



Roj: **SAN 404/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:404**

Id Cendoj: **28079230062020100017**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/01/2020**

Nº de Recurso: **15/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000015/2017

**Tipo de Recurso:** PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

**Núm. Registro General:** 03266/2017

**Demandante:** Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y UNAUTO VTC

**Procurador:** DON IGNACIO BATLLO RIPOLL

**Demandado:** MINISTERIO DE FOMENTO

**Codemandado:** FEDERACIÓN DEL TAXI DE MADRID, ASOCIACIÓN ELITE TAXI

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. RAMÓN CASTILLO BADAL

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciseis de enero de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **15/2017**, promovido por la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y UNAUTO** contra el apartado quince del artículo único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la Sección Segunda del capítulo IV del título V en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre. Y como Administración demandada ha comparecido, la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

*"declare la nulidad del apartado quince del artículo único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, teniéndome por desistida del recurso contra los apartados uno, ocho, nueve, once y catorce de la misma orden declarando asimismo la pérdida de objeto del procedimiento con relación al apartado cuarto del artículo único de la Orden recurrida al haberse anulado el requisito de flota mínima por el Tribunal Supremo con condena en costas.."*

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda solicitando se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos, por ser conformes a derecho, al igual que la Federación del Taxi de Madrid, si bien ésta solicitó se inadmitiese el recurso por ser extemporáneo. Asimismo, contestó la demanda solicitando su desestimación, la Asociación Elite Taxi.

**TERCERO.-** Mediante auto de 18 de septiembre de 2018, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por las partes sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

**CUARTO.-** Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 18 de septiembre de 2019.

**QUINTO.-** Con fecha 19 de septiembre de 2019, se dictó auto por el que se acordó *" Dejar sin efecto el señalamiento para votación y fallo del presente recurso y tener por personada en las actuaciones a UNAUTO VTC desde el día 5 de septiembre de 2017 y, con validez de todo lo actuado, concederla un trámite de diez días para que formalice la demanda siguiendo el resto de trámite legales hasta dictar sentencia. Sin costas"*

**SEXTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2019, la representación de UNAUTO presentó demanda suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

*" A) La nulidad y/o anulabilidad del artículo Único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, en las siguientes modificaciones de la Orden FOM 36/2008 de 9 de enero, por resultar contrarios a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado en los términos manifestados en la demanda para cada uno de ellos:*

- Uno que modifica el artículo 5 de la Orden FOM 36/2008, de 9 de enero
- Nueve que modifica el artículo 16.1 de la Orden FOM 36/2008, de 9 de enero
- Catorce que modifica el artículo 23. 2º, párrafo de la Orden FOM 36/2008, de 9 de enero
- Quince que modifica el artículo 24 de la Orden FOM 36/2008, de 9 de enero

**SÉPTIMO.-** De dicha demanda se dio traslado a FEDETAXI, ASOCIACION PROFESIONAL ELITE TAXI, FEDERACIÓN PROFESIONAL DEL TAXI DE MADRID que presentaron sus respectivos escritos de contestación.

**OCTAVO.-** Me diante Auto de 19 de noviembre de 2019 se resolvió sobre la prueba propuesta por UNAUTO en los términos allí expuestos.

**NOVENO.-** En virtud de Auto de 8 de enero de 2020 se desestimó el recurso de reposición contra el auto anterior y se señaló para la votación y fallo del presente recurso el 15 de enero de 2020, fecha en que tuvo lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado solicitando la nulidad del apartado quince del artículo único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008

**SEGUNDO.-** La CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad del precepto porque la autoridad competente no ha justificado la razón imperiosa de interés general que fundamenta la necesidad de la documentación del servicio mediante una hoja de ruta en los términos en que la misma se ha establecido. A su juicio, de la literalidad de la Orden FOM/2799/2015 resultaría una genérica finalidad para la exigencia de



hoja de ruta derivada del control administrativo que no constituye una razón imperiosa de interés general de las previstas en el art. 5 LGUM.

Recuerda que, según la jurisprudencia del TJUE, las posibilidades de la Administración para controlar los servicios no pueden justificar una restricción para una de las libertades del Tratado como es la libre prestación de servicios.

Además de innecesarias y desproporcionadas, razona que las exigencias del Real Decreto constituyen cargas desproporcionadas en los términos del art. 7 LGUM, al suponer un exceso de regulación.

**TERCERO.**- Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda destaca que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018, recurso 438/2017, resolvió las cuestiones suscitadas en relación con la legalidad del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Con ello, queda también sin objeto, dice, la gran mayoría de la impugnación contra la Orden Ministerial FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, en la que se desarrolla el contenido del RD 1057/2015. Entiende que la limitación impuesta es proporcionada y acorde con los fines de control administrativo expresamente admitidos por el Tribunal Supremo.

**CUARTO.**- La representación de la Asociación Profesional Elite Taxi plantea, en primer lugar, la inadmisión del recurso por su extemporaneidad. Argumenta que la impugnación de la Orden FOM/2799/2015 trae causa de las siete solicitudes recibidas al efecto por parte de diferentes operadores económicos que fueron presentadas ante la CNMC entre el 11 y el 15 de Enero de 2016, por lo que, el "dies a quo" del plazo para la presentación del recurso es el 15 de Enero de 2016 que finalizó el 15 de Marzo de 2016.

En consecuencia, habiendo interpuesto la CNMC el recurso-contencioso administrativo el día 11 de Abril de 2016, el recurso es extemporáneo y por lo tanto, debe ser INADMITIDO.

También han contestado la demanda la Federación Española del Taxi (FEDETAXI) y la Federación Profesional del Taxi de Madrid, solicitando, al igual que ELITE TAXI con argumentos en gran medida coincidentes la desestimación del recurso.

**QUINTO.**- A la hora de abordar la causa de inadmisión por extemporaneidad en la interposición del recurso que invoca la representación de Elite Taxi, debemos distinguir según el recurrente sea un particular o la CNMC toda vez que en el presente caso hubo diez solicitudes de operadores con fechas 27 y 30 de noviembre, así como 7, 9, 18 y 30 de diciembre de 2015 para que se impugnara la orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre y, posteriormente, se produjo la intervención de la CNMC, al amparo del procedimiento previsto en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

En éste sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 110/2017, de 5 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1411/2014 relativo a la LGUM, tras recordar la condición de organismo público de la CNMC, establece, además, las diferencias entre su posición y la de un particular:

*"...En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un «organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado» ( art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está «dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado» ( art. 2 de la Ley 3/2013 ).*

*De acuerdo con la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 20/2013 al nuevo artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa : «cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso administrativo regulado en este capítulo».*

*La CNMC actúa así en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos*



*últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y, por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada."*

Así pues, cuando la CNMC, dirige un requerimiento previo a la interposición del recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, persigue la protección de intereses generales vinculados a los objetivos de la LGUM, en su condición de Administración Pública que tiene atribuida la defensa de tales intereses legítimos. Y es la existencia de un conflicto entre Administraciones Públicas como es el caso lo que justifica la remisión del requerimiento previo del artículo 44 LRJCA.

A la vista de lo expuesto entendemos que el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses a que alude el artículo 127 bis, párrafo segundo, de la LJCA queda suspendido por el requerimiento previo formulado por la CNMC a la Administración demandada, en este caso al Ministerio de Fomento, para el Consejo de Ministros, al amparo del artículo 44 de la LJCA.

Así, con fecha 20 de noviembre de 2015, se aprobó el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, de modificación del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, publicado en el BOE, de 21 de noviembre de 2015.

El 18 de diciembre de 2015 se aprobó la Orden FOM/2799/2015, de modificación de la Orden FOM/36/2008, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, publicada en el BOE, de 24 de diciembre de 2015.

Por escrito de 14 de enero de 2016, la CNMC dirigió al Ministerio de Fomento, para el Consejo de Ministros, requerimiento previo a un eventual recurso contencioso-administrativo, en los términos del artículo 44 LJCA, frente al citado Real Decreto 1057/2015. El requerimiento fue notificado el día 15 de enero de 2016 (Documento 4). Dicho requerimiento no fue objeto de contestación.

Por escrito de 9 de febrero de 2016, la CNMC dirigió al Ministerio de Fomento requerimiento previo, en los términos del artículo 44 LJCA, frente a la Orden FOM/2799/2015. El requerimiento se notificó el 11 de febrero de 2016 (Documento 5) y no fue contestado.

El escrito del recurso contencioso administrativo interpuesto por la CNMC frente al artículo único, apartados uno, dos y cinco, y la disposición transitoria única del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, así como frente al artículo único, apartados uno, cuatro, ocho, nueve, once, catorce y quince de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, fue presentado en esta Sala el 11 de abril de 2016, por tanto, dentro de plazo.

Efectivamente, existe un mes para entender denegado el requerimiento y a partir de ahí los dos meses del art. 46.6, por lo tanto, el 11 de abril de 2016 se interpuso el recurso en plazo.

Ha de tenerse en cuenta que la extemporaneidad del recurso vendría dada por la improcedencia del requerimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de junio de 2018, rec. 438/2017 ha declarado la idoneidad de dicho trámite porque siendo el requerimiento contemplado en el art. 44 "... un instrumento destinado a evitar que se entable un litigio entre administraciones públicas, no tendría mucho sentido contemplarlo de una manera restrictiva negando tal carácter a un ente público creado para la defensa de intereses generales y dotado de plena autonomía y capacidad jurídica, cuando dicha finalidad del requerimiento resulta plenamente aplicable a una acción procesal que habilita a dicho órgano a litigar contra cualquier administración pública."

**SEXTO.-** La siguiente cuestión que se plantea es el alcance de nuestro enjuiciamiento a la vista de la demanda formulada por UNAUTO porque esta impugna y solicita la nulidad de los arts 5, 16.1, 23.2 y 24 de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, siendo así que la CNMC impugna únicamente éste último precepto.

El art. 127 bis de la Ley Jurisdiccional dispone que

*"Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, podrá presentar el recurso contencioso-administrativo regulado en este Capítulo."*

A su vez, el art. 127 ter precisa que:

*"7. Durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente."*

Por tanto, una vez delimitado el objeto del proceso por la CNMC, UNAUTO en éste caso puede intervenir como parte recurrente o mejor dicho corecurrente y puede formular las pretensiones que estime oportunas, pero en relación al acto, actuación o disposición impugnada por la CNMC. En otro caso, se alteraría el objeto del proceso delimitado por la CNMC en su escrito de interposición.

El apartado 10, del art. 127 ter dice que *" 10. El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, en lo no dispuesto en este Capítulo, se regirá por las normas generales de la presente Ley."*

Pues bien, el artículo 45.1 LJCA dice que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo deberá "citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne". Esta cita tiene como finalidad identificar la actuación administrativa que se recurre y delimitar el objeto del proceso, de modo que, en los sucesivos escritos que presente (demanda, conclusiones), el demandante no podrá modificarlo; no podrá sustituirlo, dirigiendo la impugnación contra actos distintos de los indicados en el escrito de interposición, ni tampoco agregar nuevos actos a la impugnación que se hace, ya sean anteriores o posteriores al citado en el escrito de interposición (salvo la posibilidad de ampliación que ofrece el art. 46). Debe existir por ello una concordancia sustancial entre los escritos de interposición y los posteriores.

Las alteraciones efectuadas en la identificación de la actuación administrativa que se impugna dan lugar a un vicio de desviación procesal, que la jurisprudencia ha considerado como determinante de la inadmisibilidad del recurso (véanse, entre otras muchas, las SSTs de 08.02.02, Rec. 453/1999; de 27.02.02, Rec. 892/1998; de 18.03.02, Rec. 2185/1998; de 21.07.03, Rec. 4597/1999; de 19.12.03, Rec. 4725/1998; de 12.12.07, Rec. 9972/2003; de 29.01.09, Rec. 494/2007; de 30.06.11, Rec. 3388/2007; de 22.09.11, Rec. 4312/2007; y de 20.09.12, Rec. 7019/2010).

En su demanda UNAUTO advierte que *"no queda sujeta a los motivos que pudiera haber alegado la CNMC en la suya al igual que ocurrió y así se trató en el proceso que finalizó con la sentencia del TS de 4/06/18 "*.

Sin embargo, una cosa es la posición de UNAUTO como recurrente en un recurso contencioso administrativo ordinario ante el Tribunal Supremo en el que tiene plena libertad para impugnar los preceptos que desee del Real Decreto que allí fue enjuiciado y otra, la posición que ocupa en un recurso interpuesto al amparo del procedimiento de garantía de la Unidad de Mercado en el que se atribuye legitimación activa a la CNMC sin perjuicio, dice el art. 127, ter. 7 de la Ley Jurisdiccional que *"Durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente."*

Por lo tanto, es la CNMC la que delimita el objeto del proceso, en éste caso, la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, cuyo art 24 solicita sea anulado si bien UNAUTO, puede *"defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello."*

Es decir, UNAUTO, como parte co recurrente solo puede impugnar el mismo precepto que recurre la CNMC, el art. 24, si bien puede sostener su misma pretensión o cualquier otra, conforme al art. 31 de la Ley Jurisdiccional. En éste sentido, tiene razón cuando afirma que no queda sujeta a los motivos que pudiera haber alegado la CNMC en su demanda pues, efectivamente podría plantear motivos impugnatorios diferentes, pero no preceptos distintos a los recurridos por aquella pues, entonces, alteraría el objeto del proceso.

Eso no significa una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de UNAUTO pues ésta siempre podría impugnar los preceptos que estimase oportunos en un recurso contencioso administrativo ordinario como de hecho hizo al recurrir el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre.

Ahora bien, teniendo siempre presente que este procedimiento especial se limita a enjuiciar aquella actuación administrativa que pueda ser contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, lo que dificultaría la posibilidad de acumular un recurso ordinario a este procedimiento especial para impugnar en éste cauce procedimental cuestiones de legalidad ordinaria y explica también la diferente posición que el Legislador ha querido otorgar al co recurrente en éste proceso.

**SÉPTIMO.-** He cha esta precisión, necesaria, para delimitar el objeto del proceso, resulta que el precepto impugnado, apartado quince del artículo único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, modifica el artículo 24 de la Orden FOM 36/2008, que pasa a tener la siguiente redacción:



#### Artículo 24. Hoja de ruta

*"1. A efectos de control administrativo, la empresa titular de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor deberá cumplimentar una hoja de ruta por cada servicio, que deberá conservarse durante el plazo de un año, contado a partir de la fecha de celebración del contrato, a disposición de los servicios de inspección del transporte terrestre.*

*En cada hoja de ruta se hará constar el nombre y número del documento nacional de identidad o código de identificación fiscal del arrendador y el arrendatario; el lugar y fecha de celebración del contrato; el lugar, fecha y hora en que ha de iniciarse el servicio y el lugar y fecha en que haya de concluir; la matrícula del vehículo; así como el resto de las circunstancias que se establezcan, en su caso, por la Administración o que libremente pacten las partes.*

*No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá omitirse la identificación del lugar de finalización del servicio cuando el contrato señale expresamente que dicho lugar será libremente determinado por el cliente durante la prestación del servicio.*

*2. En aquellos casos en los que, de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, la copia acreditativa del contrato contenga los mismos datos exigibles para la hoja de ruta, no será necesario cumplimentar ésta.*

*En todo caso, la empresa arrendadora deberá conservar el contrato de arrendamiento de cada servicio, a disposición de los servicios de inspección del transporte terrestre, durante el plazo de un año contado a partir de su fecha de celebración."*

A la hora de analizar la cuestión litigiosa debemos tener en cuenta la incidencia que ha tenido la STS de 4 de junio de 2018, rec.438/2017 al enjuiciar la legalidad del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

El Real Decreto 1057/2015 es el que ofrece cobertura normativa a la orden citada y, consecuencia de la sentencia que lo ha enjuiciado es la modificación de la pretensión inicial de la CNMC hasta el punto de que el Suplico de la demanda se limita a pedir la nulidad del apartado quince del artículo único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008

Hemos de partir del hecho de que la Sentencia del TS de 4 de junio de 2018 ha precisado que la regulación de la actividad de transporte urbano tiene perfecta cabida en las "razones imperiosas de interés general" que justifican la limitación de cualquier actividad económica.

*"Así pues, conviene precisar que las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la imposición de limitaciones a una actividad económica según la LGUM no son exclusivamente las enumeradas en el artículo 17.1.a) LGUM (orden público, seguridad pública, salud pública o protección de medio ambiente), que son las contempladas para la exigencia de la medida más restrictiva, la exigencia de autorización previa -que por lo demás también puede fundarse en las circunstancias enumeradas en la letra 17.1.c), que comprende la utilización del dominio público, la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas y la limitación del número de operadores económicos del mercado-, sino las del más amplio listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 que se ha reproducido.*

*Pues bien, el referido objetivo de mantener un servicio de transporte urbano sometido a ciertas exigencias en beneficio del interés general puede sin duda considerarse comprendido de manera más o menos directa o intensa en varias de las razones enumeradas por dicho precepto, como la seguridad pública, la protección de los destinatarios de los servicios, la protección del medio ambiente y el entorno urbano y los objetivos de la política social. Así, consideramos que el mantenimiento de un servicio de transporte urbano regulado con el sentido y finalidad dichos es, desde luego, un objetivo de política de transporte urbano de los poderes públicos con competencias en la materia que trata de garantizar de una manera más eficaz y efectiva la protección de los intereses y la seguridad de los destinatarios de los servicios y la protección del entorno urbano.*

Por lo tanto, la Administración demandada se ha amparado para regular esta concreta cuestión (como el resto de las previstas en el RD 1057/2015 y en la Orden recurrida) en una "razón imperiosa de interés general" y, consecuentemente, la medida adoptada debe reputarse, en términos generales y sin perjuicio de lo que luego añadiremos, "necesaria" a los efectos del artículo 5 de la LGUM.

A partir de aquí, la imposición del requisito está suficientemente justificada y es una derivada necesaria de la regulación general de las modalidades de transporte urbano confirmada por la STS de 4 de junio de 2018 pues dice:



*"Re chazamos por tanto, la concepción expresada por la CNMC de que el interés público en la materia está indefectiblemente ligado a la plena desregulación de ambas modalidades del servicio de transporte urbano para que compitan entre sí y que excluye cualquier tipo de control regulatorio destinado a asegurar el equilibrio entre ambos o el mantenimiento de un servicio de transporte urbano con vehículos de turismo sometido a determinadas exigencias de calidad y seguridad, como lo es hoy día la opción de los poderes públicos sobre el servicio de taxis. Creemos, por el contrario, que los poderes públicos pueden optar entre el modelo vigente de asegurar un servicio de taxi con dichas características (en cuyo caso tal opción puede admitirse como una razón imperiosa de interés general) o bien dejar el transporte urbano sometido exclusivamente a la libre competencia: la opción escogida constituye una decisión de política sobre el transporte urbano cuyo límite está configurado por la necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas regulatorias impuestas"*

Esa opción de los poderes públicos y la intensidad de la regulación da lugar a dos tipos de servicio de transporte urbano, el de taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor. Este último, está sometido a una serie de limitaciones, entre ellas, la forma de acceder al servicio, consecuentes con la tipología de servicio que pueden prestar, que requerirá la previa concertación de un contrato, como establece el artículo 182 del Reglamento.

La sentencia ha declarado la adecuación a la LGUM de la exigencia de acreditación documental de la contratación previa contenida en el artículo 182.1 del ROTT en cuanto exige que los servicios de VTC hayan de ser contratados previamente y que los vehículos hayan de llevar a bordo la documentación acreditativa de dicha contratación. El precepto establece lo siguiente:

1. Cuando los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor estén ocupados por personas ajenas a la empresa titular de la autorización, únicamente podrán circular si se justifica que están prestando un servicio previamente contratado.

A tal efecto, el contrato de arrendamiento de vehículos con conductor deberá haber sido cumplimentado previamente a que se inicie la prestación del servicio contratado, debiendo llevarse a bordo del vehículo la documentación acreditativa de dicha contratación, conforme a lo que se determine por el Ministro de Fomento.

Los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor no podrán, en ningún caso, circular por las vías públicas en busca de clientes ni propiciar la captación de viajeros que no hubiesen contratado previamente el servicio permaneciendo estacionados a tal efecto.»

El Tribunal Supremo rechaza que la exigencia de portar esa documentación vulnere los principios de necesidad y proporcionalidad y que constituyan una carga excesiva y una barrera innecesaria a la actividad argumentando que:

*"... el aspecto sustancial de estos requisitos es el asegurar la limitación de los VTC a servicios de previa contratación, lo que supone restringir la actividad de los VTC a uno solo de los tres segmentos en los que se puede subdividir el mercado del transporte urbano mediante vehículos con conductor (la previa contratación, la parada en la vía pública y la contratación del vehículo en circulación). Pues bien, establecida esta limitación, su acreditación mediante la documentación pertinente es meramente instrumental y no plantea grandes problemas."*

Añade que ello responde a *"la regulación y limitación de los servicios VTC fundadas en la razón imperiosa de interés general de mantener una prestación equilibrada en los servicios de transporte urbano mediante vehículos con conductor a fin de poder mantener un servicio de interés general como el de taxis por el que han optado las administraciones competentes en la materia."*

Pues bien, si el artículo 182.1 del del ROTT establece válidamente la obligación de acreditar documentalmente la contratación previa para justificar que los servicios de VTC se han contratado previamente no cabe sostener que la obligación de llevar una hoja de ruta acreditativa de dicha contratación, establecida en el artículo 24 de la Orden FOM/36/2008, vulnere el principio de necesidad porque el requisito pretende acreditar documentalmente la contratación previa del servicio, sin la cual el vehículo no puede circular.

UNAUTO advierte que el apartado 2º de la disposición adicional tercera del RD Ley 13/2018, de 28 de septiembre, ha establecido que:

*"2. Para garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios, la Dirección General de Transporte Terrestre habilitará el acceso de los órganos competentes en materia de transporte de las comunidades autónomas, y de aquellas entidades locales que así lo soliciten, al registro de comunicaciones de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor regulado en el artículo 2 del Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor."*

Considera por ello, que las razones imperiosas de interés general como las referidas al derecho de los usuarios, el control por las Administraciones y las funciones de policía de transporte quedan garantizadas con la inscripción sin necesidad de duplicar llevando la hoja de ruta en el vehículo, bastará con acreditar que se ha comunicado al registro administrativo antes del inicio del servicio como establece el artículo 2 del RD 1076/2017, de 29 de diciembre " *A efectos de control, los titulares de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor deberán comunicar a la Administración, por vía electrónica, los datos reseñados en el artículo 24 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, antes del inicio de cada servicio que realicen al amparo de dichas autorizaciones* "

Rechaza por ello que para prestar un servicio haya que llevar una hoja de ruta (aun telemáticamente) y volcarla a un registro porque impide la inmediatez y duplica trámites administrativos cuando lo que debe primar en el ejercicio de las actividades es la simplificación de cargas administrativas.

Sin embargo, la Orden Ministerial ahora recurrida permite que la hoja de ruta pueda ser en cualquier formato que permita tanto a los cuerpos de la inspección de transportes y sus agentes, como Guardias Civiles y Policías locales, en su caso, conocer *in situ* los datos del transporte que se realiza al amparo de dichas hojas de ruta. En realidad, la Orden FOM no especifica el formato concreto de la hoja de ruta que puede ser un formato electrónico, por lo que no existe tal duplicidad.

Tampoco apreciamos que los requisitos exigidos a la hoja de ruta vulneren el principio de proporcionalidad pues la CNMC no argumenta por qué son innecesarios o desproporcionados. Recordemos que los requisitos se refieren a la necesidad de cumplimentar una hoja de ruta por servicio; que dicha hoja se conserve durante un año; y que la hoja indique la identidad de arrendador y arrendatario, matrícula del vehículo, el lugar y fecha del contrato, el lugar, fecha y hora en que ha de iniciarse el servicio y el lugar y fecha en que haya de finalizar.

Pues bien, el primer requisito, la obligación de llevar la hoja de ruta responde a la necesidad de acreditar la previa contratación del servicio.

La exigencia de que la hoja se conserve durante un año es una mera obligación de conservación de documentos a efectos de inspección, obligación que el ROTT y sus normas de desarrollo prevén en multitud de supuestos (por ejemplo, en el artículo 222, incisos segundo y cuarto, relativos a la documentación que deben conservar y tener a bordo del vehículo los transportistas por carretera).

Finalmente, el tercer requisito relativo a los datos que deben figurar en la hoja de ruta se limita a recoger los datos mínimos necesarios para comprobar que efectivamente ha existido un contrato previo entre dos partes relativo a un servicio determinado, sin imponer siquiera un formato o un soporte determinado.

Además, no resulta desproporcionada la exigencia en cuanto a los citados requisitos porque " *podrá omitirse la identificación del lugar de finalización del servicio cuando el contrato señale expresamente que dicho lugar será libremente determinado por el cliente durante la prestación del servicio*".

Además, la cumplimentación de la hoja de ruta no es obligatoria en todos los casos, ya que el apartado 2 del artículo 24 de la Orden FOM/36/2008 exonera de su cumplimentación cuando el contrato de arrendamiento de VTC contenga los mismos datos que los exigibles para dicha hoja de ruta. En el mismo sentido se expresa, de hecho, el artículo 23 de dicha Orden.

**OCTAVO.-** En cuanto a la pretensión de nulidad del art. 24 de la Orden FOM 36/2008, por entender que no se ha sometido al informe preceptivo que establecía el art. 37h) de la LOPD vigente en el momento de aprobación y el art. 5 b del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, no puede ser objeto de análisis en el marco del procedimiento de garantía de la unidad de mercado que tiene por objeto verificar si una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Por esa razón, como antes advertíamos, no cabe invocar en el seno de éste procedimiento cualquier infracción de legalidad de la actuación administrativa impugnada que tiene su ámbito propio en un recurso contencioso administrativo ordinario no en éste procedimiento especial como claramente se deduce del art. 127 bis. Y ello al margen de que las normas que se citan como infringidas el art. 37 h de la Ley Orgánica 15/1999 y el art. 5 b del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, no guardan relación con la Orden recurrida pues el artículo 37h) sólo faculta a la AEPD para informar las normas que desarrollen la LOPD lo que aquí no sucede. Por otra parte, el art. 5b) del Real Decreto 428/1993 establece que la AEPD debe informar sobre cualquier disposición que afecte a la materia propia de la LOPD, pero el que la Orden requiera el nombre y el NIF del usuario del servicio no afecta a la materia propia de la



LOPD, la protección de datos, pues en el art. 24 de la Orden FOM 36/2008 no se trata del almacenamiento o tratamiento de dichos datos personales.

**NOVENO.-** Finalmente, el precepto cuestionado tampoco vulnera el principio de simplificación de cargas del art. 7 de la LGUM pues éste precepto dice lo siguiente:

*"La intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad"*

En realidad, se trata más bien de una advertencia o una solicitud de coordinación a las Administraciones competentes sobre la misma materia con objeto de evitar la duplicidad de cargas administrativas en los casos en que una actividad económica está sujeta a intervención de varias Administraciones Públicas.

Que ello es así, lo revela el artículo 5 de la LGUM, que obliga a que los límites a las actividades económicas obedezcan a los principios de necesidad y proporcionalidad de tal modo que si una determinada norma es necesaria y proporcionada no puede incurrirse en exceso de regulación.

El supuesto "exceso de regulación" vendría en tal caso ocasionado por la disposición ampliatoria de la Administración que corresponda, pero no por el precepto impugnado, donde únicamente se exige la constancia de los datos mínimos e imprescindibles para posibilitar un control adecuado de la actividad de transporte urbano.

Por lo demás, debemos recordar que, en la SAN de 22 de julio de 2019, rec. 756/2015 a propósito de la sanción impuesta a un operador que presta el servicio de alquiler de vehículos con conductor VTC por hallarse estacionado con su vehículo en la vía pública, sin presentar una hoja de ruta válida, a la espera de ser contratado para realizar un servicio de aquella naturaleza, confirmamos la sanción impuesta al constatar, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018 que:

*"el marco normativo vigente y el que lo estaba en el momento de cometerse la infracción, en lo que a la obligación de llevar a bordo la hoja de ruta respecta, es ajustado a la Ley 20/2013."*

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

**DÉCIMO.-** A la vista de lo razonado no estimamos necesario plantear cuestión prejudicial en los términos que solicita UNAUTO, es decir si

*¿Puede resultar contrario al artículo 49 del TFUE la exigencia del artículo 24 de la Orden FOM 36/2008, de 9 de enero, que fija que el arrendamiento de vehículos con conductor deberá llevar hoja de ruta por cada servicio a pesar de que se le obliga a volcar los datos de cada servicio con anterioridad al inicio del mismo a un registro de la propia Administración, y donde además en dicha hoja de ruta deben figurar datos personales del arrendatario (nombre y nif)?; y puede ser contraria dicha limitación a los artículos 102 y 106.1 del TFUE al permitir a competidores como el taxi en el segmento de la precontratación no se le exija nada de ello?*

Y ello por no encontrar vinculación alguna entre la libertad de establecimiento, así como el contenido de los artículos 102 y 106.1 del TFUE con las medidas citadas.

**DÉCIMOPRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse desestimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a las partes recurrentes.

## FALLAMOS

Que DEBEMOS DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. **15/2017**, promovido por **la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y UNAUTO** al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra el apartado quince del artículo único de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero por la que se desarrolla la Sección Segunda del capítulo IV del título V en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre y declaramos que el citado precepto es conforme a derecho.

Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a las partes recurrentes.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse



el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 03/02/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ