

Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese, con la adhesión del Consejero D. Xabier Ormaetxea Garai, en relación con el Acuerdo del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 22 de febrero de 2022, por el que se formula requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra el artículo 53 bis, apartados 2a, 2d y 2f, de la Ordenanza de Movilidad del Ayuntamiento de Valencia (expediente LA/001/22).

I

Objeto y fundamentación del Acuerdo del que se discrepa

El acuerdo del Pleno del Consejo de la CNMC del que discrepo parcialmente tiene por objeto dirigir al Ayuntamiento de Valencia un requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo para que proceda a derogar y dejar sin efecto los apartados 2a, 2d y 2f del artículo 53 bis de la Ordenanza de Movilidad de dicho Ayuntamiento.

El requerimiento previo a 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 nuevo artículo 53 bis de la Ordenanza de Movilidad del Ayuntamiento de Valencia regula exclusivamente los vehículos de turismo con conductor (VTC).

La normativa aplicable a la prestación de dichos servicios en la Comunidad Valenciana está regulada por el Decreto-Ley 4/2019, de 29 de marzo, de prestación del servicio de transporte público discrecional de personas viajeras mediante arrendamiento de vehículos con conductor.

El segundo apartado del nuevo artículo 53 bis de la Ordenanza establece una serie de medidas restrictivas. Si bien algunas de ellas (como la prohibición de geolocalización o de estacionar en la vía pública) hallan expresa cobertura en dicho Decreto-Ley, otras previsiones incorporan, desarrollan o concretan restricciones que la mayoría del Pleno del Consejo de la CNMC juzga contrarias al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, a saber:

- La obligación de precontratación de servicios con una antelación mínima de una hora al inicio de su efectiva prestación (artículo 53 bis, apartado 2a).
- La prohibición de aparcamiento en una distancia inferior a 300 metros desde los siguientes lugares de concentración y generación de demanda de servicios de transporte de personas viajeras: puertos, aeropuertos, estaciones de ferrocarril y de autobuses; centros comerciales y de ocio; equipamientos deportivo-recreativos y sanitario-asistenciales, públicos o privados, de la red primaria; hoteles con más de 400 plazas de alojamiento; paradas de taxis con capacidad superior a 9 plazas (artículo 53 bis, apartado 2d).
- La obligación de que, cada vez que se sustituya un vehículo VTC, se haga por otro con la clasificación ambiental de cero emisiones (artículo 53 bis, apartado 2f).

El requerimiento previo se fundamenta, en lo esencial, en los siguientes motivos:

Por lo que se refiere al requisito de precontratación de los servicios de VTC, el requerimiento arguye que *“tal y como ha manifestado la CNMC anteriormente y ha impugnado en varias ocasiones, la obligación de tener que dejar pasar un lapso de tiempo desde el momento en el que se contrata el servicio y el momento en el que puede iniciarse su prestación que vaya más allá de lo necesario para garantizar que se produce la precontratación, supone un obstáculo injustificado para la prestación de servicios de transporte VTC. El lapso temporal de 1 hora perjudica a los usuarios de los servicios VTC y reduce el atractivo de estos servicios para los usuarios, lo que a su vez reduce la competencia en el mercado global de taxis y VTC, en detrimento de los usuarios finales”*.

En lo concerniente a la prohibición de aparcamiento en una distancia inferior a 300 metros desde determinados lugares de concentración y generación de demanda de servicios de transporte de personas viajeras, el requerimiento previo razona que *“la medida municipal va más allá de la norma autonómica, puesto que no se limita a prohibir aparcar “en lugares de concentración y generación de demanda”, como regula el Decreto-ley, sino que extiende esta prohibición a un entorno de 300 metros alrededor de tales lugares. Debe tenerse en cuenta que esta prohibición puede tener un efecto restrictivo importante en términos prácticos debido, entre otros motivos, a la restricción de espacio de aparcamiento libre o la dificultad de identificar las zonas o lugares en los que resulta posible aparcar”*.

Finalmente, por lo que se refiere a la obligación de sustitución de los vehículos VTC por vehículos con clasificación ambiental de cero emisiones, el requerimiento razona que la Ordenanza municipal es en este punto *“más restrictiva (que el artículo 7 del Decreto-ley 4/2019 de la Comunidad Valenciana), puesto que deja fuera a los vehículos con clasificación ambiental ECO, excediéndose, por tanto, las competencias del Ayuntamiento, al estar regulando de manera contraria a lo establecido en el Decreto-ley”*.

II

El requerimiento previo 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

A mi juicio, el requerimiento previo no se ajusta cabalmente a 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 (fundamentalmente en su fundamento de derecho 6º: *“Sobre las restricciones a las autorizaciones de vehículos con conductor”*) el Tribunal Supremo ha sentado doctrina 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”.

El requerimiento previo acordado mayoritariamente por el Consejo de la CNMC soslaya esta doctrina, ya que su fundamentación continúa siendo, en lo esencial, tributaria de una concepción que el Tribunal Supremo ha “rechazado”. En efecto, el requerimiento previo:

- (i) No admite 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 o asimétrico.
- (ii) Y, por tanto, niega también de raíz legitimidad a cualquier medida regulatoria 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”.

La fundamentación última del requerimiento previo reside en que someter a los VTC a requisitos o limitaciones que no se aplican de igual forma al taxi constituye un trato discriminatorio y, por ende, una restricción injustificada de la competencia. 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 que diferencia entre taxis y VTC (FD 7º).

En suma, en este requerimiento previo la CNMC prescinde una vez más de esta doctrina del Tribunal Supremo, pues mantiene –al menos implícitamente- 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 en realidad de raíz por ser expresión, precisamente, de un modelo dual de transporte urbano.

III

Examen de los preceptos cuestionados

Entrando ya en el examen concreto de la proporcionalidad de las restricciones objetadas, coincido con el cuestionamiento de los apartados 2a (precontratación con una antelación mínima de una hora) y 2f (obligación de sustituir los vehículos VTC por vehículos con clasificación ambiental cero emisiones) del artículo 53 bis de la Ordenanza de Movilidad del Ayuntamiento de Valencia (bien que, en lo referente al apartado 2a, con base en un razonamiento parcialmente diferente del expresado en el requerimiento previo), y discrepo de la impugnación del apartado 2d del mismo artículo (prohibición de aparcamiento en una distancia inferior a 300 metros desde determinados lugares de concentración y generación de demanda de servicios de transporte de personas viajeras). Por tanto, el presente voto particular es concurrente por lo que se refiere a la impugnación del apartado 2a del artículo 53 bis de la Ordenanza de Movilidad del Ayuntamiento de Valencia y discrepante en lo tocante a la impugnación del apartado 2d.

Comparto el juicio negativo sobre la proporcionalidad de la obligación de precontratar los servicios VTC con una antelación mínima de una hora. En mi opinión, se trata de un intervalo desproporcionado por excesivo. La fijación de un intervalo superior al mínimo previsto en la legislación autonómica (15 minutos) no lesiona necesariamente y en todo caso el principio de proporcionalidad (de tal premisa parte al menos el legislador valenciano, pues de lo contrario no hubiera establecido un lapso mínimo sino máximo), pero sí reclama una especial justificación que en este caso está ausente. Sin embargo, a diferencia del criterio mayoritario de la CNMC, no cuestiono en sí el requisito de precontratación, legalmente habilitado, por tratarse de un requisito que no se aplica al taxi y que, por tanto, *“reduce la competencia en el mercado global de taxis y VTC”*. Esa objeción es en realidad una objeción al requisito de precontratación en sí (no

solo al lapso concreto previsto en la Ordenanza), siendo así que tal requisito es, sin embargo, una opción del legislador que la CNMC no puede impugnar ex artículo 5.4 LCNMC. Cualquiera que fuera el lapso o intervalo mínimo con el que se exigiera precontratar los servicios VTC el efecto sería una reducción de la competencia entre taxis y VTC. De hecho, la CNMC ha considerado ya en al menos una ocasión anterior (impugnación de la regulación autonómica de la Región de Murcia) que incluso un lapso de 15 minutos (el mínimo previsto en la legislación autonómica valenciana) constituye una restricción injustificada de la competencia.

Por lo que atañe a la prohibición de aparcamiento en una distancia inferior a 300 metros desde determinados lugares de concentración y generación de demanda de servicios de transporte de personas viajeras, discrepo de que se trate de una restricción añadida a la prevista en la legislación autonómica. A mi juicio, la norma reglamentaria no crea una restricción adicional a la prevista en la norma legal, sino que se limita a desarrollar y precisar el alcance espacial de la noción legal de “lugar de concentración y generación de demanda”. Se trata de una noción legal indeterminada que, en aras de la seguridad jurídica, requiere de una concreción en sede de desarrollo normativo. El propio requerimiento previo admite la *“la dificultad de identificar las zonas o lugares en los que resulta posible aparcar”*. En este sentido, la norma reglamentaria precisa, sin incurrir en ultra vires, que el alcance espacial de dicha noción se extiende hasta los 300 metros. En mi opinión, tal extensión no se antoja arbitraria ni manifiestamente desproporcionada. En todo caso, el requerimiento previo no justifica ninguno de tales juicios. Solo conjetura que *“esta prohibición puede tener un efecto restrictivo importante en términos prácticos”*.

Finalmente, por lo que se refiere a la obligación de sustituir los vehículos VTC por vehículos con clasificación ambiental cero emisiones, coincido en que procede impugnar este apartado 2f del artículo 53 bis de la Ordenanza de Movilidad del Ayuntamiento de Valencia. Se trata de una norma reglamentaria que incurre en ultra vires respecto de lo establecido en el artículo 7 del Decreto-Ley 4/2019 de la Comunidad Valenciana, de acuerdo con el cual *“cada vez que se sustituya uno de los vehículos que están actualmente adscritos a autorizaciones VTC se hará por otro vehículo que utilice como fuente de energía la electricidad, el hidrógeno, los biocarburantes, los combustibles sintéticos y parafínicos, el gas natural y el gas licuado del petróleo. También podrá sustituirse por un vehículo de los denominados híbridos”*. La norma legal es taxativa y no ofrece ningún margen al desarrollo reglamentario que permita excluir la

