

Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese en relación con el Acuerdo del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 30 de julio de 2020, relativo a la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el artículo 2, apartados 2 a 5, del Decreto 200/2019, de 17 de diciembre, de condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora y con autorización de ámbito nacional (VTC-N) en la comunidad autónoma de Euskadi.

1. Objeto y fundamentación del Acuerdo de impugnación del que se discrepa

El acuerdo del Pleno del Consejo de la CNMC del que respetuosamente se discrepa tiene por objeto la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el artículo 2, apartados 2 a 5, del Decreto 200/2019, de 17 de diciembre, de condiciones de prestación del servicio de arrendamiento con conductor o conductora y con autorización de ámbito nacional (VTC-N) en la comunidad autónoma de Euskadi. La interposición del recurso se acuerda al amparo del artículo 5.4 de la Ley de creación de la CNMC (Ley 3/2013, de 4 de junio; LCNMC).

El precepto reglamentario autonómico objeto del acuerdo de impugnación tiene el siguiente contenido:

“Artículo 2. Condiciones de explotación del servicio

*1. Los servicios realizados por los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora **no se pueden prestar si no se han contratado previamente.***

*2. Se establece que, tanto la solicitud del servicio como la cumplimentación del contrato de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora **se deberá realizar, con carácter obligatorio, con una antelación mínima de treinta minutos** a su prestación efectiva, con objeto de garantizar el cumplimiento del requisito de precontratación. Deberá quedar constancia de los servicios*

realizados en el registro de comunicaciones a que se refiere el artículo 3.

3. Los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora **no podrán, en ningún caso, circular por las vías públicas para buscar clientes ni propiciar la captación de personas viajeras que no hayan contratado ni solicitado previamente el servicio** en el tiempo previo indicado en el apartado 2 de este artículo.

4. Cuando no estén contratados previamente o prestando servicio o circulando con un fin acreditado distinto a la captación de personas viajeras, los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora **podrán permanecer estacionados de manera que no visibilicen su disponibilidad sin la contratación previa** a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

5. Asimismo, **al objeto de evitar la captación de personas viajeras en la vía pública**, se establece como condición de explotación, que los vehículos adscritos a una autorización de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora **no podrán ser geolocalizados por las potenciales personas usuarias** con carácter previo a su contratación.”

El acuerdo de impugnación del que se discrepa se fundamenta en los siguientes motivos:

Por lo que se refiere al requisito de precontratación de los servicios realizados por los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora (servicios de VTC), previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 2 del Decreto, uno de los informes en que se sustenta el acuerdo de impugnación arguye que **“el establecimiento de un período mínimo de precontratación elimina la posibilidad de contratación inmediata, por lo que constituye una restricción a la capacidad de competir de los operadores de VTC frente a los de taxi. Dado que un alto porcentaje de los servicios VTC se realizan con precontratación inmediata, existe un elevado riesgo de que esta limitación suponga una grave restricción a los operadores VTC”**. Otro de los informes aportados añade que **“la restricción de la precontratación es discriminatoria, pues solo se aplica a una parte de los operadores del mercado –los titulares de autorizaciones VTC- pero no a los taxis, que pueden precontratarse sin que medie lapso temporal alguno”**.

En lo concerniente a la prohibición de circulación de los VTC en busca de clientes (apartados 3 y 4 del artículo 2 del Decreto), ambos informes razonan que *“se trata (...) de restricciones que limitan la disponibilidad de vehículos VTC haciéndolo más ineficiente y costoso, desincentivando, por tanto, su utilización”*.

Finalmente, **en cuanto a la prohibición de geolocalización de los VTC** (art. 2.5 del Decreto), los dos informes en que se fundamenta el acuerdo de impugnación del que se discrepa en este voto particular sostienen que esta restricción *“no encuentra amparo en ninguna razón de interés general u objetivo legítimo (medioambiente, protección del consumidor) y es discriminatoria (no se aplica a los taxis, que cuentan con su plataforma de geolocalización). No garantiza una protección del consumidor (más bien al contrario, pues le genera desinformación para contratar el servicio de movilidad que demande) ni tampoco favorece cuestiones medioambientales (los vehículos VTC circularán igualmente por calles o áreas sobre las que no pueden geolocalizarse)”*.

2. La impugnación acordada del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco encubre en realidad la impugnación indirecta de su norma habilitante, que es una norma con rango de ley (disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre)

La norma habilitante del precepto reglamentario autonómico que es objeto del acuerdo de impugnación es una norma estatal con rango de ley, a saber: la **disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor**. Así lo indica expresamente el Decreto 200/2019 del Gobierno vasco en su preámbulo: *“en el marco de la habilitación prevista en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, se procede a establecer determinadas condiciones de explotación y control de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora, que se presten íntegramente en la Comunidad Autónoma de Euskadi, respetando los de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente. Así, en lo que respecta a las condiciones de precontratación, se establece, con carácter obligatorio, una antelación mínima desde el momento en el que se realiza la solicitud y cumplimentación del contrato del servicio hasta que se produce la prestación efectiva de dicho*

servicio, con la pretensión de evitar el fraude y garantizar el cumplimiento del requisito de precontratación, que fue establecido en el artículo 182.1 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre. Por otra parte, en lo que concierne a la imposibilidad de captar personas viajeras, se introducen dos nuevas medidas orientadas a garantizar el efectivo control de esa condición para la prestación del servicio”.

La disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, que es la norma habilitante del precepto reglamentario que el Consejo de la CNMC acuerda impugnar, tiene el siguiente contenido:

*“Las **comunidades autónomas** que por delegación del Estado sean competentes para otorgar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito nacional, **quedan habilitadas para modificar las condiciones de explotación previstas en el artículo 182.1 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres**, en los términos siguientes:*

*a) La modificación sólo podrá afectar a los servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su respectivo ámbito territorial y **podrá referirse a: condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo.***

*b) La modificación deberá estar orientada a mejorar la gestión de la movilidad interior de viajeros o a **garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios**, respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente.*

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de las competencias que, de acuerdo con la normativa de cada comunidad autónoma, puedan corresponder a las entidades locales en orden al establecimiento o modificación efectiva de esas condiciones en relación con los servicios que discurren íntegramente dentro de su ámbito territorial”.

Como cabe apreciar, la citada norma legal habilita a las comunidades autónomas para modificar las condiciones de explotación de los VTC-N precisamente en los aspectos, entre otros, que regula el artículo 2 del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco, a saber: “condiciones de precontratación, solicitud de servicios (y) captación de clientes”.

Si atendemos a los argumentos que se aducen en los dos informes en los que se sustenta el acuerdo de impugnación del artículo 2 del Decreto

200/2019 del Gobierno vasco, **el Consejo de la CNMC no cuestiona (solo ni principalmente) los concretos términos en que el Gobierno vasco ha ejercido la habilitación contenida en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, sino en realidad la habilitación, en sí misma considerada, que contiene esta norma legal.**

En efecto, el acuerdo de impugnación no cuestiona tanto que el periodo mínimo de precontratación se fije en 30 minutos (y no, por razones de proporcionalidad, en un periodo inferior, por ejemplo, de 15 minutos), sino que cuestiona en sí el requisito de precontratación (cabe insistir: un requisito expresamente habilitado por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018), ya que la exigencia de precontratación *“elimina la posibilidad de contratación inmediata, por lo que constituye una restricción a la capacidad de competir de los operadores de VTC frente a los de taxi”*. Igualmente, el acuerdo de impugnación no cuestiona tanto los concretos términos de los apartados 3 a 5 del artículo 2 del Decreto vasco (prohibición de circular en busca de clientes y prohibición de geolocalización), sino que cuestiona, en sí, la habilitación (contenida en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018) para establecer requisitos o limitaciones que el acuerdo de impugnación reputa injustificadamente restrictivos, pese a que, como señala expresamente el preámbulo del decreto cuya impugnación se acuerda y habilita el citado Real Decreto-ley (*“garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios”*), se establecen para *“garantizar el cumplimiento del requisito de precontratación”*.

En suma, el recurso contencioso-administrativo que el Consejo de la CNMC ha acordado interponer contra el artículo 2 del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco se dirige formalmente contra este precepto reglamentario autonómico, pero materialmente se dirige en realidad contra su norma legal habilitante. En otras palabras, **la impugnación del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco es una impugnación instrumental que persigue el cuestionamiento (indirecto) de la habilitación contenida en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, una norma con rango ley no susceptible de impugnación directa en vía jurisdiccional ordinaria contencioso-administrativa y, por tanto, no atacable por la CNMC**, ni por la vía del artículo 5.4 LCNMC ni por la del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

En palabras de la **Sentencia núm. 351/2020 de 10 de marzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Supremo**,

este tipo de impugnación *“es uno más de la larga serie de recursos que tienen por objeto la fiscalización casacional de **sentencias en las que se ha enjuiciado la conformidad a Derecho de actos administrativos -o en algún caso, de disposiciones generales-, con exclusivo fundamento en vicios o infracciones, no tanto propios del acto o disposición sobre el que recae la impugnación (el que debe ser identificado como recurrido en el artículo 1 de la LJCA), sino imputables a la Ley formal que sirve de fundamento y cobertura normativa a tales actos de aplicación”***. Como señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, *“no parece un uso natural y conforme con el principio de buena fe (art. 7 LOPJ) la técnica de aprovechar la impugnación de un acto administrativo (...) para orientar el proceso, de modo exclusivo, a combatir de un modo general y abstracto, no ya una norma reglamentaria, sino la norma con rango de ley (...) mediante la solicitud a la Sala para que (...) plantee, según el caso, cuestión de inconstitucionalidad o de desconformidad con el derecho de la Unión Europea, pretensión que sólo puede adoptar de oficio el Tribunal y con el designio, a que ya hemos hecho referencia, de despejar la incógnita acerca del juicio al acto o disposición directamente recurridos. Con ello se viene a desnaturalizar la esencia misma del control judicial de los actos administrativos juzgados en la instancia y de las sentencias que resuelven los respectivos litigios”*.

Como ya he sostenido en otro voto particular, el acuerdo de impugnación del que se discrepa ahonda nuevamente en una línea de interpretación de los artículos 5.4 LCNMC y 27 LGUM que **muta la finalidad con la que dichas normas han atribuido legitimación activa a la CNMC para impugnar actuaciones administrativas: la CNMC propende a transformar unos instrumentos concebidos para el control de las Administraciones Públicas en instrumentos también de control (siquiera indirecto) del legislador. La función que la LCNMC y la LGUM atribuyen a la CNMC es la de contribuir a la fiscalización jurisdiccional de la observancia de los principios que tutelan dichas leyes por las Administraciones públicas, no por el propio legislador. El control del legislador corresponde en nuestro sistema constitucional a otras instancias, nunca administrativas (como lo es la CNMC)**.

La vía que ha de seguir la CNMC cuando identifique una norma con rango de ley cuya compatibilidad con los principios establecidos en la LGUM o la libre competencia juzgue dudosa no es la de los artículos 5.4 LCNMC y 27 LGUM. Por el contrario, la vía que debe seguir la CNMC es otra bien distinta, a saber: formular una propuesta o recomendación de modificación legislativa dirigida a los poderes públicos investidos de capacidad de

iniciativa legislativa. Ese es, a juicio de quien suscribe este voto particular, el papel institucional acorde con nuestro sistema constitucional que corresponde a la autoridad administrativa de competencia y de regulación de mercados en el ejercicio de su función de promoción de la competencia.

3. La impugnación acordada del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco soslaya la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 921/2018, de 4 de junio de 2018

En cuanto al fondo, el acuerdo de impugnación del que se discrepa orilla – por más que la mencione escuetamente- la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 921/2018, de 4 de junio de 2018.

Esta sentencia estimó en parte los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por Unauto VTC y por Uber BV contra 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, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

En esta sentencia (principalmente en su fundamento de derecho 6º: “*Sobre las restricciones a las autorizaciones de vehículos con conductor*”) el Tribunal Supremo ha fijado un sólido criterio jurisprudencial sobre la regulación de dicha materia, en los siguientes términos, entre otros:

“(C)onsideramos 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.

Rechazamos 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”.

Los dos informes en que se sustenta el acuerdo de impugnación del que aquí se discrepa soslayan esta doctrina, resultando evidente que **la fundamentación de la impugnación del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco que ha acordado mayoritariamente el Consejo de la CNMC continúa siendo tributaria de una concepción que el Tribunal Supremo ha “rechazado” categóricamente.** En efecto, los dos informes en que se sustenta el acuerdo de impugnación:

- (i) Omiten que la opción de política regulatoria de los poderes públicos por un modelo dual de transporte urbano que dispensa un trato regulatorio diferente al taxi y a los VTC pueda ser, en sí misma, una razón imperiosa de interés general que justifique dicho régimen regulatorio dual. Repetidamente solo admiten como razones imperiosas de interés general que pudieran justificar requisitos regulatorios diferentes para el taxi y los VTC la protección del medio ambiente y del consumidor, no la opción de política regulatoria a favor de un modelo dual de transporte urbano.
- (ii) Y, por tanto, acaban negando de raíz toda legitimidad a cualquier medida regulatoria *asimétrica* (pero no por ello necesariamente discriminatoria) que tenga por finalidad, en palabras del Tribunal Supremo, *“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”.*

En este sentido, los dos informes en que se apoya el acuerdo de impugnación concluyen que se trata, en suma, de medidas discriminatorias que no se aplican al taxi. Pero en la citada sentencia de 4 de junio de 2018,

el Tribunal Supremo ha recalcado que, “una vez admitida la legitimidad de alcanzar un equilibrio entre las diversas modalidades en la prestación del servicio urbano de vehículos con conductor”, no cabe reputar sin más discriminatoria la existencia de un régimen regulatorio dual o asimétrico que diferencia entre taxis y VTC (FD 7º). Y precisamente esa es la finalidad que persiguen las medidas que habilita la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018 y que, con base en la misma, desarrolla el Decreto 200/2019 del Gobierno vasco.

En conclusión, el acuerdo de impugnación del Decreto 200/2019 del Gobierno vasco, adoptado por la mayoría del Consejo de la CNMC, **prescinde de esta doctrina del Tribunal Supremo, mantiene el cuestionamiento de la premisa mayor que avala el Tribunal Supremo (la licitud de un modelo dual de transporte urbano que dispensa un trato regulatorio diferente al taxi y a los VTC) y evita –desde la aceptación de dicha premisa mayor- descender al examen concreto de la adecuación y proporcionalidad de cada uno de los requisitos regulados en la normativa aplicable, que, por el contrario, se cuestionan de raíz y en bloque por ser expresión, precisamente, de un modelo dual de transporte urbano.**

Madrid, a 30 de julio de 2020.

Fdo.: Mariano Bacigalupo Saggese

Consejero de la CNMC