (régimen de los traslados de residuos en el interior del territorio del Estado), recientemente desarrollado por vía reglamentaria<sup>15</sup> y art. 26 (entrada y salida de residuos del territorio nacional). En estos preceptos se regulan como únicas causas de oposición a los referidos traslados los motivos medioambientales recogidos en la legislación europea anteriormente referida. Ha de tomarse nota de cómo queda patente que se suavizan los motivos de oposición a los traslados de residuos. De hecho se reducen a dos las causas legales por las que cabe oponerse al traslado (que a consecuencia del traslado residuos producidos en la CCAA de destino tuvieran que ser eliminados o que el traslado se oponga a lo previsto en los planes de residuos). Además en el desarrollo reglamentario se ha previsto, - en aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado -, que no podrá ser causa de oposición al traslado que determinados servicios estén declarados, en el territorio de destino, servicio público al amparo del artículo 12.6 de la Ley 22/2011, de 28 de julio. De esta previsión resulta, desde luego, un cambio especialmente notable si se tiene en cuenta que la anterior regulación permitía justamente por un motivo similar oponerse al traslado<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>En este sentido así lo recuerda recientemente la STJUE de 12 de diciembre de 2013, as. C-292/12, en un procedimiento relativo a una cuestión prejudicial, en el que se prohíbe el traslado de residuos a los gestores de residuos que los quieren transportar a instalaciones de tratamiento fuera del territorio de la Corporación local que les ha adjudicado su gestión como concesionarias.

<sup>15</sup>*Real Decreto 180/2015, de 13 de marzo, por el que se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado.*

<sup>16</sup> La derogada Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos establecía, en su art. 16. d) como causa de denegación “que la planta receptora fuera de titularidad pública o su construcción o gestión hubiera sido financiada en parte con fondos públicos para atender exclusivamente necesidades

### 3. Con respecto a las restricciones a las normas de defensa de la competencia.

En este sentido las principales restricciones coincidirían con **la declaración de servicio público (al amparo del art. 12.6 LRSC)** en la medida que ello equivale a actividad monopolizada por la Administración y, por tanto, prestada en exclusiva por ella o sus contratistas, o bien la actividad económica que se presta por las Administraciones sin los mismos requerimientos que se exige a la iniciativa empresarial privada. Esta declaración de la actividad de los residuos urbanos como objeto de un servicio público local ya se encontraba recogida en la antigua legislación de residuos, que permitía a las Comunidades Autónomas ampliarla caso por caso a otro tipo de desechos. La evolución del régimen legal ha llevado a que hoy en día no baste tan sólo con su declaración legal. Se exige algo más. Es necesaria la motivación de su justificación y necesidad para la adecuada protección de la salud humana y del medio ambiente. Así lo recoge la LRSC de 2011, en el referido art. 12.6, conforme había propuesto la CNC (en su Informe IPN 49/10 sobre el Anteproyecto de esta ley). En este punto hay que advertir que este sector resulta pionero y avanzado en el tratamiento de esta cuestión al requerir este plus de motivación a la Administración, algo que no se exige en otros sectores<sup>17</sup> (como el de los servicios locales deportivos, en el de ciertos servicios locales educativos adicionales, o con la implantación local del servicio de guarderías), y es perfectamente criticable<sup>18</sup>. En ellos bastaría con la declaración legal de la actividad de servicio público o incluso su inclusión entre las competencias administrativas prestacionales para entender *per se* su justificación a estos efectos, y con ello la excepción sin más de la aplicación de las reglas de la competencia.

Vinculado a estas restricciones que consisten en la implantación de sistemas públicos de gestión se encuentra la **obligación dispuesta normativamente de que ciertos productores de residuos entreguen exclusivamente sus desechos a estos sistemas públicos de tratamiento**. Es cierto que este tipo de imposiciones podrían conceptuarse como contrarias a las libertades económicas garantizadas en el TFUE<sup>19</sup>. Sin embargo este tipo de obligaciones

---

de ejecución de la gestión de una parte definida de los residuos incluidos en los planes autonómicos y en los planes nacionales de residuos. Este motivo de denegación será también aplicable, en su caso, al traslado de residuos a plantas de valorización o eliminación de titularidad de las Entidades locales o financiados por ellas”.

<sup>17</sup> Al respecto: ORTEGA BERNARDO, J. “La aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local” Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, Nº 876, 2014 (Ejemplar dedicado a: “50 aniversario de la primera ley de competencia en España”), págs. 57-74.

<sup>18</sup> Al respecto ORTEGA BERNARDO, J. *op. cit.*

<sup>19</sup> En este ámbito desde hace años en Alemania se había venido produciendo un conflicto entre los municipios y los operadores económicos dedicados a la gestión de residuos, conocido como la „Guerra del papel usado“. Al respecto REIMER, F., ORTEGA BERNARDO, J. “Alemania: los últimos cambios en el sector de los residuos y en el modelo energético de la federación. Observatorio de políticas ambientales. 2013, pp. 137-152: “El motivo de la discordia consistía en disputarse los beneficios económicos que se derivaban de la recogida de papel y



de entrega forzosa pueden ser impuestas conforme al derecho nacional aunque impliquen asimismo una restricción en la libre competencia por cuanto comportan el cierre al acceso a ciertas actividades de tratamiento de residuos a las demás empresas. Ello es así al menos en los ámbitos territoriales en los que la obligación de entrega se impone. Este tipo de obligaciones no vienen establecidas por el derecho europeo (Directiva 2008/98, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a los residuos), pero tampoco se excluyen (así se ha declarado en una cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 18 de diciembre de 2014, as. SETAR, C-551/13)<sup>20</sup>. Actualmente restricciones similares se permiten en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a determinado tipo de residuos, aunque sólo se aceptan sometidas a ciertas condiciones. Así por ejemplo el arts.12.5.c) de la LRSUE exige a día de hoy que la imposición de la entrega obligatoria al sistema público resulte justificada por razones de mayor eficiencia y eficacia – económica y ambiental - en la gestión de los residuos. En este sentido los Tribunales superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas – STSJ de Baleares de 7 de julio de 2015, Rec. 266/2014, y STJ de Andalucía de 30 de junio de 2015, Rec. 726/2013 - han procedido a anular este tipo de entrega forzosa de residuos a los sistemas públicos al entender que dichas medidas se adoptaron sin contar con esa motivación específica basada en razones de mayor eficiencia y eficacia o incluso porque la misma no resultaba suficientemente probada, (esto último por ejemplo es lo que se afirma en la STSJ del País Vasco de 19 de marzo de 2014, RJ 640). Con este tipo de soluciones se pone en evidencia el cambio hacia un régimen menos restrictivo de la libertad empresarial que opera la Ley 22/2011, de 28 de julio, en lo referido a los residuos comerciales no peligrosos o comerciales domésticos. Con anterioridad, bajo la vigencia de la Ley 10/1998, de 21 de abril, la gestión

---

cartón usados. Y todo procedía de que a la recogida y tratamiento de este tipo de desechos les resultaba simultáneamente de aplicación, tanto la legislación federal sobre residuos (art. 13.3 KrW-/AbfG), de la que se derivaba la atribución de competencia a los servicios públicos de recogida de basuras, como el derecho de la competencia y la libre circulación de mercancías, (arts. 28 y ss. TFUE), conforme a los cuales podía sostenerse que dicha recogida y gestión se llevara a cabo por empresarios particulares que quisieran encargarse a cambio de la correspondiente contraprestación de dicho servicio. Estas dos posibles interpretaciones contrapuestas en la práctica daban lugar a innumerables disputas entre empresas y Administraciones locales y muchos de los conflictos terminaron dirimiéndose en los tribunales. El Tribunal federal contencioso administrativo se pronunció ante uno de los casos planteados en Sentencia de 18 de junio de 2009, (Az. 7 C 16.08, BVerwGE 134, 154). Y lo hizo a favor de los Gobiernos locales aunque imponiéndoles condiciones.

<sup>20</sup>En una petición de decisión prejudicial, resuelta por la STJUE de 18 de diciembre de 2014, caso SETAR, C-551/13, en un litigio surgido entre la empresa privada SETAR y la Administración pública tributaria de Italia, en concreto la *Commissione tributaria provinciale di Cagliari*, se pregunta si la Directiva 2008/98, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a los residuos, y, específicamente los arts. 4,13 y 15 de la misma, deberían interpretarse en el sentido de que impone a los Estados miembros la regulación de la posibilidad de que un productor de residuos o un poseedor de residuos elimine por sí mismo los residuos. Si así fuera, esto significaría que el poseedor que se acoja a dicha posibilidad quedaría eximido del pago de un impuesto municipal de eliminación de los residuos. En este sentido lo más relevante es que el tribunal reconoce el amplio margen de apreciación que se confiere a los Estados miembros para optar entre los diferentes sistemas de gestión. Incluso cita el considerando 41 de la Directiva 2008/98, para declarar que de hecho los Estados miembros abordan de modo diferente la recogida de los residuos y que en la práctica sus sistemas son, por ello, sensiblemente divergentes.

de esta clase de residuos comerciales no peligrosos se constituía como un servicio de prestación obligatoria por el municipio y de recepción, también forzosa, por parte de los productores.

Además derivado del principio de responsabilidad ampliada del productor (que se implantó ya con la legislación de residuos anterior<sup>21</sup>), **nos encontramos en ocasiones con la obligada constitución de los SIG<sup>22</sup>**. Se trata en estos casos igualmente de restricciones legales de la libre competencia, de mecanismos contrarios a la libre competencia que pueden funcionar porque el legislador, al amparo del art. 4 LDC, los ha configurado de este modo. En este caso realmente nos encontramos con la configuración legal de centrales de compras para la adjudicación del tratamiento (reciclaje) de residuos, por las que se verifican acuerdos entre competidores<sup>23</sup>.

#### **IV. COROLARIO: LA ACTIVACIÓN DEL EJERCICIO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS DE POLICIA CONTRA LAS RESTRICCIONES ILEGALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL SECTOR DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS.**

Por último es necesario dejar reseñado en este punto que el dato de que se suavicen ciertas restricciones impuestas a las libertades económicas por la legislación de residuos o que las mismas se impongan sometidas a ciertas cautelas va acompañado de otro fenómeno, que impulsado con la misma finalidad, lleva a activar mecanismos de respuesta por parte de las Administraciones de signo diametralmente opuesto. Nos referimos a aquellos estos supuestos en los que se produce una activación de las competencias públicas para perseguir y acabar con las restricciones ilegales a la libre competencia. Es frecuente en la actualidad encontramos ejemplos del ejercicio de las competencias administrativas de policía, de inspección y sanción de conductas infractoras, frente a prácticas ilegales restrictivas del libre mercado que suponen obstáculos al mismo y muy especialmente al principio de libre competencia<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Por ejemplo en materia de envases por disposición de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, - que con la LRSC ha pasado a tener rango reglamentario (conforme a su Disposición derogatoria única) -.

<sup>22</sup> A los que además de imponer las restricciones referidas en la respectiva legislación, en ocasiones se les imponen deberes que se identifican con las conceptuadas como "obligaciones de servicio público". Así en las sentencias del TSJ de Madrid de 27 de octubre de 2014, núm. 621/2014, y de 1 de octubre de 2014, núm. 535/2014.

<sup>23</sup> Desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia, la creación de una empresa o entidad entre varias empresas competidoras (la "Empresa en Participación") que actúa como central de compras, constituye un "mecanismo de colaboración entre competidores" "para la adquisición en común de los productos que éstos posteriormente revenderán o, en su caso, de los insumos que incorporarán a sus respectivos finales". Al respecto BACHES OPI, S. La aplicación del derecho español y comunitario de defensa de la competencia a las centrales de compras: análisis de algunas cuestiones prácticas" en ORTIZ BLANCO, L., COHEN, S. SEQUEROS, A. Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación, Vol. 8., (2008), pp. 357-391.

<sup>24</sup> Hay que tener en cuenta que estas prácticas colusorias se producen como en cualquier otro sector empresarial, o quizá más porque éste es un ámbito relativamente novedoso – antes no

---

existían empresas privadas para la gestión de todo tipo de residuos, bien porque se implantaba un servicio público bien porque no había obligación de incluir los residuos en sistemas de tratamiento que garantizaran su destino final de forma compatible con la protección del medio ambiente -. Se trata de cárteles promovidos por los propios competidores, por ejemplo las que se han producido en España en relación con la gestión de los residuos sanitarios (Resoluciones de la CNC de 27 de noviembre de 2014, **Expte. VS/0014/07 GESTIÓN RESIDUOS SANITARIOS**). Se producen sobre todo en ámbitos donde antes había monopolios públicos como en el caso de los residuos domésticos como el papel y el cartón, en el que se han creado centrales de compras ilegales (al respecto la Resolución de la CNMC de 6 de noviembre de 2014, **Expte. S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL**). También en el sector de gestión de residuos donde la ley ha permitido constituir SIG, centrales de compras legales, se producen problemas de este tipo. Por ejemplo, se dan casos en los que algún SIG no ha cumplido con todos los requisitos que se les había impuesto para entenderles exonerados de las normas de la competencia y en los que se produce por tanto infracción de las normas de la competencia (así en el caso de la Resolución de la CNC de 29 de Julio de 2010 sobre una sanción impuesta a Ecovidrio, **Expte. S/0065/08**),