

INFORME DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2016 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA AL TRANSPORTE URBANO DE FINALIDAD TURÍSTICA (UM/129/16).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 29 de septiembre de 2016 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de un operador, en el marco del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), relativa a barreras en el transporte urbano de finalidad turística. La reclamación puede resumirse de este modo:

- Que la informante es una entidad mercantil que opera en el ámbito del transporte urbano de finalidad turística.
- Que el mercado español del subsector de los autobuses y trenes urbanos de finalidad turística se encuentra restringido y cerrado a la entrada de nuevos operadores, sin que exista una razón jurídica para ello, máxime cuando el sector se encuentra liberalizado en prácticamente todo el mundo.
- Que, según resulta del dictamen jurídico que acompaña, el sistema se debe basar en la libertad de entrada al mercado. En su lugar, la permanencia de un sistema de concesiones exclusivas desincentiva la prestación de un servicio más eficiente e innovador, y resta competitividad. El dictamen expone las consecuencias negativas de la proliferación de autorizaciones o concesiones conferidas a un único operador en régimen de exclusividad.
- Que la consulta se refiere al servicio prestado por carretera, bien sea en autocar de tipología específica o en trenes turísticos definidos como tales en el Reglamento General de Vehículos, en un único término municipal, que se explota por interés histórico o finalidad turística, de modo que no se trata de servicios públicos o de interés general.
- Que el exceso de control municipal sobre dicha actividad tendría como finalidad la generación de ingresos para la Administración

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Regulación normativa

El artículo 149.1.21^a de la Constitución Española reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia del transporte terrestre que transcurra por el

territorio de más de una Comunidad Autónoma. En desarrollo de dicho título competencial, el Estado ha dictado la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), la cual dedica su Capítulo VI a los denominados “transportes turísticos”. La LOTT exige, en esencia, la contratación del transporte turístico en un viaje combinado, ofertado por una agencia de viajes, a un precio sensiblemente superior al de una línea regular con la cual pueda coincidir¹. El Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), desarrolla la LOTT en lo relativo a la prestación de la actividad de transporte turístico².

Por su parte, el art. 148.1.5ª de la Constitución asigna a las comunidades autónomas el transporte intracomunitario, es decir, el que se constriña al ámbito territorial de una comunidad autónoma. Además de la competencia exclusiva anterior, las Comunidades Autónomas son competentes, a tenor del artículo 148.1.18ª, para la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. En virtud de esa habilitación, las comunidades autónomas han asumido tal título competencial en sus Estatutos de Autonomía³. Alguna norma turística autonómica califica la actividad aquí considerada como actividad con incidencia en el ámbito turístico⁴.

¹ A efectos de dicha LOTT, tendrán la consideración de transportes turísticos los que se realicen en el marco de la ejecución de un viaje combinado ofertado y contratado de conformidad con lo que se encuentre establecido en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios en relación con esta clase de viajes. Asimismo, tendrán la consideración de transporte turístico aquellos otros que, sin tener una duración superior a las 24 horas y sin incluir una pernoctación, se oferten a través de agencias de viajes, u otros intermediarios reconocidos por la legislación específica de turismo, y se presten conjuntamente con otros servicios complementarios de naturaleza turística, tales como los de manutención, guía turístico o similar (artículo 110). Por su parte, el artículo 112 de la LOTT exige que, cuando los transportes turísticos sean sustancialmente coincidentes con servicios regulares de transporte de viajeros de uso general, su precio ha de ser superior, en el porcentaje que se establezca, al del transporte realizado en la línea regular de que se trate.

² El ROTT regula los servicios que tengan lugar, con carácter general, en el marco de una combinación previa ofrecida por una agencia de viajes con arreglo a un precio global, mediando prestaciones complementarias (alojamiento durante, al menos, una noche; manutención alimenticia; u otros servicios turísticos). El mismo Reglamento añade la exigencia de que el precio de los transportes periódicos, con reiteración de itinerario, que resulten coincidentes con un transporte de viajeros de uso general, tengan un precio, al menos un treinta por ciento superior a la tarifa del transporte en servicio regular.

³ Así lo reconoce la normativa estatal. El preámbulo del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, señala que “*de conformidad con lo previsto en el artículo 148.1.18.ª de la Constitución y sus respectivos estatutos de autonomía, las comunidades autónomas han venido asumiendo las competencias exclusivas en materia de ordenación del turismo en su ámbito territorial, aprobando en consecuencia sus respectivas normas sectoriales reguladoras de los diferentes servicios turísticos, mientras que las normas del Estado, mantenían un carácter supletorio*”. En vista de ello, el mismo Real Decreto señala que corresponde a las comunidades autónomas, en ejercicio de sus competencias, adaptar las normas de ordenación del sector turístico a la Directiva de Servicios.

⁴ Así, el artículo 29. g) de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, se refiere a la siguiente modalidad de transporte: “*El transporte turístico, tales como autobuses con recorridos panorámicos, coches de caballos, alquiler de bicicletas u otros*”.

En vista de que el presente informe se refiere al transporte turístico “urbano”, ha de atenderse, fundamentalmente, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), cuyo artículo 25.2.g). Dicha LBRL se refiere a la competencia municipal en materia de “*Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano*”. Por su parte, el artículo 86.2 de la misma LBRL reserva a las Entidades Locales el servicio esencial de “*transporte público de viajeros*”, entre otros. A su vez, la citada LBRL atribuye a los municipios, en su artículo 25.2.h), la competencia para la información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local; y en el artículo 27.3.j), la posibilidad de que las comunidades autónomas deleguen la promoción y gestión turística en dichos municipios. Junto a ello, habría que estar a lo que dispongan las ordenanzas municipales del lugar donde se pretenda realizar la actividad.

Junto a lo anterior, a tenor del artículo 28.6 del Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, junto a las exigencias de matriculación como vehículo especial, la circulación por la vía pública de un tren turístico requiere la autorización del órgano competente en materia de tráfico, que en caso de vías urbanas será el Ayuntamiento:

6. Los trenes turísticos, sin perjuicio de la matriculación de cada elemento del mismo como vehículo especial, para circular por las vías públicas deberán obtener una autorización complementaria del órgano competente en materia de Tráfico que, en el supuesto de vías urbanas, será el Ayuntamiento. Esta autorización se expedirá previo informe vinculante del titular de la vía y en la misma deberá figurar, en todo caso, el recorrido a realizar, horario y cuantas limitaciones se consideren necesarias para garantizar la seguridad.

El informante añade que, desde la perspectiva del Derecho Europeo, el transporte turístico no se configura como servicio público (o servicio de interés económico general), a tenor del artículo 1.2 del Reglamento (CE) nº 1370/2007⁵:

2. El presente Reglamento se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística. Los Estados miembros podrán aplicar el presente Reglamento al transporte público de viajeros por vía navegable interior y, sin perjuicio del Reglamento (CEE) no 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), a las vías marítimas nacionales.

En términos similares, el artículo 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, excluye el interés público de la actividad de transporte

⁵ Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo.

turístico, pues limita dicho interés al caso de aquellos servicios que, aunque fuesen necesarios, las empresas no prestarían si atendiesen exclusivamente a su propio interés comercial:

1. Son servicios de interés público aquéllos que las empresas operadoras no prestarían si tuviesen en cuenta exclusivamente su propio interés comercial y que resulten necesarios para asegurar el servicio de transporte, a través de cualquier modo de transporte, entre distintas localidades o para garantizar su prestación en condiciones razonablemente aceptables de frecuencia, precio, calidad o universalidad.

II.2) Análisis desde el punto de vista de la LGUM

La reclamación y el dictamen adjunto a la misma pueden sintetizarse, en esencia, en los siguientes términos:

- Que la prestación de servicios de transporte turístico exige un cambio de modelo basado en la libertad de entrada al mercado, permitiendo la operación de todas aquellas empresas que deseen realizar la actividad de transporte turístico de viajeros.
- Que debe considerarse transporte urbano de finalidad turística aquel prestado con trenes o autobuses turísticos dotados de características específicas para el pasaje y que cubran una demanda por motivos de ocio, con tarifas libremente fijadas por el operador, que han de ser superiores al transporte público urbano.
- Que el examen de la situación del transporte turístico en España denota una situación de tarifas bajas y de cánones municipales que llegan a sobrepasar el 50% del total de los costes de explotación, a lo que debe unirse que la exclusividad da lugar a servicios de baja calidad.
- Que no existe reserva de la actividad a favor del municipio al no constituir un servicio público.
- Que, no siendo la actividad un servicio público, carece de justificación el recurso a fórmulas de prestación del servicio en términos de exclusividad por un solo operador. Dicho régimen actualmente vigente impide de facto la entrada de nuevos operadores y genera rentas monopólicas con un funcionamiento menos eficiente. Se trata de sistemas con plazos de concesión excesivamente largos y pliegos que reducen la tensión competitiva, actuando como barrera de entrada al mercado.
- Que debe promoverse la posibilidad de que convivan varias autorizaciones en función de las necesidades de ordenación del tráfico de la ciudad y de las paradas de los autobuses turísticos.

- Que las nuevas autorizaciones que se vayan diseñando y que permitirían la entrada en el sector de nuevas empresas en competencia deben tener generalmente un carácter necesariamente limitado. Este régimen no puede significar que la actividad llegue a ser contraproducente para la prestación del servicio y para la ciudad.

Según señala la informante, la actividad de transporte turístico urbano debe considerarse, esencialmente, de competencia municipal. A tenor del diagnóstico efectuado por la operadora interesada, la situación en España es de adjudicaciones del servicio de transporte turístico municipal mediante fórmulas jurídicas que contemplan la exclusividad para exigir el pago de un canon al municipio. En general, prevalece la convocatoria de concurso público de concesión administrativa con carácter exclusivo. Mediante ese sistema se otorga durante un determinado tiempo el derecho de uso en exclusiva de una línea o conjunto de líneas a un operador determinado.

En particular, las fórmulas empleadas por los distintos municipios son fundamentalmente dos⁶:

- la sujeción a la normativa de contratación pública, ya sea como contrato de gestión de servicio público (Madrid, Córdoba, Las Palmas, Palma de Mallorca o Málaga) o bien como un contrato administrativo especial (Toledo, Murcia);
- la autorización por la utilización de los bienes de dominio público, bien como concesión demanial exclusiva (Cádiz, Jerez, Santander), o como autorización de uso de la vía pública, exclusiva o no (Valencia, Sevilla).

A juicio de la empresa informante, las fórmulas que denotan exclusividad en la adjudicación resultan contrarias a los principios liberalizadores de la LGUM. A fin de analizar la cuestión anterior, se distinguirá un primer apartado, sobre la exigibilidad de autorización para el ejercicio de la actividad, de un segundo apartado, sobre el tipo de autorización que sería procedente.

II.2.1) Sobre la procedencia de un régimen autorizatorio

Con relación al transporte turístico urbano cabría distinguir, en principio, dos títulos en los que se fundamentaría la posible intervención de la administración municipal: la existencia de un servicio público o el uso del dominio público. Ello determina que las fórmulas habituales de adjudicación tengan alguna de tales motivaciones (prestación de un servicio público o uso del dominio público). A juicio de esta CNMC, lo más coherente con el régimen jurídico de la actividad de transporte turístico urbano, y con las previsiones de la LGUM, sería la eventual existencia de una autorización fundamentada en el uso del dominio

⁶ Una fórmula residual sería la encomienda de gestión a la empresa pública que gestiona el transporte urbano regular de uso general.

público, la cual deberá respetar el principio de necesidad y proporcionalidad para su otorgamiento, en los términos que enseguida se desarrollan⁷.

Autorización fundamentada en la prestación de un servicio público

El operador considera que la actividad de transporte turístico urbano no puede considerarse un servicio público, apreciación con la que coincide la CNMC por las siguientes razones.

El artículo 8 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), se refiere al contrato de gestión de servicios públicos como aquel en que se encomienda a una persona la gestión de un servicio asumido como propio por la Administración correspondiente⁸. En particular, el artículo 132 de la misma Ley exige que, antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma (debe haber tenido lugar, en definitiva, la publicatio)⁹.

A tenor del artículo 277 TRLCSP, una de las posibles formas de gestión de un servicio público será la concesión, a tenor de la cual el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Asimismo, el artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) señala que dicha fórmula podrá emplearse para el caso de que no esté ordenada la gestión directa¹⁰.

Sin embargo, tal como señala la operadora interesada, no cabría considerar el transporte turístico como un servicio público municipal. En particular, el artículo 1.2 del Reglamento (CE) nº 1370/2007 lo excluye de entre los servicios

⁷ Y ello al margen de las exigencias de matriculación y de autorizaciones complementarias para trenes turísticos contempladas en el Reglamento General de Vehículos.

⁸ Art. 8, citado: “1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”.

⁹ Art. 132, citado: “Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”.

¹⁰ Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. La concesión no es la única forma posible de gestión indirecta, pues junto a ella, el Reglamento admite la prestación indirecta de servicios locales mediante arrendamiento o concierto (artículo 113).

públicos de transporte de viajeros por carretera¹¹. Del mismo modo, el artículo 95 de la Ley de Economía Sostenible, ya citada, limita el carácter de servicio público a aquellos servicios que, aunque fuesen necesarios, las empresas no prestarían si atendiesen exclusivamente a su propio interés comercial, lo que no es el caso del transporte turístico.

A su vez, como señala el interesado, la LBRL únicamente “reserva” al municipio, como servicio esencial el “*transporte público de viajeros*” (artículo 86.2), por contraposición al “*Transporte colectivo urbano*”, materia sobre la cual el municipio tiene competencia en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 25.2.g).

Dicha distinción entre servicio público regular de transportes (servicio esencial) y transporte turístico (con motivaciones distintas) es la más coherente con las previsiones de la regulación estatal del “transporte turístico” relativas a la necesidad de que el mismo tenga un precio superior al de los “servicios regulares de transporte de viajeros de uso general” con los que pueda coincidir (artículo 112.2 de la LOTT).

En vista de lo anterior, incluso para el caso de que la iniciativa para la prestación del servicio proceda del ente municipal (en uso, generalmente, de sus competencias turísticas), no cabría entender justificada la adjudicación exclusiva a un único operador bajo la fórmula de concesión para la gestión de un servicio público municipal.

En definitiva, no parece justificado que los municipios recurran a fórmulas concesionales de gestión de servicio público, asignando con carácter exclusivo a un operador un servicio de transporte turístico.

Autorización fundamentada en el uso de dominio público

Sin perjuicio del principio de libre iniciativa económica previsto en el artículo 16 de la LGUM, el artículo 5 de la misma Ley exige que las eventuales limitaciones a dicho libre ejercicio obedezcan al principio de necesidad (por estar justificadas en una razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (al ser idóneas para la salvaguarda de la razón invocada y no existir otras menos restrictivas)¹²:

¹¹ Art. 1. 2. “*El presente Reglamento se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística. Los Estados miembros podrán aplicar el presente Reglamento al transporte público de viajeros por vía navegable interior y, sin perjuicio del Reglamento (CEE) no 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), a las vías marítimas nacionales*”.

¹² Artículo 16, citado: “*El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales*”.

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.

Las razones imperiosas de interés general son las contempladas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, por remisión del artículo 5.1, recién citado¹³.

Por su parte, el artículo 17 LGUM, por el que se instrumenta el principio de necesidad y proporcionalidad, considera posible, por excepción al principio de libre iniciativa económica, la existencia de un régimen autorizador en determinados casos. Uno de ellos consiste en que la escasez de recursos o la utilización de dominio público determinen que el número de operadores deba ser limitado:

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

[...]

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

[...]

¹³ Artículo 3.11, citado: «*Razón imperiosa de interés general*»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: 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'.

A estos efectos es relevante la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), cuyo artículo 84 exige título habilitante para todo uso del dominio público que exceda el que corresponde a todos:

Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.

El artículo 85 de dicha Ley contempla tres tipos de usos del dominio público: común, especial y privativo. En particular, el aprovechamiento especial del dominio público comporta mayor intensidad del uso, sin llegar a excluir o impedir el uso común, obteniendo en ciertos casos una rentabilidad singular:

1. Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.
2. Es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.
3. Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

A tenor del artículo 86 de la misma Ley, el aprovechamiento de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando se usen bienes muebles estará sujeto a autorización, o a concesión cuando exceda de cuatro años. El uso privativo mediante obras o instalaciones fijas requiere, asimismo, concesión:

1. El uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación.
2. El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.
3. El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.

El artículo 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 junio (RBEL), también prevé la necesidad

de solicitar licencia para efectuar un aprovechamiento o uso especial de bienes de dominio público municipal.

Como se razonó en el previo informe UM/11/14, en el citado artículo 17.1.c) LGUM no se indica qué tipo de utilización del dominio público distinta de la común (especial o privativa) justifica el régimen de autorización, ni el tipo de título habilitante exigible (autorización o concesión)¹⁴. La Exposición de Motivos de la LGUM señala a este respecto que:

Por otro lado, la autorización será el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, incluidos aquellos cuya prestación necesita la utilización del dominio público o porque se trate de servicios que puedan poner en riesgo su adecuada prestación, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del artículo 17.1 de esta Ley.

Según se expuso en dicho informe UM/11/14, a pesar de la expresa mención a las “concesiones demaniales”, no parece que el legislador haya querido limitar el régimen de autorización a los supuestos de utilización del dominio público en los que la legislación patrimonial exige como título habilitante la concesión (esto es, los de duración superior a cuatro años o los de ocupación con obras o instalaciones físicas). Por el contrario, la enumeración contenida en el párrafo transcrito, en el que coexisten diversas menciones al uso del dominio público invita a deducir, en consonancia con lo previsto en los vigentes artículos 84 y 85 de la LPAP, que tanto los usos especiales como privativos, ya se concreten con título autorizante o concesional, serían susceptibles de encajar en la dicción del artículo 17.1.c) de la LGUM.

La actividad de transporte turístico objeto de informe emplea, como poco, bienes muebles (vehículos, ya sea autobuses o trenes turísticos) para hacer uso de bienes de uso o dominio público local (vía pública, según art. 3 del RBEL), siendo dicho uso más intensivo del habitual de la vía pública y obteniendo por ello una rentabilidad singular. En vista de ello, podría estar sujeta a autorización o licencia por aprovechamiento especial¹⁵. No se trata, como regla general, de una actividad ocasional o puntual, sino habitual o periódica. Además, se desarrolla en vehículos que por sus características y dimensiones realizan un uso intensivo (especial) del dominio público. Junto a ello, la actividad puede requerir paradas y zonas de aparcamiento para los

¹⁴ UM/11/14 NEUMÁTICOS (disponible en www.cnmc.es, ‘Unidad de mercado’).

¹⁵ Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local.

vehículos. A tenor de la normativa de régimen local, dicho uso especial podría tener un coste para el interesado¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en función de las circunstancias del servicio y del municipio concreto, cabría concebir una intervención pública mediante un medio más proporcionado (declaración responsable o comunicación) en aplicación de los artículos 5 y 17 LGUM¹⁷.

En definitiva, en vista del uso especial del dominio público municipal podrá exigirse autorización municipal para el uso de dicho dominio público por parte de la actividad de transporte turístico urbano, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda proceder un medio más proporcionado.

II.2.2) Sobre las características de las autorizaciones a otorgar

Como resulta de los apartados anteriores, la exigencia de un régimen autorizador para la actividad de transporte turístico encontraría su justificación en el uso especial del dominio público que la actividad comporta. Sin perjuicio de ello, a juicio de la CNMC, que sea eventualmente exigible una autorización previa para la actividad no justifica que la adjudicación deba efectuarse con carácter exclusivo, con plazos extensos de duración y con un coste elevado para el petitionerario.

Al respecto de las autorizaciones para el uso especial del dominio público, el artículo 92.1 LPAP establece su adjudicación directa y, por excepción, cuando deba limitarse el número de operadores, su licitación¹⁸:

1. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los petitionerarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen.

Así pues, siempre que sea posible, en función de las concretas circunstancias del servicio a prestar y del municipio de que se trate, el ejercicio de la actividad

¹⁶ El Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo, prevé en su artículo 20.1.A) la imposición de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. Y en el artículo 20.3.h) TRLHL se considera aprovechamiento especial del dominio público viario la parada de vehículos o el aparcamiento exclusivo, entre otras circunstancias (*“Entradas de vehículos a través de las aceras y reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías de cualquier clase”*).

¹⁷ Así lo señaló la SECUM en el citado asunto en que recayó el informe UM/11/14 (Informe SECUM de 20 de mayo de 2014. As. 26.04, Instalación de neumáticos)

¹⁸ Dicho régimen excepcional del artículo 92.1 LPAP tiene carácter general para las concesiones demaniales (93.1 LPAP). Ambos preceptos tienen el carácter de normativa básica para las entidades locales según lo previsto en el apartado 5 de la disposición final 2ª de la LPAP.

podría efectuarse mediante una declaración responsable o comunicación. Caso de ser necesaria autorización, deberá procederse a su otorgamiento directo a todo operador que, cumpliendo los requisitos que se consideren procedentes, desee realizar la actividad de transporte turístico. Ello sería lo más coherente con el principio de libre ejercicio de actividades económicas (artículo 16 LGUM), así como con el principio de necesidad y proporcionalidad (artículo 5 LGUM).

En cambio, cuando atendiendo a la realidad del municipio y del servicio a prestar, se considere que el número de operadores debe ser limitado, el servicio se adjudicará mediante un procedimiento de concurrencia. Así resulta del artículo 92 LPAP en relación con el artículo 17.1.c) LGUM¹⁹. No cabe descartar que el transporte turístico urbano exija un número limitado de operadores. El mismo, según lo ya señalado, se desarrolla en vehículos que, por su tamaño, características y modo de prestación de los servicios, hacen un uso intensivo de la vía pública, de modo que tal recurso (vía pública) deba considerarse escaso, como la propia interesada reconoce, obteniéndose asimismo una rentabilidad singular debido a dicho uso²⁰.

Sin perjuicio de que tal autorización mediante licitación pueda ser oportuna en algún caso, esta Comisión considera que dichos procedimientos concurrenciales deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

- Dicha adjudicación mediante procedimiento concurrencial procederá de modo excepcional, cuando no sea posible la adjudicación directa a todos los peticionarios que lo soliciten.
- La celebración del procedimiento concurrencial deberá respetar, en los términos que proceda, la Ley de Contratos del Sector Público²¹.

¹⁹ Citado artículo 17.1.c): “*Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado*”. La limitación del viario público está presente en los argumentos de la propia reclamante: “*El número de licencias será razonable, teniendo en cuenta el carácter limitado del viario de la ciudad, de las zonas de parada de mayor demanda turística, y de la adecuada ordenación del tráfico urbano*” (pág. 39 del dictamen adjunto a su escrito).

²⁰ Según señala el dictamen adjunto a su escrito (pág. 39): “*no puede defenderse siempre el otorgamiento de un número ilimitado de autorizaciones para la prestación del servicio de transporte turístico sin que los intereses de los ciudadanos puedan verse afectados negativamente*” Más adelante (pág. 50), se concluye: “*estas nuevas autorizaciones que permitirían la entrada en el sector de nuevas empresas en competencia deben tener generalmente un carácter necesariamente limitado. En efecto, este régimen no puede significar que la actividad llegue a ser contraproducente para la prestación del servicio y para la ciudad*”. En particular, debido al tamaño de los vehículos habitualmente dedicados al transporte turístico, dicho uso sería más intensivo, a juicio de esta Comisión, que el que realizan otras actividades mencionadas en el preámbulo de la LGUM (autotaxi o alquiler de vehículos con conductor), las cuales no realizan un uso acusadamente intensivo del dominio público.

²¹ La exigencia de acudir a la LCSP resulta del propio artículo 92.1 LPAP en la medida en que exige un “*procedimiento de concurrencia*” para la adjudicación de autorizaciones cuando el

- Las condiciones para concurrir a la licitación no deberán contener requisitos innecesarios, desproporcionados o discriminatorios.
- Con carácter general, la licitación deberá admitir la adjudicación a varios operadores, cuyo número se determinará en función de las necesidades de ordenación del tráfico de la ciudad²².
- Los plazos de duración de los contratos deberán ser breves, a fin de promover la competencia entre operadores²³.
- Los costes por la participación en las eventuales licitaciones, deberán ser adecuados y proporcionados, sin que supongan una barrera para el acceso o ejercicio de la actividad por parte de potenciales prestadores.
- En línea con lo señalado en el informe UM/11/14, sería aconsejable que esta actividad estuviese sometida a una intervención global o a la agrupación de las cargas administrativas que se impusieran, en consonancia con el principio de simplificación y unificación de cargas administrativas previsto en los artículos 7, 9.1 y 17.4 de la LGUM.

Adicionalmente, en vista de la diversidad de fórmulas autorizatorias previstas por las distintas autoridades competentes, pudiera ser aconsejable el recurso a conferencias sectoriales como forma de unificar criterios (en particular, ex

número de operadores deba ser limitado. Dicha referencia debe ponerse en relación con el artículo 4.1.o) LCSP, según el cual se excluyen las autorizaciones de uso del dominio público salvo que exista remisión a dicha LCSP ([están excluidas de la LCSP] “*Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley*”). Sin perjuicio de que no corresponda a esta Comisión efectuar consideraciones sobre cuál sea la modalidad contractual apropiada para la autorización de contratos de este tipo, se señala que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha considerado que el servicio de tren turístico cuyo objeto es el servicio de transporte temporal de personas durante la temporada turística encajaría en la categoría de contrato especial (Informe 28/07, de 5 de julio).

²² Aspecto en que coincide el dictamen aportado por la interesada (pág. 38). Un ejemplo pudiera ser el caso del Ayuntamiento de Tarifa, el cual licitó un servicio de tren turístico para adjudicar dos autorizaciones (pliegos disponibles en <http://www.aytotarifa.com/>), apartado ‘Perfil del Contratante’). En cambio, la adjudicación exclusiva, supuesto que sólo puede concebirse de manera excepcional, debería estar fundamentada de manera estricta en alguna razón imperiosa de interés general. Además, debería justificarse que la limitación a un único prestatario del servicio, además de un modo idóneo para salvaguardar la razón de interés general invocada, es la única aplicable, sin que sea posible una intervención menos restrictiva que permita la prestación por varios operadores (aún en número limitado).

²³ A título de mero ejemplo, en la web del ayuntamiento de Noja (Cantabria) se pueden localizar pliegos para la adjudicación de una licencia de ocupación temporal de la vía pública para la explotación del servicio de tren turístico en el término municipal, con duración para ciertos meses de la temporada 2015 (disponible en <http://www.ayuntamientodenoja.com/>).

artículo 12.2.b LGUM)²⁴. Sea cual sea el sistema de autorización que se adopte, deben garantizarse unos adecuados estándares de calidad turística²⁵.

En definitiva, en defecto de adjudicación directa a los operadores que lo soliciten, cabría adjudicar el servicio a través de un procedimiento concurrencial que permita la adjudicación a varios operadores, como regla general.

III. CONCLUSIONES

1.- La intervención municipal sobre la actividad de transporte turístico urbano podría estar justificada en vista del uso especial del dominio público municipal (vía pública) que dicha actividad supone. En cambio, no se considera que tal servicio deba considerarse un servicio público reservado al municipio que pueda prestarse en régimen de gestión indirecta, a través de un concesionario, con carácter exclusivo.

2.- Cuando las características del municipio y del servicio de transporte turístico a prestar lo permitan, cabría concebir el ejercicio de la actividad mediante la presentación de una declaración responsable o comunicación.

3.- Caso de que sea necesaria la autorización municipal, en vista del uso especial del dominio público que la actividad comporta, debería otorgarse la misma a todos los operadores que así lo soliciten, como regla general.

4.- Por excepción a lo anterior, cuando debido a la realidad del municipio o a las características del servicio a prestar se considere que el número de operadores debe ser limitado debido a la escasez del recurso a emplear (vía pública) y el uso especial de dicho dominio público viario, la adjudicación del servicio se hará mediante licitación.

5.- Las licitaciones que eventualmente se celebren deberán permitir, como regla general, la adjudicación a varios operadores, cuyo número se determinará, esencialmente, en función de las necesidades de ordenación del tráfico del municipio. Adicionalmente, los plazos de adjudicación serán breves, para favorecer la competencia entre operadores, y los costes de licitación serán adecuados y proporcionados, a fin de evitar barreras de entrada a potenciales operadores, todo ello sin descuidar las eventuales exigencias vinculadas a la calidad del servicio, en atención a los intereses del municipio en materia turística.

²⁴ Dicho artículo 12.2.b) se refiere a la conferencia sectorial como medio para la “Adopción de acuerdos que establezcan estándares de regulación sectorial, en materias que son competencia autonómica y local de acuerdo con los principios contenidos en esta Ley”.

²⁵ Así lo reconoce el propio interesado (pág. 38 del citado dictamen): “deberán ser desarrollados y especificados cuáles son los requisitos que serán tenidos en cuenta para la obtención de la autorización, los cuales deben ir orientados hacia unos estándares de calidad turística que no pueden ser obviados en este punto”.

6.- En vista de la diversidad de fórmulas autorizatorias previstas por las distintas autoridades competentes, pudiera ser aconsejable el recurso a conferencias sectoriales como forma de unificar criterios en la materia.