

INFORME DE 5 DE AGOSTO DE 2014 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, CONTRA EL RÉGIMEN DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTO PARA LA GESTIÓN E IMPARTICIÓN DE LOS CURSOS DE SENSIBILIZACIÓN Y REEDUCACIÓN VIAL (UM/026/14).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 17 de julio de 2014 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado una reclamación fechada el 14 de julio de 2014, de **[Confidencial]**, referida a la indebida regulación mediante concesión administrativa de la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial. Concretamente, la entidad reclamante señala:

- Que en la actualidad la gestión de los mencionados cursos se atribuye por concesión administrativa a la Confederación Nacional de Asociaciones de Autoescuelas (en adelante, CNAE), cuando, a juicio del reclamante, debería atribuirse en régimen de autorización por resultar mucho menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica.
- Que el monopolio de CNAE en la gestión de los citados cursos favorece prácticas abusivas y desleales y la creación de monopolios en otros ámbitos relacionados con la docencia en materia de seguridad vial, como la elaboración y venta de material didáctico (manuales, material informático).
- Que, concretamente, la situación monopolística creada por el empleo de la figura de la “concesión” frente a la “autorización” ha determinado que CNAE imponga a los centros de impartición de cursos la obligación de adquirir a su editorial con carácter preferente o exclusivo los manuales y demás documentación necesaria para la docencia, en perjuicio del resto de editoriales que elaboran y comercializan material didáctico de este tipo. Así parece desprenderse tanto de la condición 14ª del Pacto Segundo del Documento Uno¹ como del primer inciso del punto 1º del Documento Cuatro (Anexo)² y la condición 28ª del Pacto Segundo del Documento Diez³, habiendo sido dichos documentos aportados por la reclamante con su escrito.

¹ “Adquirir, a través de la CNAE, los manuales y demás documentación necesaria para la impartición de los cursos así como el material informático, incluido el acceso a Internet.”

² “Contratar, suscribir, consumir y solicitar aquellos productos o servicios recomendados por CNAE, en base a los convenios que CNAE tenga suscritos con distintos proveedores y entidades colaboradoras”.

³ “Adquirir a CNAE, en su caso, los manuales para la impartición de los cursos de sensibilización y reeducación vial a los que este Acuerdo se refiere, en el supuesto que, finalizado el actual curso para la edición de dichos manuales, no se convocara un nuevo concurso y quedara, por tanto, liberalizada la edición y distribución de los citados manuales. CNAE facilitará los manuales al precio marcado en cada momento”.

El 17 de julio de 2014 la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado ha remitido a esta Comisión la reclamación anterior a los efectos del informe previsto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM).

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analizan:

1) Determinación del objeto del informe 2) Normativa aplicable a los cursos de sensibilización y reeducación vial: 2.1 marco normativo y régimen actual; 2.2 Informes emitidos por la Comisión Nacional de Competencia y la autoridad catalana de competencia sobre el régimen actual; 2.3 Rechazo legislativo en marzo de 2014 de la última propuesta de modificación del régimen actual para convertirlo en un sistema de “autorizaciones” frente a la actual “concesión **3) Clasificación de la actividad analizada como “servicio de interés económico general” (SIEG) a los efectos de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio 4) Artículo 128.2 de la Constitución 5) Aplicación al caso concreto de los principios de necesidad y proporcionalidad.**

II.1 Determinación del objeto del informe

Debe señalarse ante todo que la finalidad del presente informe se ciñe a determinar si el actual régimen de concesión administrativa previsto para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial es conforme con la LGUM o si, de lo contrario, resultaría más acorde con dicha norma el uso de otras figuras jurídicas como, por ejemplo, la autorización indicada por la entidad reclamante.

Sin embargo, todas las cuestiones relativas a posibles prácticas de posible abuso de posición dominante y de competencia desleal, vertidas también en el escrito de la reclamante, deberán dilucidarse, en su caso, en el marco de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no pudiendo, por tanto, ser objeto del presente informe.

II.2.- Normativa aplicable a los cursos de sensibilización y reeducación vial.

II.2.1 Marco normativo y régimen actual.

La Ley 17/2005, de 19 de julio (en adelante, Ley 17/2005), por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial⁴ (en adelante, Ley de Tráfico) introdujo en España el sistema

⁴ Aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

denominado “permiso y licencia de conducción por puntos”. Un elemento esencial del nuevo sistema lo constituyen los cursos de sensibilización y reeducación vial, cauce para lograr la modificación de los comportamientos reiteradamente infractores.

La Ley 17/2005 distingue dos clases de cursos: aquellos que podrán realizar los titulares de permisos y licencias de conducción para la recuperación de parte de los puntos perdidos y los que deben realizar quienes hayan perdido la totalidad de los puntos asignados y pretendan obtener de nuevo la autorización para conducir. Ambos tipos de curso son objeto de regulación en la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio⁵.

La Ley 17/2005 calificó la realización de dichos cursos como una actividad de “servicio público”. Concretamente en la Exposición de Motivos de dicha norma se dice que:

*“En el Título I, relativo al ejercicio y la coordinación de las competencias sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en el Capítulo I, «Competencias», se modifica el artículo 5, al objeto de incluir, entre las que corresponden expresamente al Ministerio del Interior, la de **gestionar los cursos de sensibilización y reeducación vial** que han de realizar los conductores como consecuencia de la pérdida parcial o total de los puntos que le hayan sido asignados.*

*Esta competencia la podrá ejercer la Administración mediante concesión. La **realización de los citados cursos** es una actividad esencial e indispensable para la puesta en práctica de la voluntad educadora de la Administración, además de ser esenciales para que puedan cumplirse los objetivos del sistema del permiso o la licencia por puntos. Así, dado el interés público y social que la seguridad vial representa, **debe garantizarse de una manera efectiva su realización, considerándose a estos efectos que dicha actividad constituye un servicio público.**”*

Tal y como se desprende del texto de la Exposición de Motivos parecen identificarse dos actividades distintas⁶ relacionadas con los cursos de sensibilización y reeducación vial:

- gestión o administración
- realización o impartición

Sin embargo, en el texto de la Ley de Tráfico sólo se efectúa una referencia a la “gestión”. Concretamente, en la redacción inicial del artículo 5 p) de la Ley de Tráfico dada por la Ley 17/2005 se preveía únicamente el régimen de “concesión”:

⁵ BOE 10 agosto 2005, núm. 190.

⁶ En este sentido véase página 47 del Informe de la Entitat Catalana de la Competència de 15 de marzo de 2012 (REF: OB 09/2011).

“p) Gestionar los cursos de sensibilización y reeducación vial que han de realizar los conductores como consecuencia de la pérdida parcial o total de los puntos que les hayan sido asignados, elaborar el contenido de los cursos, así como su duración y requisitos.

Dicha gestión podrá realizarse, mediante concesión, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.”

Posteriormente, el modelo de gestión de los cursos fue objeto de reforma por la Ley 25/2009, de 22 de noviembre (en adelante, Ley Omnibus), de modificación de diversas Leyes, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009).

No obstante, y como se expondrá más adelante en este informe e indicó también la entonces Comisión Nacional de Competencia (CNC) en un informe de 2009⁷, dicha reforma resultó incompleta a la luz de la Directiva 2006/123/CE (Directiva de Servicios). La vigente redacción del artículo, tras la Ley Omnibus, es la siguiente:

*“p) Contratar la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial que han de realizar los conductores como consecuencia de la pérdida parcial o total de los puntos que les hayan sido asignados, elaborar el contenido de los cursos, así como su duración y requisitos. **Dicha gestión se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público***

El mencionado artículo 253 LCSP equivale al actual artículo 277 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 (en adelante, TRLCSP), que tiene el siguiente contenido:

“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

⁷ “Así mismo, la CNC considera que las modificaciones previstas en el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, no resultan suficientes para permitir que el régimen de concesión sea sustituido por un régimen de autorización o de comunicación previa. Ello es así porque se mantiene la atribución al Ministerio del Interior de la gestión de estos cursos, limitando las formas de gestión a las previstas en el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.”

Véanse páginas 12 a 13 (Conclusión Cuarta) del Informe de 29 de mayo de 2009, de la CNC, sobre el sistema diseñado para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial contemplados en la Ley 17/2005, de 19 de julio.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.”

Por tanto, a partir de esta reforma, la concesión administrativa no es el único medio de gestión sino uno de los cuatro mecanismos de la llamada gestión indirecta de los servicios públicos⁸, junto con la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

II.2.2 Informes emitidos por la Comisión Nacional de Competencia y la autoridad catalana de competencia sobre el régimen actual.

En fecha 29 de mayo de 2009 la entonces Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CNC)⁹ emitió un informe sobre el actual sistema de gestión e impartición de estos cursos, considerando también la modificación de la Ley Omnibus.

En su informe¹⁰ la CNC consideró que el régimen de concesión administrativa que regula esta actividad no se ajustaba a los principios de necesidad y proporcionalidad y de mínima distorsión, recomendando un régimen alternativo como el de autorización administrativa (o el de comunicación previa) para la provisión de estos servicios. Este régimen podría asegurar los mismos objetivos y resultar menos lesivo para la competencia al permitir que todos los operadores que cumplieran los requisitos exigidos pudieran competir en el mercado y evitar la concentración de la oferta en un único operador económico.

El análisis realizado por la CNC no permitió apreciar que existieran motivos económicos o motivos de interés público que hicieran necesario y justificaran que el servicio de cursos de sensibilización y reeducación vial se realizara a través de un régimen de concesión. En cuanto a los motivos económicos, no se consideró que en este caso existieran costes fijos elevados que debieran superarse para la prestación del servicio. Todo lo contrario, a juicio de la CNC,

⁸ Debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 275 del TRLCSP, la Administración podrá gestionar indirectamente (gestión indirecta), mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

⁹ Informe sobre el sistema diseñado para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial contemplados en la Ley 17/2005, de 19 de julio, aprobado el 29 de mayo de 2009 por la Comisión Nacional de la Competencia. En relación con ello, cabe también referir actuaciones sancionadoras de la misma Comisión: S/0043/08 y S/347/11.

¹⁰ Véanse conclusiones y recomendaciones de las páginas 12 y 13.

existían y existen actividades afines, como las autoescuelas o las asociaciones de conductores, para las que la inversión necesaria para entrar en este nuevo mercado sería muy pequeña. Y en cuanto a los motivos de interés público, tampoco se apreció que la concesión fuera la única forma de asegurar la prestación de un servicio en cuantía suficiente y con el nivel de calidad necesario. En el informe se analizaron dos actividades de características similares en las que se había optado por un régimen de autorización sin que ello hubiera mermado la calidad o la seguridad del servicio: las autoescuelas y las ITVs.

La reforma operada mediante la Ley Omnibus no supone una mejora sustancial en la situación criticada por la Autoridad de Competencia, ya que, en opinión de ésta, se mantiene la atribución al Ministerio del Interior de la gestión de estos cursos, limitando –como hemos dicho antes- las formas de gestión a la concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

Posteriormente, en fecha 15 de marzo de 2012, la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, ACC)¹¹ emitió otro informe sobre la misma cuestión¹², en el que se efectuaban tres principales recomendaciones:

- Separar las funciones de “gestión” del sistema de cursos de las de mera “prestación” o “impartición” de los mismos, ya que las segundas resultan de más fácil adjudicación a una pluralidad de operadores.
- Utilizar la figura del concierto del artículo 277 TRLCSP con múltiples operadores o, en caso de mantener la figura de la concesión, fraccionarla en lotes estableciendo requisitos justificados y más proporcionados para reducir los efectos negativos intrínsecos de la “concesión administrativa”.
- Modificar la calificación de la actividad de impartición de cursos de reeducación viaria, que pasaría de “servicio público” a “servicio de interés general”, lo que permitiría abandonar las figuras del artículo 277 TRLCSP y adoptar la figura de “autorización”.

II.2.3 Rechazo legislativo en marzo de 2014 de la última propuesta de modificación del régimen actual para convertirlo en un sistema de “autorizaciones” frente a la actual “concesión”.

Durante la tramitación de la última reforma de la Ley de Tráfico, aprobada mediante Ley 6/2014, de 7 de abril¹³, se planteó la reforma del sistema de gestión de los cursos destinados a recuperar los puntos perdidos. Concretamente en el trámite del Senado la Comisión de Interior incorporó tres

¹¹ Tanto Catalunya como Euskadi tienen competencias transferidas en la materia, pudiendo llevar a cabo concursos en sus respectivos territorios, según recuerda la CNC en la página 5 de su informe de 29 de mayo de 2009 (apartado 16).

¹² REF: OB 09/2011.

¹³ BOE núm. 85, de 8 de abril de 2014.

enmiendas¹⁴ sobre esta cuestión a su dictamen final¹⁵. De acuerdo con este dictamen, en el apartado II de la Exposición de Motivos del proyecto de la futura Ley 6/2014 constaba el siguiente texto:

“En la actualidad, los centros que imparten los cursos de sensibilización y reeducación vial se gestionan en régimen de concesión, lo que supone una restricción a la libre competencia al limitar el número de centros que, aun estando capacitados, pueden impartir esos cursos. Por este motivo, se ha considerado oportuno pasar del actual régimen de concesión a un régimen de autorización previa. No obstante, la apertura que implica el régimen de autorización no puede suponer una merma en la calidad de los cursos que se imparten. Por esta razón, la recuperación parcial de puntos exigirá, además, la realización de una prueba que acredite la superación con aprovechamiento del curso.”

En consonancia con esta nueva filosofía, se proponía la modificación del artículo 60 de la Ley de Tráfico para incluir dentro del régimen de autorización previa no solamente la impartición de cursos de conducción sino también los de renovación de conocimientos (reeducación vial):

“La enseñanza de los conocimientos y técnica necesarios para la conducción, así como el posterior perfeccionamiento y renovación de conocimientos se ejercerán por centros de formación oficiales o privados, que podrán constituir secciones o sucursales con la misma titularidad y denominación. Los centros de formación requerirán autorización previa, que tendrá validez en todo el territorio español en el caso de que se establezcan secciones o sucursales.”

Sin embargo, esta propuesta de modificación normativa no fue aprobada en el Senado¹⁶, habiendo sido retiradas las enmiendas por el grupo parlamentario mayoritario en la sesión de debate del día 13 de marzo de 2014, con la finalidad de facilitar con ello la aprobación de la modificación de la Ley de Tráfico y visto el rechazo generalizado a la reforma propuesta por el resto de grupos¹⁷.

¹⁴ Véanse enmiendas núms.226, 235 y 236 en BO Senado núm.302 de 14 de febrero de 2014.

¹⁵ Véase BO Senado núm.319, de 11 de marzo de 2014.

¹⁶ Véase texto aprobado en BO Senado núm.324, de 19 de marzo de 2014.

¹⁷ Véase página 9827 del Diario de Sesiones del Senado núm.103 de 13 de marzo de 2014. Concretamente en su intervención antes de la votación, el Senador del Grupo Popular Sr. Aznar Fernández manifiesta aceptar la retirada de las enmiendas sobre el cambio de régimen jurídico de los cursos de reeducación en aras al consenso final sobre el texto: *“Uno de los puntos que mayor discrepancia concitaba en la aprobación de este proyecto de ley era el sistema de recuperación de puntos para el carné de conducir. Parece ser que había unanimidad en los grupos políticos en que el sistema estaba funcionando bien y yo como portavoz del Grupo Popular y del Gobierno también lo admitía. Creíamos nosotros y seguimos creyendo que es bueno ampliar la posibilidad de que nuevas empresas en buenas condiciones se incorporen a impartir este tipo de cursos. Pero sus señorías tienen otro punto de vista, que nosotros recogemos y que nosotros aceptamos y lo aceptamos en aras de esa creencia de que es bueno que el proyecto de ley que tenemos entre manos, que es importante para la ciudadanía, salga con el mayor apoyo posible”*.

II.3.- Clasificación de la actividad analizada como “servicio de interés económico general” (SIEG) a los efectos de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En el caso planteado por la entidad reclamante estamos ante la prestación de un “servicio público” y el artículo 2.2.a) de la Ley 17/2009 excluye de su ámbito “*los servicios no económicos de interés general*”, que son aquellos servicios de interés general, que como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley, se efectúan sin contraprestación o contrapartida económica¹⁸. Ello está en línea tanto con el artículo 2.2.a) y Considerando 17 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios de mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios), como con el artículo 2 del Protocolo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁹.

Debe señalarse que en Derecho Comunitario²⁰ no se emplea el término “servicio público”²¹ sino el de “*servicios de interés general*” (SIG), distinguiéndose entre “*servicios de interés económico general*” (en adelante SIEGs, sometidos a contraprestación económica)²² y “*servicios no económicos de interés general*” (no sometidos a contrapartida económica) estando únicamente los primeros sujetos a las normas comunitarias de competencia.

El elemento distintivo de la existencia o no de “contraprestación” se recuerda, por ejemplo, en el Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la

¹⁸ “*Es importante destacar que la Ley se refiere únicamente a las actividades de servicios por cuenta propia que se realizan a cambio de una contraprestación económica. Los servicios no económicos de interés general, que se realizan en ausencia de dicha contrapartida económica, no están cubiertos por las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea relativas al mercado interior, por lo que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y consiguientemente tampoco en el de esta Ley.*”

¹⁹ “*Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.*” Véase versión consolidada de DOUE de 26.10.2012.

²⁰ Véanse páginas 3 y 4 de la Comunicación COM (2011) 900 final, de 20 de diciembre de 2011, sobre un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa.

²¹ “*Este concepto se utiliza en el artículo 93 del Tratado TFUE en el ámbito del transporte. No obstante, fuera de este campo, el término a veces se utiliza de manera ambigua: puede referirse a la oferta de un servicio al público en general y/o en interés del público, o puede utilizarse para la actividad de entidades de titularidad pública. Para evitar la ambigüedad, la presente Comunicación no utiliza este término, sino que emplea la terminología «servicio de interés general» y «servicios de interés económico general». Véase página 4 de la Comunicación COM (2011) 900 final, de 20 de diciembre de 2011, antes citada.*

²² Véanse artículos 14 y 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en versión consolidada de 2012 (DOUE de 26.10.2012) así como el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

Comisión Europea en el que se hace referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE²³.

En el caso de los servicios de reeducación vial objeto del presente informe existe claramente “contraprestación económica”, a diferencia, por ejemplo, de otros servicios públicos de formación como la enseñanza obligatoria en centros públicos²⁴, por lo que se trata de un SIEG. Así se desprende del artículo noveno²⁵ de la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio²⁶, que prevé el pago de un precio por el interesado con un límite máximo fijado en el contrato suscrito entre la Administración y el adjudicatario de la gestión y prestación del servicio (actualmente, CNAE).

Por tanto, y con carácter general, los SIEGs estarían sujetos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, de transposición de la misma. Así se señala expresamente en la página 11 del anteriormente citado Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios²⁷.

No obstante lo anterior, en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la propia Directiva de Servicios se prevé expresamente que los Estados miembros tengan reservada la prestación de determinados SIEGs al sector público (mediante gestión directa o indirecta):

“La presente Directiva no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios. La presente Directiva no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas”

²³ Véase nota 11 de la página 10 del citado Manual. Concretamente, en el apartado 17 de la STJUE de 27 de septiembre de 1988 (asunto Humbel, 263/86) se señala que una de las características del servicio es la remuneración, esto es, la “contrapartida económica” definida entre el “prestatarario y destinatario del servicio”.

²⁴ “La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley (educación primera y secundaria) es obligatoria y gratuita para todas las personas” (artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). El ejemplo de la educación obligatoria en centros públicos como paradigma de servicio no económico de interés general lo hallamos en la página 11 de la antes citado Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea.

²⁵ “Los cursos de sensibilización y reeducación vial, tanto para la recuperación parcial de puntos como los dirigidos a la obtención de un nuevo permiso o licencia de conducción tras la pérdida total de aquéllos, o a la recuperación del derecho a conducir tras haber sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito castigado con la privación del derecho a conducir un vehículo a motor o un ciclomotor, correrán a cargo del interesado. El pliego de prescripciones técnicas del contrato de concesión por el que se adjudiquen los Centros que impartirán los cursos determinará el precio máximo de éstos y su actualización periódica.”

²⁶ BOE 10 agosto 2005, núm. 190.

²⁷ “los servicios de interés económico general, como los característicos del sector de la electricidad y el gas, se prestan a cambio de una contraprestación económica y, por tanto, en principio, se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva.”

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Docu2DS.pdf>.

comunitarias sobre competencia. La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse.

Precisamente, y como veremos en el apartado siguiente, el ordenamiento interno español prevé la reserva legal a favor del sector público de determinadas actividades económicas, como la objeto del presente informe. Sin embargo, la previsión de esta reserva estatal no implica, en opinión de esta Comisión, que no puedan resultarle de aplicación al servicio de reeducación vial, en cuanto “SIEG”, los principios de necesidad y proporcionalidad del derecho general de competencia de la UE, y especialmente en materia de intervenciones administrativas que puedan afectar a la libre prestación servicios, que la propia LGUM viene a desarrollar.

II.4.- Artículo 128.2 de la Constitución.

El artículo 128.2 de la Constitución (en adelante, CE) permite reservar determinadas actividades económicas al sector público:

“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

Este precepto ha sido objeto de aplicación, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo y 127/1994, de 5 de mayo, en las que se señala que tanto la consideración de un determinado servicio como “servicio público” como la elección de una modalidad determinada para la prestación del mismo (esto es, directamente por la Administración Pública titular o bien indirectamente, mediante alguna forma de gestión indirecta del mismo entre las señaladas en el artículo 277 TRLCSP anteriormente mencionado en este informe), dependen enteramente de la voluntad del legislador.

No obstante la reserva debe ser efectuada mediante Ley, como se recuerda en la STS de 30 de octubre de 2012²⁸, lo que, en materia de reeducación vial, se realiza a través de la Ley 17/2005, de 19 de julio (en adelante, Ley 17/2005), por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial²⁹, posteriormente modificada por la Ley Omnibus, como se ha indicado anteriormente en este informe.

²⁸ Recurso de casación núm. 3379/2009.

²⁹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

II.5.- Aplicación al caso concreto de los principios de necesidad y proporcionalidad.

La existencia de una reserva en relación con los servicios de reeducación vial no impide que un análisis bajo los principios de necesidad y proporcionalidad de la forma de intervención.

Además de la LGUM, los principios de necesidad y proporcionalidad en la intervención administrativa, junto con el de no discriminación, constituyen principios generales de Derecho Comunitario, desarrollados jurisprudencialmente³⁰ y posteriormente incorporados a la Directiva de Servicios, así como a las propias Ley 17/2009 y LGUM.

Asimismo, tales principios han sido recogidos con vocación de generalidad en el artículo 39 bis³¹ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo apartado primero señala *“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”*. Del mismo modo, el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, señala en su apartado primero que *“en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios”*³².

Constituyendo la actual concesión administrativa (y el resto de formas de gestión indirecta del artículo 277 TRLCSP) una restricción al número de operadores que pueden intervenir (ser autorizados) en la actividad de prestación de cursos de reeducación vial, debe analizarse si concurre el requisito de **necesidad**, esto es, determinar si la restricción numérica se halla justificada por razones imperiosas de interés general. Estas razones de interés general han sido tasadas por la jurisprudencia comunitaria en cuatro: orden público³³, seguridad pública³⁴, salud pública³⁵ y protección del medio ambiente³⁶.

³⁰ Véase Sentencia TJUE de 20 de febrero de 2001, Analir, C-205/99

³¹ Redactado por el artículo 25/2009, de 22 de diciembre.

³² Los apartados segundo y tercero señalan los siguiente: “2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general. 3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.”

³³ Véanse asuntos C-36/02 y C-348/96

En el presente caso no concurre ninguna de las razones mencionadas, puesto que tanto los motivos de orden como de seguridad públicos exigen una amenaza real y grave para un interés social fundamental, no siendo suficiente alegaciones genéricas³⁷, ni pudiendo excluirse en su conjunto o con carácter general a toda una actividad o sector de la libertad de prestación de servicios, como ocurre en este caso (cursos de reeducación vial)³⁸.

Además, tal y como se señala en el apartado 38 del informe de la extinta CNC 29 de mayo de 2009, las razones de interés general que podrían esgrimirse en el caso de la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial para la utilización de un sistema concesional o de carácter análogo³⁹ serían igualmente aplicables a las escuelas de conducción en general, que son las encargadas de formar a los futuros conductores. Y estas últimas están sometidas, no a un régimen de reserva y gestión indirecta (artículo 277 TRLCSP), sino a la figura de la autorización, en virtud de lo previsto en el artículo 20.1 del Real Decreto 1295/2003, de 17 de octubre⁴⁰.

Finalmente, el Auto del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 2 de diciembre de 2005 recaído en el asunto C-117/05 declaró expresamente que la limitación en el número de centros de formación para la conducción constituía un límite al libre establecimiento y a la prestación de servicios.

Y respecto a la **proporcionalidad** - requisito también exigido por la jurisprudencia comunitaria⁴¹- del régimen jurídico elegido (actualmente concesión), no puede decirse que la medida analizada resulte proporcional con relación a la finalidad perseguida (protección de seguridad vial), puesto que si la formación inicial (ex novo) del futuro conductor (persona sin conocimiento alguno) está sujeta a autorización, no resulta proporcionado que la ulterior formación del conductor que cuenta ya con conocimientos de conducción y circulación deba sujetarse a medios de intervención administrativa más gravosos (los del artículo 277 TRLCSP).

³⁴ Véanse asuntos 72/83 y C-266/96.

³⁵ Véase asunto C-372/04.

³⁶ Véase asunto C-560/08.

³⁷ Véase asunto C-355/98. En este caso se alegaba que la mera existencia y autorización de empresas privadas de seguridad podía suponer una amenaza a la seguridad pública nacional.

³⁸ Véase asunto C-355/98. En este caso se excluía la actividad de vigilancia y seguridad.

³⁹ Fundamentalmente un supuesto mayor control sobre los prestadores que redunde en una mejor preparación de los conductores que reporte, finalmente, mayor seguridad vial.

⁴⁰ *“Toda Escuela que vaya a impartir la formación para la obtención del permiso o de la licencia de conducción necesitará de una autorización de apertura previa para desarrollar su actividad, que se expedirá por la Jefatura Provincial de Tráfico en cuyo territorio radique la Escuela.”*

⁴¹ Véanse casos C-58/98 y C-390/99, entre otros.

En este sentido y, como se recuerda en el Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia, otros países de nuestro entorno y, concretamente, Italia y Alemania⁴², han adoptado un modelo de “autorización” para los cursos de reeducación vial, lo cual pone en evidencia la desproporción de aplicar el régimen del artículo 277 TRLCSP (concesión y otras figuras de gestión indirecta de servicios públicos). Un régimen que, según el Informe de la CNC de 29 de mayo de 2009, “*crea una barrera al acceso a dichas actividades, que queda controlado por la Administración Pública, y se cambia la naturaleza del juego competitivo eliminando la competencia en el mercado y sustituyéndola por la competencia por el mercado*”⁴³.

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión:

1º.- La gestión e impartición de cursos de sensibilización y reeducación vial recibe la consideración de “servicio público” en el ámbito español, siendo calificados en el ámbito comunitario como servicios de interés económico general (SIEGs) al prestarse a cambio de una contrapartida económica.

2º.- No obstante la anterior reserva legal, a los SIEGs les resultan de aplicación los principios de necesidad y proporcionalidad previstos por el Derecho Comunitario de la competencia, tal y como se desprende del artículo 106 y del Protocolo núm. 26 del TFUE, desarrollados por la Ley 17/2009 y la LGUM.

3º.- En el caso concreto de los cursos de sensibilización y reeducación vial no concurre razón imperiosa alguna de interés general que justifique la aplicación de las figuras del artículo 277 TRLCSP al caso concreto, al no acreditarse una amenaza real y grave para un interés social fundamental (seguridad y orden públicos), no pudiendo excluirse el conjunto de una actividad (reeducación vial) de la libre prestación de servicios.

4º.- Tampoco concurre en dicha actividad el elemento de la proporcionalidad, no puede decirse que la medida analizada resulte proporcional con relación a la finalidad perseguida, puesto que si la formación inicial (ex novo) del futuro conductor (persona sin conocimiento alguno) está sujeta a autorización, no resulta proporcionado que la ulterior formación del conductor que cuenta ya con conocimientos de conducción y circulación deba sujetarse a medios de intervención administrativa más gravosos que aquélla.

⁴² “En cambio, en Francia e Italia, esta misma actividad reeducadora de los conductores reincidentes se concibe como una actividad equivalente a un servicio de interés general que puede ser prestada libremente por el mercado, siempre y cuando las personas físicas o jurídicas interesadas en su prestación cumplan los requisitos para obtener la autorización administrativa”. Véase página 11 del Informe.

⁴³ Véase apartado 20, página 6.