



I 07/08- INFORME SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA), EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO Y MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

CONSEJO:

D. Gaspar Llanes Díaz-Salazar, Presidente
D^a. Ana Isabel Moreno Muela. Vocal Primera
D. Juan Luis Millán Pereira. Vocal Segundo

Sevilla, a 23 de diciembre de 2008.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, con la composición expresada y siendo ponente Don Juan Luis Millán Pereira, a instancias de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía y con motivo de la solicitud realizada por el Excmo. Ayuntamiento de Nerja (Málaga) de aprobación por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la efectiva ejecución en dicho municipio **del servicio de gestión integral del ciclo del agua en régimen de monopolio**, emite presente informe:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de mayo de 2005, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Nerja aprobó la incoación de expediente de municipalización del ciclo integral del agua, proponiendo como forma de gestión la indirecta mediante sociedad mercantil de economía mixta (participada al 50% por el propio Ayuntamiento y por un socio privado) y a la que se le encomendará dicha labor mediante contrato de gestión de servicios públicos.
2. El Pleno de fecha 18 de junio de 2008 aprobó la *Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero para la municipalización en régimen de monopolio del servicio de gestión integral del ciclo del agua en Nerja mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta* (en adelante, la *Memoria*). Dicha Memoria contiene *Pliego de cláusulas administrativas particulares para la selección, mediante concurso público, de un socio privado para la constitución de la sociedad de economía mixta destinada a la gestión de los servicios municipales del ciclo integral del agua en el municipio de Nerja* (en adelante, el *Pliego*).



3. Dicho acuerdo de Pleno fue publicado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y fueron insertados sendos anuncios en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de fecha 7 de julio de 2008 y en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga de fecha 27 de junio de 2008, estableciéndose un plazo de treinta días naturales a partir de la publicación en el primero, durante los cuales los interesados podrían formular observaciones.
4. Con fecha 26 de agosto de 2008, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga anuncio de licitación para la selección del socio privado y extracto del *Pliego*.
5. A dicha *Memoria* se presentan diversas alegaciones, a la vista de las cuales el Alcalde Presidente del municipio decreta con fecha 16 de septiembre de 2008 la suspensión del procedimiento de licitación señalado en el punto anterior.
6. El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Nerja de fecha 1 de octubre de 2008 resuelve las alegaciones presentadas, atendiendo algunas y, por consiguiente, modificando determinados aspectos de la *Memoria*, que aprueba definitivamente, reanudándose el procedimiento de licitación.
7. Con fecha 3 de octubre de 2008, se registra en la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, solicitud del Excmo. Ayuntamiento de Nerja para que el Consejo de Gobierno autorice la efectiva ejecución en régimen de monopolio de los servicios esenciales reservados a favor de las Entidades Locales por el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en virtud de las competencias que dicho Consejo tiene atribuidas en el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.
8. La Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía solicitó con fecha 22 de octubre de 2008 al Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento que se aportara al *Expediente de Municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua* (en adelante, el *Expediente*) entre otros, informe en el que se analice la conveniencia o no del régimen de monopolio frente al de libre concurrencia.
9. Con fecha 5 de noviembre, el Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Nerja remitió a la Consejería de Gobernación escrito de subsanación en el que se incluía informe del Secretario General del Ayuntamiento y fechado ese mismo día que se dice comprendía, entre otros aspectos, el análisis señalado en el apartado anterior.
10. Mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 2008, dicha Dirección General de Administración Local, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78.1 y 82.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, solicita a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) la emisión de informe “sobre su parecer en relación con el ejercicio por dicho Ayuntamiento del servicio del ciclo integral del agua en régimen de monopolio”.
11. Según lo establecido en el artículo 83.2 de la Ley 30/1992, el plazo máximo para la evacuación de dicho informe es de diez días, circunstancia que también se hace explícita en el referido escrito. El Consejo de Defensa de la Competencia de



Andalucía en su sesión de fecha 25 de noviembre de 2008 realizó un estudio preliminar del asunto y acordó comunicar al órgano solicitante del informe que, a la vista de la complejidad advertida en el expediente administrativo, que previsiblemente el mismo no se podría emitir en el plazo establecido, circunstancia que comunicó ese mismo mediante escrito de la Secretaria del Consejo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La elaboración de dicho informe forma parte de las competencias atribuidas a la ADCA en el artículo 3.f) Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. En concreto, su emisión corresponde al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, a propuesta de la Dirección del Departamento de Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia, según se establece en el artículo 8.2) del Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, de la Consejería de Economía y Hacienda, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Segundo. Este Consejo de Defensa de la Competencia, además, tiene atribuida la capacidad de formular recomendaciones o emitir informes para promover o preservar la competencia a las Administraciones Públicas cuando lo estime conveniente, según se establece en el artículo 8.c) del Decreto 289/2007. En su virtud, se acuerda remitir un informe específico al Excmo. Ayuntamiento de Nerja, a modo de Recomendación a esta Administración Pública para favorecer la competencia en la prestación del servicio público del ciclo integral del agua, conteniendo, de un lado, extracto de los aspectos más relevantes contenidos en el presente Informe; y de otro, consideraciones en materia de competencia sobre determinadas cláusulas contenidas en el *Pliego* (en concreto en relación con los requisitos para la participación en el concurso y con los criterios para la valoración de ofertas) con el objeto de que al Ayuntamiento los tenga en consideración en su actuación en este *Expediente*.

III. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

1. La Constitución Española (CE) configura un modelo económico en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, según se establece en su artículo 38, atribuyendo a los poderes públicos la función de garantizar y proteger su ejercicio.

Asimismo, en el texto constitucional se reconoce la iniciativa pública en el ejercicio de la actividad económica, pudiendo mediante Ley reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (art. 128.2 CE).

2. El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, establece que el municipio ejercerá en todo caso, competencias en materia de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Por su parte, el artículo 26.1 de la referida Ley, establece la obligatoriedad de que todos los municipios, por sí o asociados, presten servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Mientras que el 86 declara la reserva en favor de las Entidades locales en materia de abastecimiento y depuración de aguas.

3. Sobre el alcance del concepto de servicio público en el ámbito local el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997/4065) se manifestó del siguiente modo:

“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el art.85 LRBRL, que considera servicios públicos *a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares”.

4. Con relación a la amplitud e implicaciones del concepto *reserva de servicio* existen diversas posiciones doctrinales, desde quienes consideran que la reserva únicamente implica titularidad local, a quienes entienden que la reserva supone gestión directa o ejercicio en régimen de monopolio de la actividad. Finalmente están los que entienden que la reserva únicamente posibilita el monopolio, pero no lo impone¹.

Sobre el significado de reserva de servicio, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar.8890) afirmó que supone “una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de Ley a la Administración para que ésta lo dirija, lo reglamente y gestione en forma directa o indirecta, y a través de la cual presta un servicio público de forma regular y continua”.

Con base en esta sentencia, entendemos que la reserva local en materia de ciclo integral del agua no prejuzga ni determina el modo de gestión, y mucho menos su necesaria ejecución en régimen de monopolio.

¹ Cfr. J.TORNO MAS (1990), “Competencias municipales para la ordenación y gestión de los servicios públicos (especial referencia al suministro de agua, gas y electricidad)”, en REALA, num.245, pp.27 y ss.

De hecho, la reserva de servicio no impide que la gestión se traspase a empresas privadas o se resuelva mediante asociaciones público-privadas, quedando limitada las obligaciones de las administraciones públicas a supervisar y controlar la prestación del servicio.

Y en relación con su ejecución en régimen de monopolio, resulta significativo que el propio artículo 97 del RDL 781/1986, de 18 de abril, establezca que tanto el modo de gestión como, sobre todo, la prestación en régimen de monopolio de los servicios públicos reservados por Ley, se deben justificar mediante la correspondiente memoria explicativa. En ella debería quedar acreditado, de un lado, que el sistema de gestión para la prestación de servicios elegido garantiza tanto la eficacia como el máximo grado de eficiencia posibles; y de otro, que la conveniente satisfacción de interés general requiere de la excepción de las normas de competencia establecidas en el artículo 86.2 del TCE. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en diversos asuntos sobre la necesidad de probar que el mantenimiento del monopolio de los servicios públicos es necesario para asegurar un estándar de existencia y mínimo de vida de los ciudadanos.

En otras palabras, y en consonancia con la idea más moderna de servicio público local, las actividades reservadas son una categoría de aquellos, en los que la Ley permite la posibilidad de que su prestación se realice con exclusión de la competencia –siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la normativa vigente para ello-, si bien el servicio también podría ser ofrecido mediante otras modalidades de gestión, bajo el cumplimiento de una estrictas obligaciones públicas.

5. Todo lo anterior no es obstáculo para que se pueda afirmar con claridad que los Entes locales en España gozan de autonomía de organización, constituyendo la libertad de elección de la forma de gestión de los servicios que presta su expresión más significada a juicio de la doctrina². Esta autonomía se regula en el artículo 30 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que dispone que “las Corporaciones Locales tienen plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen Local y a sus reglamentos y demás disposiciones de aplicación”.

6. Las formas de gestión de los servicios públicos locales se establecen en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, donde se señala expresamente la gestión directa, remitiendo a la Ley de Contratos del Sector Público vigente en lo referente a las formas de gestión indirecta previstas para el contrato de gestión de servicios públicos. El único límite legal a la libertad de organización de los servicios públicos en el ámbito municipal se circunscribe a aquellos que impliquen ejercicio de autoridad (apartado 3)³.

7. No obstante lo anterior, entendemos que las formas de gestión establecidas en la Ley 7/1985 no tienen excluyente; esto es, que la libertad de organización del servicio no se limita a la alternativa entre gestión directa o indirecta, y dentro de cada modalidad por los diversos tipos de gestión, sino que podría alcanzar otras modalidades de gestión no expresamente citadas en las normas.

² Vid. F.SOSA WAGNER (1999), “Gestión de servicios públicos: algunos problemas”, en Jornadas sobre Derecho de Aguas, Aranzadi, Navarra, p.142.

³ Sobre las limitaciones de la autonomía de organización de la administración local se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de febrero de 1981.

El principio de autoorganización de los poderes públicos y, sobre todo, el hecho de que la prestación de los servicios públicos también venga condicionada por las pautas del libre mercado establecidas en el Derecho comunitario, constituyen argumentos de peso en favor de la idea de que en el ámbito local es posible la ampliación a otras formas de prestación indirecta de servicios, además de las establecidas expresamente en la Ley básica de contratos.

En otras palabras, a nuestro juicio, la aplicación de la competencia en este ámbito sólo estaría costreñida por la obligación de que el resultado no sea contrario al interés de la comunidad destinataria o beneficiaria del servicio público.

No obstante, entendemos que el seguimiento de lo anterior por parte de una Administración Local formaría parte de compromisos potestativos que aquella pudiera adquirir en materia de competencia, y no de obligaciones legales de exigible cumplimiento.

8. Como se recoge en la *Memoria* (p.6) “en la actualidad, el Ayuntamiento de Nerja presta el Servicio Integral del Ciclo del Agua: abastecimiento, saneamiento y depuración de agua (...) Son servicios que se prestan de forma directa sin órgano especial de la administración”.

9. En dicho *Expediente* se señala, no obstante, que “la experiencia viene demostrando que esta forma de gestión se muestra insuficiente para acometer los retos de una gestión integral del ciclo completo del agua en unos tiempos en los que el recurso es escaso y en los que el ciudadano demanda, mayores niveles de calidad”. A esta limitación se le unen otras deficiencias que se señalan igualmente en el *Expediente* como son: la necesidad de realizar fuertes inversiones en infraestructuras (p.6); la carencia de personal altamente cualificado para prestar el servicio con eficacia y conforme a la normativa vigente (p.6); el hecho de que el Ayuntamiento asuma plenamente el riesgo derivado de la prestación directa del servicio, absorbiendo ilimitadamente las pérdidas que puedan producirse (p.8); que una parte importante del municipio no forme parte del sistema municipal de abastecimiento, alimentándose a través de pozos propios o de pozos de la Comunidad de Regantes, y distribuyéndose en redes ajenas a las municipales (p.12); o que las aguas residuales se viertan sin depurar al mar, dejando a su capacidad orgánica la misión de la depuración (p.50).

10. Estas circunstancias, entre otras, constituyen el fundamento de la decisión del Pleno del Ayuntamiento, en primer lugar, de analizar desde un punto de vista jurídico, social, técnico y financiero, las ventajas e inconvenientes de las distintas formas alternativas de gestión del servicio de entre las previstas en la Ley; y, a continuación, y una vez determinada la más adecuada en función de las circunstancias particulares que concurren en el municipio, proceder a la modificación del sistema de gestión actual (directa) y la adopción de un sistema de gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta, en régimen de monopolio.

En concreto, en el *Expediente* se señala que “la búsqueda de una mayor eficacia en la prestación del servicio y que en definitiva reporte a los usuarios condiciones más ventajosas, ha motivado la redacción de esta memoria (...) que determine la forma más adecuada para la gestión del Servicio” (p.8). Señalándose en otro punto de la *Memoria* que “el objetivo municipal es lograr una gestión que asegure la cantidad y calidad del agua potable, así como la recogida y depuración de las aguas residuales y su vertido final en las mejores condiciones medioambientales exigibles y todo ello en las mejores condiciones económicas para el usuario”.

11. El Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, establece los principios generales que deben inspirar la gestión del agua, entre otros, el de unidad del ciclo hidrológico, tratamiento integral, coordinación y eficacia. En este sentido, la propuesta del Excmo. Ayuntamiento de Nerja se adecua formalmente de forma satisfactoria a los principios establecidos en el referido texto legal.

12. No obstante este principio de unidad del ciclo hidrológico o ciclo integral del agua, tanto las autoridades de defensa comunitarias como las nacionales en numerosas actuaciones han distinguido claramente al menos tres mercados diferenciables: (i) el de distribución del agua, que abarcaría todos los servicios desde la obtención del agua en sus fuentes de suministro hasta la distribución al consumidor final, incluyendo su captación, transporte y potabilización; (ii) mantenimiento de las redes de alcantarillado; y (iii) depuración (Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia, N-04063, Aguagest/Helguina). En otras palabras, en la *Memoria* se debería incluir un análisis individualizado de la forma de gestión elegida en cada uno de los mercados relevantes señalados.

13. Este Consejo considera positivo desde el punto de vista de la competencia que el Excmo. Ayuntamiento de Nerja, y en ejercicio de sus competencias, haya decidido modificar la forma de gestión el servicio de gestión integral del ciclo del agua y reemplazar el actual sistema de gestión directa (donde la competencia es inexistente) por otro de carácter indirecto basado en un mecanismo de Colaboración Público-Privada Institucionalizada, mediante la formalización del correspondiente contrato de gestión de servicios en la modalidad establecida en el artículo 253.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (sin perjuicio de la consideración que hicimos en el punto 7 acerca de la posibilidad de la posibilidad de profundizar en la prestación competitiva de los servicios públicos).

Y ello es así no sólo porque de esta forma, y como expresamente se analiza en la *Memoria*, se estima que los ciudadanos del servicio se van a beneficiar de las ventajas de la incorporación a la gestión del servicio público de un socio privado con un amplio conocimiento en la materia (es lo que se conoce como *know how*), o de que el servicio se vaya a gestionar desde una entidad especializada en la prestación del servicio del ciclo integral del agua⁴.

Además, el nuevo modelo de gestión supone la incorporación de cierta dosis de competencia a la prestación del servicio: la que se establecerá entre los candidatos a participar en la sociedad de capital mixto como socio privado, lo que a su vez debería producir un aumento en la eficiencia en la prestación del servicio.

14. No se puede concluir en idéntico sentido acerca de la opción que el Excmo. Ayuntamiento realiza acerca de la prestación del servicio en régimen de monopolio, por cuanto la *Memoria* no contiene un análisis sobre las razones de la elección de este régimen frente al de concurrencia.

Sin duda se podrían haber esgrimido numerosas razones para justificar la opción elegida, desde el carácter demanial los recursos hídricos o de los espacios necesarios para su prestación; hasta el hecho de que el servicio que se preste a través de una red física (en concreto las fases de distribución o suministro de agua potable y la recogida de las aguas residuales), pudiendo resultar aconsejable desde el punto de vista de la eficiencia la sustracción del servicio a la libre concurrencia de forma pura y

⁴ En este análisis no se valoran cuestiones de carácter técnico, como por ejemplo si la Unidad Territorial de Gestión más adecuada para el ejercicio de este servicio público es el municipio.

el endoso de una red única a quien ofrezca mejores condiciones en la prestación del servicio (aunque también se podían estudiar fórmulas de gestión compartida de una infraestructura). Y por supuesto, el conocido argumento de que nos encontramos en presencia de una actividad cuyas características se corresponden con las de un monopolio natural: aquella en que las costosas infraestructuras necesarias para su prestación, hacen imprescindible su explotación en régimen de monopolio para asegurar la recuperación de la inversión realizada. No obstante, este último argumento sería discutible en este caso ya que las infraestructuras que necesarias para distribuir y recoger las aguas existen, son de titularidad municipal y su uso, así como la explotación, se ceden a la empresa mixta (cláusula 1ª del *Pliego*), limitándose las obligaciones de la empresa a realizar las labores de conservación y mantenimiento de la red (cláusula 17ª), correspondiendo por cuenta del Ayuntamiento los gastos derivados de ampliación, renovación y mejora (cláusula 19ª).

En lo referente a la depuración de aguas residuales (el tercero de los mercados considerados desde el punto de vista de competencia), se debería recurrir a argumentos específicos, por cuanto ni la demanialidad, ni la prestación en red constituyen elementos que concurren en el desarrollo de esta actividad, lo que ha llevado a diversos autores a concluir que éste constituye ámbito del ciclo del agua más proclive a su prestación en condiciones de libre competencia.

15. Pero la *Memoria* no contiene ninguno estos argumentos, ni ningún otro, que justifiquen la mayor eficiencia de la prestación del servicio público en régimen de monopolio frente a otra más competitiva en el mercado. Y se trata de un requisito económico insoslayable, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, para el otorgamiento de un régimen de monopolio a una persona física o jurídica para la gestión de un servicio público con contenido económico a través de un contrato administrativo (Informe I26b/1/07).

Como señalamos, esta circunstancia fue advertida por la Dirección General de Administración Local que en su escrito de fecha 22 de octubre señaló la necesidad de completar el expediente administrativo con un "Informe en el que se analice la conveniencia o no del régimen de monopolio frente al de libre competencia".

Esta falta de justificación ha pretendido ser subsanada mediante el informe del Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Nerja, de 5 de noviembre, en el que si bien se reconoce en un primer momento que "no se entendió necesario justificar la conveniencia del monopolio", porque ya existía de facto; o que "por la naturaleza misma de la actividad de que se trata, sencillamente ni existe ni en un futuro podrá existir un régimen de libre competencia en la prestación de estos servicio", a continuación se pasa a extractar, a modo de Informe, los que considera los principales argumentos contenidos en el *Expediente* que justifican la necesidad de que el ciclo integral del agua en la nueva etapa se preste en régimen de monopolio.

Ahora bien, dicha justificación no puede ser más insatisfactoria desde un punto de vista de la competencia. Así:

i) se considera que "el régimen de monopolio es la consecuencia lógica jurídica de la reserva de Ley que sobre este servicio hace el art.86 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local" (sobre este extremo nos remitimos a las consideraciones contenidas en el punto 4).

ii) se asegura que "la experiencia de otros municipios en los que el Ayuntamiento ha prestado el servicio de abastecimiento de agua potable en "competencia con otras empresas privadas (...) ha sido nefasta", sin que en el *Expediente* se detalle ejemplo alguno que avale lo que en estos términos no puede ser considerada sino como una opinión.

iii) se afirma que “la consecuencia de que se proponga y ratifique el régimen de monopolio (es) que añadiría una situación de seguridad jurídica más plena” (*sic*), lo que equivaldría a aceptar que libre concurrencia e inseguridad jurídica van indisolublemente unidos, argumento inaceptable desde el punto de vista de competencia.

iv) se relaciona el hecho de que el Ayuntamiento entendía que “la gestión directa se mostraba insuficiente para afrontar los retos de una gestión integral del ciclo completo del agua”, lo que en todo caso avalaría la necesidad de que el sistema se preste mediante alguna de las fórmulas de gestión indirecta como la propuesta, pero no que haga en régimen de monopolio.

v) Y, por último, se asegura que la actividad “no es rentable para la iniciativa privada”, argumento inconsistente por cuanto sería lo mismo que decir que tampoco habría empresas interesadas en participar como socio privado en una sociedad mixta para la gestión de una actividad no rentable, cuando precisamente nos encontramos en un sector en el que el interés de las empresas privadas por participar en su gestión es máximo y los ejemplos de participación en cualquiera de las modalidades de gestión indirecta son numerosos.

16. Es más, del análisis de la *Memoria* ni siquiera es posible deducir con claridad las ventajas que se derivarían del nuevo método de gestión del servicio, que incluye la prestación indirecta en régimen de monopolio, pues no se prevén avances, entre otros, en materia de incorporación a la red municipal de abastecimiento de la población del municipio que lo hace a través de redes propias, dejándose esta circunstancia a la libre voluntad de los ciudadanos y de apreciación de las condiciones de cesión de las redes privadas por parte de la empresa mixta (p.349); ni se asumen las obligaciones en materia de depuración de aguas establecidas en la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, tarea que, según se dice, se acometerá en la medida que entre en funcionamiento una estación depuradora por parte de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Oriental.

17. En resumen, como ha señalado la Comisión Nacional de Competencia en su Informe I26/7/08, de Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, en relación con las normas pero que sería extensible al resto de los actos administrativos:

“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 a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos” (p.20).

Y el hecho de que el servicio público del ciclo integral del agua se preste en la práctica totalidad de los municipios en España en régimen de monopolio, en buena medida por razones históricas, aunque probablemente también por razones económicas, no exime al Ayuntamiento de la necesidad de justificar las razones concretas por las que ha optado por este régimen.

Por consiguiente hemos de concluir que su deficiente justificación en el caso que nos ocupa (o, si se quiere, la ausencia de justificación), constituye una limitación



definitiva del expediente administrativo que **impiden a este Consejo pronunciarse sobre si se justifica con base en criterios de eficiencia la necesidad de explotar el servicio público del ciclo integral del agua en el municipio de Nerja en régimen de monopolio.**