



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 20
28071-MADRID

OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN PLANTEADA POR D. [RECLAMANTE], EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 26.1 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (EXPTE. 26/xxTransporte de viajeros 2)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 9 de abril 2015, tiene entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, el escrito de reclamación de D. [reclamante], denunciando la supuesta existencia de obstáculos a su actividad empresarial en el sector del transporte discrecional de viajeros por carretera, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM, en lo sucesivo). Dicho escrito fue remitido en la misma fecha a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su escrito, el reclamante impugna la Resolución de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 9 de marzo de 2015, por la que se resuelve declararle desistido de su solicitud de autorización para prestar el servicio de transporte discrecional de viajeros, por no acreditar el cumplimiento del requisito de disponer de cinco autobuses con una antigüedad menor a dos años y que sumen en conjunto 90 plazas. En síntesis, el reclamante considera que esta exigencia legal constituye una barrera de acceso injustificada (y que él califica como carente de lógica y de arbitraria) a la actividad económica del transporte discrecional de viajeros que impide la entrada al mercado de nuevos operadores y solicita que la misma debe ser suprimida.

2. MARCO NORMATIVO

2.1 Normativa de la Unión Europea

A nivel comunitario, debemos destacar la regulación del sector contenida tanto en el Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, del Parlamento y del Consejo, sobre los Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera, como en el Reglamento (CE) 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo.



2.2 Normativa estatal

Para analizar el marco normativo estatal, debe partirse del régimen de distribución de competencias existente entre el Estado y las comunidades autónomas. En virtud del artículo 149.1.21ª de la Constitución Española se reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia de transporte terrestre, cuando discorra por el territorio de más de una comunidad autónoma. Y su artículo 148.1.5ª, dispone que la competencia es exclusiva de las comunidades autónomas en el transporte intracomunitario; es decir, aquel cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de estas.

La normativa estatal de referencia sobre el transporte discrecional de viajeros se detalla bajo estas líneas:

- 1) La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres ordena el transporte terrestre en su conjunto y establece normas de aplicación general. La Ley regula un marco normativo general, para que la dirección global de los transportes sea común en todo el Estado. Dentro del respeto a las competencias de las comunidades autónomas y a las entidades locales, la ley pretende su aplicación por vía directa o supletoria en el mayor ámbito de aplicación posible¹.
- 2) El Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes incluye las reglas sobre las condiciones para el ejercicio de las actividades de transporte y los títulos administrativos habilitantes (autorizaciones y concesiones) para su realización².
- 3) En materia de autorizaciones de transporte discrecional y privado complementario de viajeros en autobús, el Real Decreto 1211/1990 ha sido desarrollado por la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997. Dicha norma fue modificada por la Orden FOM/2183/2008, de 23 de julio, que introdujo medidas destinadas a flexibilizar el régimen jurídico de las mencionadas autorizaciones, para facilitar el ajuste de la oferta a la crisis económica y posibilitar la reestructuración del sector.

¹ Han operado cambios en esta norma, entre otras, 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; y más recientemente, la Ley 9/2013, de 4 de julio.

² Ha sido modificado, entre otros, por el Real Decreto 858/1994, de 29 de abril, por el Real Decreto 1136/97, de 11 de julio, por el Real Decreto 927/98, de 14 de mayo, por el Real Decreto 1830/99, de 3 de diciembre, por el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, por el artículo 21 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, y por el Real Decreto 919/2010, de 16 de julio y Ley 9/2013, de 4 de julio. Parcialmente derogado por Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Los títulos VII y VIII han sido afectados sustancialmente por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y sus normas de desarrollo.



3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

A este respecto, la LGUM ha creado unos mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación, entre los que se encuentra el procedimiento previsto en el artículo 26.

El reclamante hace uso de este procedimiento para impugnar la Resolución de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 9 de marzo de 2015, por la que se resuelve declararle desistido de su solicitud de autorización y ello, al entender que la imposibilidad de acreditar el cumplimiento del requisito de disponer de cinco autobuses con una antigüedad menor a dos años y que sumen en conjunto 90 plazas “no es desistir”. A su juicio, tal exigencia constituye una barrera de acceso al mercado injustificada, o según sus propias palabras “carente de lógica y de arbitraria”, y que impide el acceso a la actividad económica del transporte discrecional de viajeros a potenciales operadores.

El artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado.

La Directiva de Servicios excluye de su ámbito de aplicación el transporte, por tratarse de un servicio económico de interés general. La Ley de Garantía de Unidad de Mercado remarca, en cambio, en su preámbulo que el transporte entra dentro de su ámbito y que es una norma de observancia para todas “todas las Administraciones Públicas” españolas, sin excepción, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, “especialmente” en aquellas que “resultan de especial relevancia para la economía”, bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico, bien por su carácter estratégico —como es el caso del transporte, sector que cita expresamente—.

La prestación del servicio de transporte discrecional de viajeros por carretera en autobús debe entenderse como una actividad económica que se efectúa en condiciones de mercado por operadores económicos. Ello, atendiendo a la definición que proporciona en su anexo la LGUM, que define actividad económica como “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.



La Resolución de desistimiento objeto de reclamación se dicta en aplicación de la normativa sectorial de carácter estatal. Más específicamente, el establecimiento del número mínimo de vehículos como requisito de acceso y de ejercicio de esta actividad de transporte viene recogido en el artículo 15.1 de la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997. Dicho precepto exige disponer de una flota de cinco autobuses (en propiedad o arrendados mediante *leasing*), que totalicen noventa plazas y tengan con una antigüedad máxima de dos años, en el momento de formular la solicitud.

Esa disposición reglamentaria reza textualmente como sigue:

“Artículo 15. Acreditación de la disposición del número mínimo de autobuses exigido.

1. Los titulares de autorizaciones de transporte público discrecional de viajeros en autobús habrán de disponer, en todo momento, de, al menos, cinco autobuses de esta clase en propiedad o en régimen de arrendamiento financiero tipo «leasing», los cuales deberán reunir los requisitos exigidos en el artículo 21.

No obstante, en aquellos supuestos en que la densidad de población del área comprendida en 50 kilómetros a la redonda, medidos desde el núcleo de población en que la autorización se encuentre domiciliada no sea superior a quince habitantes por kilómetro cuadrado, bastará con que la empresa disponga de, al menos, dos autobuses; si bien, en tal supuesto, el ámbito de la autorización quedará restringido a dicha área, lo cual se hará constar expresamente en la autorización y sus copias certificadas. En este supuesto no será necesario que se cumpla el requisito exigido en la letra i) del artículo 8.

2. De cuantos autobuses disponga inicialmente la empresa, al menos, el número mínimo exigido en este artículo no podrá superar, en el momento de solicitar la autorización, la antigüedad de dos años, contados desde su primera matriculación.

3. La disposición efectiva de los autobuses exigidos en este artículo se acreditará mediante la presentación de los correspondientes permisos de circulación, expedidos a nombre del titular de la autorización, junto con las tarjetas de inspección técnica periódica de los autobuses”.

Como este punto de contacto señaló en el Informe nº 3/2015, de 3 de febrero de 2015, emitido en relación al Expediente 28-1502, en el marco del procedimiento de información de obstáculos o barreras a la unidad de mercado del artículo 28 LGUM: “*el artículo 15 de la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997 establece un requisito injustificado para poder operar. La necesidad de disponer de un número mínimo de vehículos constituye una barrera económica de acceso al mercado, dado que las inversiones necesarias para prestar el servicio y el tamaño de los operadores del sector quedan condicionados por la obligación de cumplir tal requisito. En consecuencia, deja fuera del mercado a potenciales operadores, sin que se justifiquen en la norma las razones de tal medida y sin que exista una explicación objetiva para fijar el número mínimo de vehículos en cinco*”. En otras palabras, la exigencia de disponer de una flota mínima de vehículos supone una evidente restricción de entrada al mercado, habida cuenta de las inversiones mínimas necesarias derivadas de esta obligación impuesta por el regulador estatal; resultando además que este requisito estaría condicionando, además, el



tamaño de los operadores de este concreto sector, al impedir operar en el mercado a empresas con una dimensión inferior a cinco vehículos, lo que afectaría especialmente a pequeñas y medianas empresas y a autónomos.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Garantía de Unidad del Mercado, todas las Administraciones públicas españolas están obligadas a observar en sus disposiciones los principios establecidos para proteger las libertades de acceso y ejercicio de los operadores económicos. El artículo 9.1 LGUM, bajo el título “garantía de las libertades de los operadores económicos”, preceptúa:

“Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”.

La aprobación de la LGUM exige un análisis doble sobre la necesidad y proporcionalidad con que las Administraciones establecen requisitos asociados al inicio o desarrollo de la actividad económica. Corresponde al Ministerio de Fomento justificar motivadamente la necesidad de mantener exigencias que obstaculizan el acceso al mercado del transporte discrecional de viajeros por carretera. Debe recordarse que el artículo 5.1 LGUM, a propósito de la necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las Administraciones públicas, preceptúa lo siguiente:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

Del artículo precitado cabe inferir que solo han de imponerse requisitos verdaderamente justificados por la consecución de objetivos de interés público más dignos de protección. Más específicamente, la imposición de requisitos a una actividad económica habrá de fundarse en alguna de las razones imperiosas de interés general de las incluidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, debiendo ser proporcionados los requisitos fijados al motivo u objeto de protección, a saber:



“el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.

El transporte de viajeros es un servicio económico de interés general, es decir, una prestación esencial cuya calidad, continuidad y acceso universal deben garantizar los poderes públicos; de ahí el establecimiento de cautelas administrativas llamadas a asegurar su efectividad y proteger a sus destinatarios. Como tal servicio económico de interés general existe el reconocimiento en la Unión Europea del papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestarlo, encargarlo y organizarlo del modo que mejor convenga a las necesidades de los usuarios.

La imposición de un número mínimo de vehículos como requisito de acceso de la actividad de transporte discrecional de viajeros no está prevista por el Reglamento (CE) nº 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera. Tampoco se recoge en la LOTT.

En particular, dicha previsión tiene su origen en el antiguo mandato recogido en el artículo 115 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres y que habilitaba al Ministerio de Fomento *para “establecer requisitos, dirigidos a controlar la oferta o a mejorar la estructuración del sector, para el otorgamiento de autorizaciones de transporte público de mercancías en vehículos pesados y de viajeros en autobús. Dichos requisitos, para cuya determinación se tendrá en cuenta la situación de mercado, podrán estar referidos, entre otros supuestos, a la concentración empresarial previamente realizada, a la dimensión mínima de las empresas o de las estructuras de gestión en que éstas se integren, al aumento de flota o actividad que las mismas hayan previamente experimentado, a las necesidades de cubrir demandas debidamente acreditadas y al nivel de cumplimiento de las obligaciones empresariales”.* Sin embargo, el art.115 del ROTT fue modificado por el número 66 del artículo único del Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre; desapareciendo esta habilitación que existía en el momento de dictarse la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997 en entredicho.

Merece destacar que, según el propio preámbulo de la referida Orden, la imposición de tales requisitos respondía a la conveniencia de *“asegurar la más correcta estructuración del sector”* y al propósito de *“garantizar unos niveles suficientes y uniformes de calidad en la prestación ofertada a los usuarios, el exigir una dimensión mínima a las empresas, mediante la disposición en todo caso, de un número mínimo de autobuses”.* También se reconocía expresamente en dicho preámbulo que la adopción de la medida en cuestión se justificaba, asimismo, *“teniendo en cuenta la actual estructura del sector empresarial de transporte*



discrecional de viajeros en autobús, así como lo manifestado por las asociaciones profesionales integradas en el Comité Nacional del Transporte por Carretera, se ha considerado que la referida dimensión mínima debía cifrarse en cinco vehículos y un número de plazas no inferior a noventa”.

Como ya se ha señalado, el contenido del artículo 115 del ROTT en que se sustentaba esta exigencia ha sido modificado por el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, siendo la redacción actualmente en vigor la siguiente:

“Los vehículos de transporte mixto definidos en el apartado 5 del artículo 47 podrán realizar tanto el transporte de viajeros como el de mercancías que sus características técnicas permitan.

Para la realización de transporte con vehículos de dicha clase será necesaria la posesión de la preceptiva autorización administrativa, cuyo otorgamiento estará condicionado al cumplimiento simultáneo de los requisitos exigidos para la obtención tanto de la autorización de transporte de viajeros como de la de mercancías que correspondan en función de las características del vehículo y de la clase de transporte, público o privado, que se pretenda realizar con él”.

Llegados a este punto, conviene recordar que el artículo 18.2.g) de la LGUM, por remisión expresa al artículo 10.e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, prohíbe que las autoridades competentes establezcan límites al acceso y ejercicio de una actividad económica con base en razones de naturaleza estrictamente económica, ni encubrir requisitos de planificación obligatoria. En concreto, a tenor del art. 10.e) Ley 17/2009, en ningún caso se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de: *“e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica”.*

Desde la vertiente de la proporcionalidad debe sopesarse, además, la conveniencia de imponer una antigüedad máxima de dos años a los vehículos para poder solicitar la expedición de la Tarjeta de Transporte VD (Viajeros Discrecional). Es razonable adoptar cautelas para garantizar la calidad del servicio y la seguridad de los destinatarios, pero debe tenerse en cuenta que otros artículos de la Orden FOM pueden salvaguardar esos objetivos de interés general. Por ejemplo, el artículo 21, al imponer las condiciones de realización del transporte, obligando a que los vehículos cumplan una serie de requisitos técnicos. Se reproduce, por su interés:



“Artículo 21. Condiciones de realización del transporte.

1. (...)

2. Los autobuses con los que se realice el transporte solo podrán considerarse amparados por la correspondiente autorización cuando se encuentren matriculados y habilitados para circular, se halle vigente la última inspección técnica periódica que legalmente les corresponda y el titular de aquélla disponga de los mismos en virtud de alguno de los siguientes títulos:

a) Propiedad o usufructo.

b) Arrendamiento financiero o «leasing».

c) Arrendamiento ordinario en las condiciones previstas en la sección primera del capítulo IV del título V del ROTT (artículos 174 a 179) y en las normas dictadas para su desarrollo.

Únicamente se considerará que se dan las circunstancias previstas en las letras a) o b) anteriores si el titular del correspondiente permiso de circulación coincide con el que conste en la copia certificada de la autorización que se lleve a bordo.

Únicamente se considerará que se da la circunstancia prevista en la letra c) si se lleva a bordo del autobús el correspondiente contrato de arrendamiento en el que habrá de figurar el plazo de duración del mismo, la identificación de la empresa arrendadora y los datos del autobús y de la correspondiente autorización de arrendamiento”.

Con arreglo a todo lo anterior, no se advierte la proporcionalidad de tal medida en relación al objetivo de protección del interés general perseguido por la norma, desde el momento en que los objetivos de seguridad y protección de los consumidores quedarían cubiertos con la habilitación para circular y la vigencia de las inspecciones técnicas periódicas previstas en el artículo 21.2. Por otro lado, tampoco quedaría acreditada la exigencia de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica (art. 5.2 LGUM).

En último lugar, no quedaría claro tampoco si los operadores ya establecidos que renuevan su flota quedan o no obligados normativamente a incorporar autobuses con una antigüedad menor a dos años. Desde esta óptica, la citada Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997 podría estar obligando a competir en situación de desventaja a los nuevos operadores respecto de los ya establecidos, al exigirseles inversiones teóricamente más elevadas para poder acceder al negocio.

Sobre la base de todo lo anterior, y dado que el requisito de una flota mínima de cinco autobuses con una antigüedad máxima de dos años, cuyo cumplimiento exigen las distintas autoridades competentes en sus respectivos ámbitos geográficos, al basarse en una norma aún vigente y de directa aplicación en los distintos territorios; y considerando que dicho requerimiento no se justifica en una razón imperiosa de interés general de las contenidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 y art. 5 de la LGUM, tal exigencia resultaría contraria al



principio de necesidad y tampoco respetaría los principios de proporcionalidad y no discriminación.

4. CONCLUSIÓN

Este punto de contacto considera que la Resolución impugnada se fundamenta en la exigencia de disponer de un número mínimo de cinco autobuses (en propiedad o arrendados mediante leasing), que totalicen noventa plazas y con una antigüedad máxima de dos años; un requisito previsto en el artículo 15 de la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997 y que no se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado y, por este motivo, ha de entenderse que supone un obstáculo injustificado para el acceso y ejercicio de la actividad del transporte discrecional de viajeros por carretera.

Sevilla, 15 de abril de 2015

AGENCIA DE DEFENSA DE COMPETENCIA DE ANDALUCÍA