



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

INFORME Nº 3/2015, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 LGUM (Expediente 28-XX)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 16 de enero de 2015, tuvo entrada en la Secretaría del CUM el escrito de D. [INFORMANTE] aportando información sobre la existencia de obstáculos a su actividad empresarial en el sector del transporte discrecional de viajeros por carreteras. 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.

El operador expone que está siendo víctima de las trabas que introduce la Administración para emprender una actividad económica, ya que en el procedimiento de expedición de la Tarjeta de Transporte VD (Viajeros Discrecional), le exige disponer con antelación de cinco autobuses con una antigüedad menor a dos años y que sumen en conjunto 90 plazas. Tal exigencia se ampara en el artículo 15.1 de la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997 (BOE nº 182).

Según el informante, ese precepto es contrario a la Ley 20/2013, que en su artículo 5.1 establece textualmente: *“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”*.

De acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley 20/2013, cualquier límite o requisito establecido por las autoridades 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. Sin embargo, según el operador, no parece existir ningún motivo de interés público de los previstos en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 que justifique la restricción de acceso a la actividad económica del transporte discrecional.

Asegura, por ello, que la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997 contraviene las disposiciones legales citadas y solicita la supresión de acceso a la actividad basada en el número mínimo de vehículos.

El 19 de enero de 2015, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía solicitó un informe a la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, como departamento competente en materia de transporte terrestre en la comunidad autónoma, para que determinara si



la actuación descrita por el operador puede constituir un obstáculo o barrera a la unidad de mercado.

La Consejería se pronunció a través de su Dirección General de Movilidad, con fecha de entrada en la Agencia el 27 de enero de 2015, considerando que la imposición de una flota mínima de cinco vehículos constituye una barrera de acceso al mercado no justificada. “Esta Dirección General de Movilidad no comparte el razonamiento de que pequeñas empresas y autónomos con un número inferior a cinco vehículos no sean capaces de ofertar un servicio de óptima calidad a sus clientes”, ponía de relieve en su informe. Observaba, además, que la imposición de requisitos prevista en el artículo 15.1 de la Orden del Ministerio de Fomento se ampara en una versión no vigente del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres; en concreto de su artículo 115. Sin embargo, tal precepto fue suprimido por la nueva redacción dada a tal reglamento por el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, por el artículo 21 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, no recogiendo su redacción actual la potestad del Ministerio de fijar como requisito una dimensión mínima de cinco vehículos.

En parecidos términos lo reflejó el letrado jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Fomento y Vivienda, en otro informe con fecha de entrada en la Agencia también el 27 de enero, al remarcar que ha desaparecido del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres la habilitación al Ministerio de Fomento para “establecer requisitos dirigidos a controlar la oferta o a mejorar la estructuración del sector”, por mor del precitado RD 1225/2006.

2. MARCO NORMATIVO

Para analizar el marco normativo, debe partirse del régimen de distribución de competencias existente entre el Estado y las comunidades autónomas. En virtud del artículo 149.1.21^a 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 148.1.5^a, 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.

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) 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.

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.

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”.

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.



El operador denuncia en su escrito que la Administración le impone requisitos previos de acceso al mercado, para expedirle la autorización de transporte público discrecional de viajeros en autobús (Tarjeta de Transporte VD). En concreto, y de acuerdo con el artículo 15.1 de la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997, le 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.

El precepto 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”.

Este punto de contacto considera que 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.

Con todo, la restricción tiene su origen en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, que en su artículo 109 y siguientes facultaba al Ministerio de Fomento para concretar los requisitos a discreción. Así lo hizo ese departamento por vía reglamentaria, mediante la Orden FOM, sustrayendo la decisión al mercado (en concreto, el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres regulaba la atribución al Ministerio de Fomento en su artículo 115; pero ese artículo fue modificado y no está vigente en la actualidad, como se expondrá bajo estas líneas).



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. Debe los procedimientos de autorización deberán atender a lo dispuesto en el artículo 17 LGUM y no podrán contener requisitos innecesarios y/o desproporcionados.

El concepto de razón imperiosa de interés general emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y justifica la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones a la consecución de objetivos de orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, protección del equilibrio financiero de seguridad social, protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y los consumidores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual o industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico y los objetivos de política social y cultural; todas ellas tasadas como razones “razones imperiosas de interés general”.



Debe partirse de que 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.

Es decir, existe una justificación apriorística del régimen administrativo de la autorización. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley 20/2013, cualquier límite o requisito establecido por las autoridades 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.

Para un análisis más certero sobre la falta de acomodo del artículo 15 de la Orden de 23 de julio de 1997 a los principios que garantizan la unidad de mercado debe ponerse de relieve que los requisitos impuestos por tal artículo obedecen, según el preámbulo de esa norma, al antiguo mandato del artículo 115 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres. Mandato que 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”.

Para justificar la imposición de tales requisitos, la Orden admite en su preámbulo: *“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”.*

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía quiere poner de manifiesto que la redacción del artículo 115 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres fue modificada por el número 66 del artículo único del Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, de modo tal que su redacción actual es 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”.



Con la vigente redacción del precepto transcrito desaparece, por lo tanto, la habilitación 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”. Habilitación que existía en el momento de dictarse la Orden ahora en entredicho. Por lo tanto, desde el punto de vista de la necesidad, es cuestionable imponer a los operadores una flota mínima de cinco autobuses.

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 salvaguardan esas posibles razones imperiosas de interés general. Por ejemplo, el artículo 21 impone 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”.

Debe observarse, por último, que la Orden FOM está obligando a competir en situación de desventaja a los nuevos operadores respecto de los ya establecidos, al exigírseles inversiones teóricamente más elevadas para poder acceder al negocio.



No quedando claro, por tanto, el umbral de proporcionalidad, 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, y no quedando claro tampoco si los operadores ya establecidos que renuevan sus flota quedan obligados normativamente a incorporar autobuses con una antigüedad menor a dos años, cabe plantearse la revisión de este requisito.

4. PROPUESTA DE ACTUACIÓN

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía ha constatado la existencia de barreras u obstáculos al acceso de la prestación del servicio del transporte discrecional de viajeros por carreteras previsto en la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1997.

A quienes pretendan actuar como operadores de tal actividad económica, el artículo 15 de la Orden les 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.

Evaluadas la necesidad y proporcionalidad de tales requisitos, este punto de contacto considera que son contrarios al artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad del Mercado, tal y como se ha explicitado en el epígrafe tres del informe, denominado Análisis del caso planteado a la luz de la LGUM. Como propuesta de actuación, se sugiere la inmediata modificación de la norma por la autoridad competente.

Sevilla, 3 de febrero de 2015

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA