



Roj: **STS 1400/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1400**

Id Cendoj: **28079130032024100052**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/03/2024**

Nº de Recurso: **528/2022**

Nº de Resolución: **433/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3069/2021,**
ATS 11046/2022,
STS 1400/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 433/2024

Fecha de sentencia: 11/03/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **528/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **528/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 433/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 11 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número **528/2022**, interpuesto por la Letrada del Gobierno Vasco, en la representación y defensa que legalmente ostenta, contra la sentencia nº 398/2021 de 23 de noviembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso ordinario nº 719//2020.

Ha intervenido como parte recurrida, el procurador de los tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia bajo la dirección letrada de Dña. María Ángeles Rodríguez Paraja.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El letrado del Gobierno Vasco interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 398/2021, de 23 de noviembre (rec. 719/2020).

La sentencia del TSJ acordó estimar en parte el recurso contencioso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra los apartados 2 a 5 del artículo 2 del Decreto 200/2019, de 17 de diciembre, declarando la nulidad de los artículos 2, 3 (únicamente respecto del inciso "en el tiempo previo indicado en el apartado 2 de esta artículo") y 5 del artículo 2 del Decreto recurrido, declarando la conformidad a derecho del apartado 4 del artículo 2 del Decreto 200/2019, de 17 de diciembre .

La sentencia, con remisión a la sentencia anterior de esa misma al nº 217/2021, de 7 de junio de 2021 (rec. 964/2019), consideró que "la exigencia de que exista un intervalo de 30 minutos para solicitar el servicio de contratación de un arrendamiento de vehículo con conductor dificulta de forma extraordinaria para las VTC el acceso al mercado.

Tal espacio temporal, en la práctica, para el usuario solo es posible de cumplir cuando la necesidad de transporte se conoce con anterioridad e, incluso se puede saber el horario.

Sin embargo el número de servicios de esta clase es muy escaso.

La mayoría de los servicios son urbanos o interurbanos de corta distancia, respecto de los que la decisión de usar el transporte por el viajero se decide de forma inmediata. Si con el servicio de VTC ha de esperar, al menos, 30 minutos, sin que exista ninguna necesidad de espera para usar el servicio del taxi, las posibilidades de acceso al mercado por parte de los VTC serían limitadísimas, pudiendo afirmarse que se trata, en la práctica, de un impedimento para el desarrollo del principio de libertad de empresa, recogido en el art. 38 CE, en los términos indicados en las sentencias del Tribunal Constitucional arriba citada.

Con ello, no nos encontraríamos de equilibrio entre el servicio de VTC y el de taxi pues el servicio de VTC se vería gravísimamente dificultado en su acceso al mercado".

Así mismo anuló la restricción de geolocalización con carácter previo a su contratación al considerar que:

"[...] la geolocalización facilita la contratación, al conocer dónde se encuentra el vehículo más cercano y poder conocer el corte del servicio, pero la contratación ha de ser previa vía telemática y queda plenamente registrada en la aplicación del usuario y en los servicios informáticos de la empresa contratada. No se infringe, por tanto, el requisito de la precontratación si bien lo que se hace es usar la tecnología disponible en este momento.

La sala entiende que esta restricción no está suficientemente justificada pues, por un lado, no cabe parar manualmente un VTC cuando se encuentra circulando sino que hay que contratarlo previamente a través de una aplicación y, por otro lado, no existe obstáculo alguno para que plataformas de taxi den este servicio a sus clientes, lo que, de hecho, ya se está utilizando aun cuando no mayoritariamente por los titulares de licencias de taxi".

Y respecto del apartado 3 del artículo 2 el Decreto recurrido establecía "Los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora no podrá, en ningún caso circular por las vías públicas para buscar clientes ni propiciar la captación de personas viajeras que no hayan contrato ni solicitado previamente el servicio en el tiempo previo indicado en el apartado 2 de este artículo", anula el

inciso "en el tiempo previo indicado en el apartado 2 de este artículo" por cuanto anulado el apartado 2 no hay tiempo previo fijado para la contratación del servicio.

SEGUNDO. Mediante Auto de 6 de julio de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar si el establecimiento en la normativa autonómica (para el caso de los servicios VTC) de una antelación mínima (de, al menos, 30 minutos) desde el momento en que se realiza la solicitud y cumplimentación del contrato del servicio hasta que se produce la prestación efectiva de dicho servicio, así como de una medida de restricción de geolocalización con carácter previo a su contratación, se halla justificado y resulta compatible con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), a la luz del artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado y de la STS n.º 921/2018, de 4 de junio; así como de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en las SSTC 35/2016, de 6 de marzo; 111/2017, de 5 de octubre y 112/2021, de 13 de mayo.

TERCERO. El Letrado del Gobierno Vasco formalizó la interposición de su recurso de casación invocando los siguientes motivos de casación:

1º La sentencia de instancia infringe el artículo 38 CE.

Considera que la sentencia impugnada infringe el art. 38 CE porque interpreta que la libertad de empresa garantizada en dicho precepto es un derecho ilimitado.

Argumenta que las limitaciones a su ejercicio pueden encontrarse en disposiciones constitucionales -así el art. 131.1 CE y legales siempre que se respete su contenido esencial (art. 53.1 CE) y, sobre todo, de conformidad con una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, siempre que se respete el principio de proporcionalidad. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

El supuesto que nos ocupa afecta a la prestación de los servicios arrendamiento de vehículos con conductor frente al servicio de taxi, que constituyen dos formas de transporte que compiten directamente en el mismo mercado, pero que prestan un servicio que no es igual.

Frente al interés empresarial, como el que pueda tener la demandante, se superpone la posibilidad de adopción de medidas que benefician el servicio público de transporte, aunque dichas medidas hayan de limitar el ámbito de libre decisión en el ejercicio de la actividad empresarial.

El mercado al que puede optar la demandante es mucho más amplio que el del área de Bilbao, porque la norma afecta a toda la CAPV y al trayecto urbano e interurbano, de modo que existen trayectos que incluso pueden superar distancias de 160 kilómetros por carretera y donde se superará el intervalo temporal de 30 minutos entre la contratación y el servicio efectivo. Así, el intervalo de 30 minutos en nada afecta al desarrollo de la libre iniciativa empresarial y tampoco introduce un factor determinante para el usuario del servicio. Simplemente busca dar cobertura a las demandas de movilidad de los ciudadanos en el ámbito de la CAPV favoreciendo el equilibrio entre dos medios de transporte, siendo uno de ellos un servicio público de interés general sometido a una intensa regulación.

La declaración de nulidad de los apartados 2 u 5 del art. 2 del D. 200/2019 conlleva la igualdad absoluta en las condiciones de prestación del servicio del taxi y de los VTC, obviando que el servicio de taxi está concebido como un servicio de interés público y que su mantenimiento es un objetivo legítimo de los poderes públicos, cuyo aseguramiento puede considerarse una razón imperiosa de interés general que justifica medidas regulatorias respecto a servicios análogos en el mismo segmento del mercado, a pesar de que tales medidas puedan afectar a la competencia y a la libertad de establecimiento, siempre que las concretas medidas adoptadas sean necesarias y proporcionadas.

2º La sentencia de instancia infringe la disposición adicional primera y la disposición transitoria única 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.

La sentencia impugnada obvia que el Decreto se ha dictado al amparo de la habilitación legal contenida en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, que expresamente sitúa la habilitación en la modificación de las condiciones de explotación previstas en el artículo 182.1 del ROTT -y no en las condiciones de acceso a la actividad-.

La parte expositiva del Real Decreto-ley 13/2018, estima que las Comunidades Autónomas son las Administraciones que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del transporte y movilidad en su ámbito territorial, pueden precisar de forma más eficiente las condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor, y a tal fin, se les habilita para concretar, desarrollar, o modificar, de forma temporal o definitiva, determinados aspectos de la reglamentación estatal para dicho servicio, cuando su recorrido no exceda de su propio territorio.

El Real Decreto-ley 13/2018 amplía las competencias normativas de las comunidades autónomas que, por delegación del Estado fueran competentes para otorgar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito nacional, si bien quedan habilitadas para modificar exclusivamente las condiciones de explotación de las autorizaciones previstas en el artículo 182.1 ROTT, que el propio Real Decreto-ley identifica como "condiciones de servicio, precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas".

La anulación en consecuencia de los apartados 2 y 5 del D. 200/2019 conlleva la infracción de la DA Primera del RDL 13/2018 porque conlleva que, en el territorio de la CAPV, no existiría un intervalo mínimo entre la contratación o la designación del vehículo y la prestación del servicio. La sentencia impugnada obvia que el intervalo de 30 minutos es un mecanismo de control de una limitación previamente establecida en las normas citadas, cuya necesidad se ha considerado justificada por razones de interés general, y que no introduce un factor determinante para el usuario del servicio, infringiendo el apartado a) de la disposición adicional primera del Real decreto-Ley 13/2018.

Asimismo, no tiene en cuenta que la limitación de la geolocalización de los vehículos con carácter previo a su contratación es un límite para los potenciales usuarios al objeto de evitar la captación de personas viajeras en la vía pública que exige la norma estatal citada, pero no se prohíbe una vez que el servicio se ha contratado. Por tanto, la sentencia impugnada no aplica ni atiende al apartado b) de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, que especifica que 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.

3º La sentencia de instancia infringe el apartado 1 del artículo 182 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT).

El Decreto 200/2019 no se explica sin la previa toma en consideración de las normas que le sirven de cobertura como es la previsión contenida en el art. 182.1 del ROTT en el que se prevé que el contrato de arrendamiento de vehículos con conductor deberá haber sido cumplimentado previamente a que se inicie la prestación del servicio contratado

De modo que la anulación de los apartados 2 y 5 del artículo 2 del Decreto 200/2019 conlleva, a su juicio, la infracción del art. 182.1 del ROTT porque al anular el establecimiento mínimo de los 30 minutos y la restricción a la geolocalización, posibilitaría la prestación del servicio sin una contratación previa.

4º La sentencia de instancia infringe el art. 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

El artículo 5 de la LGUM requiere a los poderes públicos que justifiquen que los límites o requisitos que se impongan sean necesarios para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y además, exige que sean proporcionados a la razón imperiosa de interés general invocada, y que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

La propia exposición de motivos de la LGUM expresa con claridad la preocupación por el equilibrio entre las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor.

La parte expositiva del Decreto 200/2019 manifiesta que 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 ROTT.

Esta lucha contra el fraude está expresamente contemplada como finalidad de interés general en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la precontratación es una exigencia de la norma estatal, por lo que el establecimiento de un margen de antelación en la contratación es un mecanismo idóneo para garantizar la precontratación exigida en el servicio VTC y evitar el fraude que perjudicaría al servicio del taxi, pero también lo es para desactivar la inmediatez y con ella se mitiga, en gran medida, la repercusión que tiene la convivencia de ambas modalidades de transporte en el ámbito urbano.

La sentencia impugnada infringe el art. 5 LGUM porque omite que los taxis y los VTC se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas lo suficientemente distintas como para considerar que no son comparables y que, por tanto, las condiciones de prestación del servicio VTC que regula el Decreto 200/2019 no confieren una ventaja económica a los taxis.

En virtud de su normativa reguladora los taxis deben disponer de autorización de transporte interurbano (VT) y licencia municipal (transporte urbano), tienen limitado el número máximo de autorizaciones por municipio, están sujetos a la obligación de hacerse cargo del pasajero, deben ser reconocibles, se sujetan a tarifas obligatorias, urbanas e interurbanas y el precio se conoce al final del trayecto (taxímetro), tienen la obligación de cargar en el municipio otorgante de la licencia, salvo los supuestos de contratación previa y previo cumplimiento de ciertos requisitos, y además deben cumplir requisitos establecidos por las ordenanzas municipales sobre otorgamiento de licencias y transmisiones, características y condiciones del vehículo, las personas conductoras, horarios, paradas, publicidad, etc.

En cambio, las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2018, según las disposición transitoria única, durante los cuatro años siguientes a esa fecha, seguirán habilitando para realizar servicios sin limitación por razón de su origen, siempre que los vehículos que desarrollen esa actividad sean utilizados habitualmente para prestar servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización. Por otro lado, los VTC disponen de autorización de transporte interurbano (VTC), existe un número máximo de autorizaciones por comunidad autónoma, no se sujetan a tarifas aprobadas por la administración ni llevan taxímetro, y el precio se calcula antes de contratarse y en función de la demanda, por lo que un mismo trayecto puede tener un coste variable en función de la hora y el día.

5º La sentencia de instancia infringe la doctrina jurisprudencial recogida en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 35/2016, de 3 de marzo, STC 111/2017, de 5 de octubre, STC 112/2021, de 13 de mayo.

La sentencia ignora la doctrina constitucional sobre el canon de constitucionalidad en el acceso a una actividad y en el ejercicio de una actividad (art. 38 CE y sentencias del Tribunal Constitucional citadas).

La sentencia impugnada analiza el artículo 2.2 como una medida que dificulta el acceso al mercado cuando en realidad es una medida que se refiere al ejercicio o desarrollo de la actividad, por lo que no aplica correctamente el canon de constitucional empleado por el Tribunal Constitucional para estos casos y que es menos incisivo que cuando los requisitos o condiciones a la libertad de empresa afectan al acceso mismo al mercado. Por lo tanto, la norma no está sujeto *ex Constitutione* al test de proporcionalidad que invoca la sentencia, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de derecho.

El Tribunal Constitucional en su sentencia nº 111/2017, de 5 de octubre (FD 4ª a)), también mencionada en la más reciente STC 112/2021, de 13 de mayo, declaró que el artículo 38 de la CE asegura "la capacidad de ofrecer servicios o productos en el mercado" y perfiló un doble canon de control de constitucionalidad para la libertad de empresa, dependiendo de si los requisitos que se imponen se refieren al acceso mismo al mercado o al ejercicio de la actividad (FD 4 a)).

Esta distinción ya estaba en la STC 35/2016, de 3 de marzo, donde el Alto Tribunal dejó sentado que el test de proporcionalidad se aplica solamente a regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado, al comienzo en el ejercicio de la actividad, y donde además de comprobar la legitimidad constitucional del objetivo que al establecerla se persigue, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en cuanto medio ordenado para hacerlo posible.

En aplicación de la precedente doctrina, la medida aquí cuestionada afecta al desarrollo de la actividad empresarial pero no al acceso a la misma y tampoco entraña ninguna desigualdad entre operadores iguales, debe someterse solamente al doble escrutinio siguiente: en primer lugar, debe comprobarse si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo; y en segundo lugar, caso de superarse este primer examen, debe verificarse además si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.

La sentencia impugnada efectúa su análisis desde la perspectiva del acceso al mercado, cuando en realidad el acceso se encuentra sujeto a un título habilitante previo para ejercer la actividad (en el caso los VTC están sujetos al régimen de autorización) y no a los requisitos que fijan los preceptos anulados por la sentencia que impugnamos.

No hay ni un solo argumento destinado a comprobar si el fin perseguido por la medida es constitucionalmente legítimo, y, caso de superarse este primer examen, verificar además si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.

Además la sentencia impugnada analiza la medida en comparación con el taxi, pero el principio de igualdad no impide al legislador la diversificación de regímenes jurídicos, siempre que el criterio adoptado para introducir la diferenciación se base en una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida; esto es, no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diferente, lo que prohíbe es que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.

6º La sentencia de instancia infringe la doctrina jurisprudencial recogida en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 921/2018, de 4 de junio, que valida el contenido del artículo 182.1 del ROTT, sobre el que se proyecta la habilitación de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, tras la modificación operada por el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, y después de su contraste con los principios de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La sentencia impugnada no plantea el debate en los términos que exige la doctrina constitucional y valora los requisitos impuestos por el Decreto 200/2019, de 17 de diciembre, única y exclusivamente desde la actividad que pretenden prestar quienes tienen una licencia de VTC y funcionan a través de una plataforma como la de Uber, olvidando analizar si responde a objetivos de interés general y si habida cuenta del objetivo perseguido resulta una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de las libertades así garantizadas para todo tipo de VTC y en todos los trayectos de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

No se ha puesto en duda la legitimidad constitucional del fin perseguido, y el Tribunal Supremo ha avalado la finalidad de lograr una competencia equilibrada de ambas modalidades de transporte urbano que permita el mantenimiento del servicio de taxi de acuerdo con la concepción de servicio de interés general. Tampoco puede dudarse de la adecuación de la medida al fin perseguido por la norma, porque se trata de un mecanismo de control de una limitación previamente establecida por una norma estatal -la precontratación, cuya necesidad se ha considerado justificada por razones de interés general, y porque con ella se trata de evitar un uso fraudulento del servicio que impediría mantener el equilibrio deseado y la concepción del taxi como servicio de interés general.

La STS 921/2018, de 4 de junio, validando el contenido del artículo 182.1 del ROTT, admite que la justificación de preservar un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano a fin de asegurar la modalidad del taxi como servicio de interés público se configura como una razón imperiosa de interés general y, consecuentemente, las medidas adoptadas para ello en la regulación contenida en el Decreto 200/2019, de 17 de diciembre, y que la sentencia impugnada anula, deben reputarse necesarias a los efectos del artículo 5 de la LGUM.

Dado que la regulación ahora recurrida se limita a establecer medidas que afectan al ejercicio de la actividad y no al acceso a la misma, y siguiendo la doctrina constitucional antedicha, el test de proporcionalidad debe reducirse, en primer lugar, a comprobar si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo; y, en segundo lugar, a verificar, además, si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.

Por lo que respecta al primero de esos requisitos, no se ha puesto en duda la legitimidad constitucional del fin perseguido, y el Tribunal Supremo ha avalado la finalidad de lograr una competencia equilibrada de ambas modalidades de transporte urbano que permita el mantenimiento del servicio de taxi de acuerdo con la concepción de servicio de interés general. En cuanto al segundo, tampoco puede dudarse de la adecuación de la medida al fin perseguido por la norma, tal y como argumentaremos en el apartado siguiente, porque se trata de un mecanismo de control de una limitación previamente establecida, cuya necesidad se ha considerado justificada por razones de interés general, y porque con ella se trata de evitar un uso fraudulento del servicio que impediría mantener el equilibrio deseado y la concepción del taxi como servicio de interés general.

Por todo ello solicita estimar el recurso de casación y anular parcialmente la sentencia impugnada, declarando conformes a derecho los preceptos 2.2 y 2.5 del Decreto 200/2019, de 17 de diciembre, del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del Gobierno Vasco, manteniéndose inalterables los restantes pronunciamientos de dicha sentencia.

CUARTO. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se opone al recurso de casación.

Esta parte considera que la Sentencia recurrida razona correctamente los motivos por los que las medidas anuladas son desproporcionadas e injustificadas. Con relación a la precontratación, es evidente que el lapso elegido (30 minutos) dificulta gravísimamente la actividad de VTC, como la Sentencia declara. La prohibición de geolocalización del vehículo con carácter previo a la contratación es excesiva porque no cabe detener manualmente un vehículo VTC, el cual requiere previa contratación.

Considera que el paso de precontratación de 30 minutos unido a la geolocalización previa al servicio no hay afectación a la libertad de empresa.

El concreto lapso elegido (media hora) es inadecuado, es desproporcionado y no es, a todas luces, el menos restrictivo posible. De este modo, se vulnera el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). En particular, tal intervalo y la prohibición de geolocalización previa al servicio son medidas inadecuadas para salvaguardar la razón imperiosa de interés general consistente en el equilibrio entre dicha actividad y la de taxi, en el sentido declarado por el Tribunal Supremo.

El reglamento anulado impuso en sede autonómica un plazo a todas luces excesivo que obstaculiza gravísimamente la actividad de los VTC, a la vez que perjudica al usuario, que, en la práctica, no contará en muchos casos con alternativa real al servicio de taxi. El extenso intervalo mínimo de precontratación elegido, a diferencia de lo que la recurrente señala, es inadecuado y desproporcionado en los términos del artículo 5 LGUM, lo cual afecta muy gravemente al desarrollo de la libre iniciativa empresarial, además de condicionar a los usuarios.

No se cumplen las exigencias de adecuación y de proporcionalidad que la propia recurrente reconoce como exigibles para que no tenga lugar una infracción del derecho a la libertad de empresa.

Por lo que respecta a la alegada infracción de la Disposición Adicional Primera y la Disposición Transitoria Única del Real Decreto-Ley 13/2018 considera que el sentido del fallo no es privar a la comunidad autónoma de la capacidad de establecer intervalos mínimos de precontratación, sino analizar el concreto lapso elegido en los términos que la propia DA 1ª establece al exigir que las medidas que se adopten a tenor de esta respeten "los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente".

La nulidad acontece en este caso debido, precisamente, a la falta de adecuación y de proporcionalidad del concreto lapso adoptado.

El lapso de 30 minutos ni mejora la gestión de la movilidad interior (más bien al contrario, la entorpece al incrementar los tiempos de espera) ni garantiza el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios.

La prohibición de geolocalización no tiene relación alguna con la precontratación, la cual deberá seguir siendo previa (aunque en plazos breves) y ha de quedar registrada.

En relación con la alegada infracción del artículo 182.1 del ROTT considera que este motivo es particularmente injustificado.

Ni la anulación del lapso de 30 minutos ni la prohibición de geolocalización afectan a la obligación de precontratación en forma contraria al ROTT.

A diferencia de lo que señala la recurrente, la exigencia de precontratación se mantiene después de la anulación, pues resulta exigible a tenor del ROTT.

Por otro lado, el artículo 182 del ROTT no se refiere en modo alguno a la geolocalización, lo cual es independiente de la necesidad de contratar previamente los servicios y registrar dicha contratación previa, debiendo conservarse la justificación de dicha precontratación.

En ausencia del lapso de media hora, mediando en su caso la posibilidad de conocer la localización del VTC, la precontratación se mantendrá en los términos en que sucedía antes del Decreto 200/2019: en los plazos breves que han favorecido las innovaciones tecnológicas ya referidas. Esto basta para satisfacer la exigencia de precontratación.

Respecto a la alegada infracción del artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. El recurrente omite el examen de proporcionalidad que resulta imprescindible para determinar si una medida de una autoridad competente es conforme con dicho artículo 5 LGUM el cual, en la redacción vigente a fecha del Decreto, exigía dicha ponderación de la proporcionalidad. A esta parte le resulta obvio que el lapso de 30 minutos, unido a la prohibición de geolocalización, son medidas inadecuadas y desproporcionadas. En particular, no se ha justificado la adecuación del intervalo de 30 minutos para garantizar la precontratación y con ello la protección frente al fraude. La precontratación es exigible (y queda registrada), aunque el lapso previo al servicio sea breve, o incluso mínimo, lo cual ha de hacerse extensible a la geolocalización.

Y respecto a la infracción referida a la doctrina constitucional contenida en las sentencias STC 35/2016, de 3 de marzo, STC 111/2017, de 5 de octubre, STC 112/2021, de 13 de mayo.

La Sentencia consideró, en definitiva, que el intervalo mínimo de 30 minutos es desproporcionado, como resulta de su fundamentación.

En vista de ello, no puede acogerse el artificioso planteamiento de la recurrente según el cual la Sentencia aplicó indebidamente el test de proporcionalidad al apreciar erróneamente que los requisitos se referían al acceso a la actividad.

A la luz del artículo 5 de la LGUM, no parece que deba concederse especial trascendencia a que la Sentencia se refiera al "acceso" a la actividad en algún punto de su fundamentación. Dicho artículo 5 se refiere a los límites al acceso "o su ejercicio", y exige indistintamente en ambos casos la proporcionalidad y mínima restricción de las medidas que se adopten.

El examen de los requisitos de ejercicio haya de ser menos incisivo que los de acceso no permite dar por bueno un intervalo mínimo de 30 minutos, que afecta gravísimamente al VTC.

Y finalmente respecto a la infracción de la STS 921/2018, la Sentencia impugnada aplica correctamente la STS 921/2018 al declarar que la falta de proporcionalidad del intervalo de media hora, unido a la prohibición de geolocalización, llevan a una restricción de tal gravedad que no permite realmente el equilibrio con la actividad de taxi.

En este caso, la autoridad competente ha justificado, más bien, las medidas en la necesidad de salvaguardar la razón de interés general consistente en la lucha frente al fraude, y no tanto en el equilibrio entre la actividad de VTC y de taxi. Sin perjuicio de ello, no basta con que se aprecie que concurre tal razón de interés general (el equilibrio entre ambas actividades). Aunque así fuese, las medidas han de ser proporcionadas, es decir, adecuadas a la razón invocada y lo menos restrictivas posible. Tal juicio de proporcionalidad no se ha efectuado con relación a la supuesta necesidad de salvaguardar el equilibrio entre el taxi y el VTC.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 5 de marzo de 2024, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 398/2021, de 23 de noviembre (rec. 719/2020), que resolvió el recurso presentado contra el Decreto 200/2019 de 17 de diciembre dictado por el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del Gobierno Vasco sobre condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor y con autorización de ámbito nacional (VTC-N) en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Se impugnaron las previsiones contenidas en el art. 2.2 a 2.5 de dicho Decreto ambos referidos a las "condiciones de explotación del servicio":

El primero dispone "[...] 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".

El segundo precepto dispone que "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".

La sentencia impugnada considera que la exigencia de que exista un intervalo de 30 minutos para solicitar el servicio de contratación de un arrendamiento de vehículo con conductor y su prestación constituye un impedimento que "dificulta de forma extraordinaria para las VTC el acceso al mercado" al considerar que "[...] las posibilidades de acceso al mercado por parte de los VTC serían limitadísimas, pudiendo afirmarse que se trata, en la práctica, de un impedimento para el desarrollo del principio de libertad de empresa, recogido en el art. 38 CE". [...] "Con ello, no nos encontraríamos de equilibrio entre el servicio de VTC y el de taxi pues el servicio de VTC se vería gravísimamente dificultado en su acceso al mercado".

Y respecto a la prohibición de geolocalización con carácter previo a la contratación entiende que la doctrina anterior es plenamente aplicable a este requisito y que "[...] la geolocalización facilita la contratación, al conocer dónde se encuentra el vehículo más cercano y poder conocer el corte del servicio, pero la contratación ha de ser previa vía telemática y queda plenamente registrada en la aplicación del usuario y en los servicios informáticos de la empresa contratada. No se infringe, por tanto, el requisito de la precontratación si bien lo que se hace es usar la tecnología disponible en este momento" y que dicha restricción no está suficientemente justificada

dado que "no cabe parar manualmente un VTC cuando se encuentra circulando sino que hay que contratarlo previamente a través de una aplicación y, por otro lado, no existe obstáculo alguno para que plataformas de taxi den este servicio a sus clientes, lo que, de hecho, ya se está utilizando aun cuando no mayoritariamente por los titulares de licencias de taxi".

En definitiva, el Tribunal de instancia considera que estas previsiones limitan de forma excesiva y desproporcionada el acceso al mercado de los titulares de licencias de VTC.

SEGUNDO. La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en aclarar si el establecimiento en la normativa autonómica (para el caso de los servicios VTC) de una antelación mínima (de, al menos, 30 minutos) desde el momento en que se realiza la solicitud y cumplimentación del contrato del servicio hasta que se produce la prestación efectiva de dicho servicio, así como de una medida de restricción de geolocalización con carácter previo a su contratación, se halla justificado y resulta compatible con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), a la luz del artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado y de la STS n.º 921/2018, de 4 de junio; así como de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en las SSTC 35/2016, de 6 de marzo; 111/2017, de 5 de octubre y 112/2021, de 13 de mayo.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en la STS nº 164/2023, de 13 de febrero (rec. 6718/2021) sobre este problema, jurisprudencia que ha de reiterarse en este caso.

TERCERO. Marco de referencia normativa del decreto impugnado.

La Ley 9/2013, de 4 de julio, que dio una nueva redacción al artículo 48 de la Ley 16/87, de Ordenación de los Transportes Terrestres, además de prever expresamente la necesidad de autorización para el arrendamiento de vehículos con conductor, reintrodujo la cobertura legal para poder imponer de nuevo diversas limitaciones, y así lo dispuso en su art. 48.2 afirmando que "[...] cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor".

Tales limitaciones se contenían en el reglamento que la desarrolla, que tras la modificación operada por el Real Decreto 1057/2015, de 21 de noviembre que modificó el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, estableció, por lo que a este recurso interesa, la obligación de que los servicios de VTC hayan sido previamente contratados debiendo circular con la documentación acreditativa de dicha contratación, no pudiendo circular por las vías públicas en busca de clientes.

Así se disponía en el art. 182 en el que se afirmaba:

"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."

Debe destacarse también la modificación operada en la Ley Ordenación del Transporte Terrestre por el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, en un doble aspecto:

1º En primer lugar, estableciendo que las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito nacional habilitan, exclusivamente, para realizar servicios de carácter interurbano, entendiendo por tales "cuando su recorrido rebase el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano así definida por el órgano competente para ello" (art. 91).

Es cierto que la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, permitió que las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley o cuyas solicitudes estuvieran pendientes de resolverse pudiesen continuar prestando servicios en el ámbito urbano durante cuatro años como una indemnización por la limitación legal establecida. Régimen transitorio que concluyó en octubre de 2022, por lo que a partir de esa fecha las licencias VTC de ámbito nacional solo pueden prestar servicios interurbanos.

2º En segundo lugar, y también respecto de las licencias de ámbito nacional, el Estado habilita a las Comunidades Autónomas 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.

Y todo ello 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". (Disposición adicional primera).

Todo ello, sin perjuicio de las competencias municipales en el ámbito de la movilidad urbana, pues tal y como afirma dicha exposición de motivos "En coherencia con ello, se permite que sean los órganos que ostenten competencias en materia de transporte urbano los que, en el ejercicio de éstas, determinen las condiciones en las que podrán ser autorizados y prestados los servicios de transporte de viajeros íntegramente desarrollados en su ámbito territorial, incluidos los que se realizan en la modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor".

En definitiva, las licencias de arrendamientos de vehículos con conductor de ámbito nacional están sujetas a las limitaciones impuestas por la normativa estatal (ley y reglamento) y por las modificaciones que establezcan las Comunidades autónomas a las condiciones de explotación reglamentariamente establecidas, si bien respetando las limitaciones y condiciones establecidas por la Ley.

En el supuesto que nos ocupa el Decreto 200/2019 de 17 de diciembre del Gobierno Vasco se dicta en el marco de la habilitación prevista en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, precisando y limitando las condiciones de explotación y control de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor de las licencias de ámbito nacional que se presten íntegramente en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

CUARTO. Sobre los cánones aplicables a las limitaciones impuestas.

Al tiempo de valorar la conformidad a derecho de los límites impuestos en el Decreto que son objeto de impugnación, pueden invocarse diferentes criterios de control. Por un lado, se encuentra la libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la CE, por otra, y desde una perspectiva de legalidad ordinaria, la Ley de Garantía de Unidad de Mercado en especial la previsión contenida en su art. 5. El demandado aduce finalmente la eventual incidencia que podría tener en esta materia la libertad de establecimiento contemplada en el art. 49 del TFUE.

Así, por lo que respecta a la libertad de empresa (art. 38 CE) y sus límites, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la libertad de empresa, como los restantes derechos, no es absoluta y puede someterse a medidas restrictivas o limitativas, pero ha de distinguirse entre aquellas restricciones que limitan el acceso a la actividad y aquellas que limitan su desarrollo o ejercicio.

A tal efecto, la jurisprudencia constitucional - STC 66/1991, de 22 de marzo, STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4; STC nº 111/2017, de 5 de octubre (FD 4ª a), STC 112/2021, de 13 de mayo- ha fijado un doble canon de control de constitucionalidad dependiendo de si los límites afectan al acceso al mercado o al ejercicio de la actividad, afirmando "[...] este test de proporcionalidad se ha aplicado solamente a regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado, al comienzo en el ejercicio de la actividad (vgr. la caducidad de las autorizaciones de farmacia, STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15) o a regulaciones autonómicas que pueden introducir desigualdad en las condiciones de ejercicio de una actividad empresarial (STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 7, con cita de otras). Pero cuando se trata de regulaciones que "afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma", como ocurre en este caso, el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal es algo diferente, pues solamente permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política". (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7) .

Para determinar, por tanto, la conformidad de las limitaciones con el artículo 38 CE procede examinar si las obligaciones establecidas afectan al ejercicio de una actividad económica y no propiamente al acceso a la misma, si constituyen una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4) y no determinan, por la intensidad de la limitación, la privación del derecho. En relación con esta última exigencia, el control que puede ejercer este Tribunal es meramente negativo y se reduce a constatar que la medida restrictiva no conlleva una limitación del derecho a la libertad de empresa de tal entidad que pueda determinar un impedimento práctico de su ejercicio. Son estos extremos los que corresponde examinar al Tribunal cuando tenga que analizar si la limitación que impone el legislador al derecho a la libertad de empresa es acorde con su contenido esencial. Ir más allá, en estos casos, supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, que representa la plasmación de una legítima opción política (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4).

Por lo que respecta a la incidencia de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado, ha de partirse de la aplicación de dicha norma a las limitaciones que se impongan por los poderes públicos al ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor. Como ya se afirmó en la STS 921/2018, de 4 de junio "[...] la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado tiene como finalidad específica y expresamente declarada precisamente la de incidir en la interpretación y aplicación de las normas sectoriales sobre las que se proyecta, efecto transversal sin el cual en puridad carecería de eficacia normativa. Así, en el preámbulo de la Ley se dice taxativamente que "todas las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, y especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía, transportes) bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía".

La Ley introduce un canon de legalidad respecto a las restricciones impuestas al ejercicio de una actividad empresarial más estricto que el canon de constitucionalidad antes referido respecto a la libertad de empresa, y así lo reconoce el Tribunal Constitucional en la STS 111/2017, de 24 de octubre "la Ley 20/2013 [...] eleva el estándar mínimo de protección que garantiza el artículo 38 CE".

El artículo 5 de la LGUM requiere a los poderes públicos que justifiquen que los límites o requisitos que se impongan son necesarios para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y además, exige que sean proporcionados a la razón imperiosa de interés general invocada, y que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Finalmente se aduce por la parte recurrida, aunque de forma incidental, la posibilidad de que tales limitaciones conculquen la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), entendida como el derecho a emprender y ejercer actividades como trabajadores por cuenta propia y a establecer y administrar empresas, para ejercer actividades permanentes y de carácter estable y continuado, en las mismas condiciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuestión para el establecimiento de sus propios ciudadanos, lo cual no guarda relación con el asunto que nos ocupa. Y así lo ha considerado la STJUE asunto C-162/12, Airport Shuttle Express Scarl al analizar la exigencia impuesta a las VTCs consistente en tener que regresar a la base y la necesidad de disponer un local en el municipio de la autorización. El TJUE consideró que dichas exigencias no afectaban a la libertad de establecimiento, pues se referían necesariamente a la prestación de la actividad (ejercicio) y no al establecimiento (acceso) razonando al respecto "[...] Pues bien, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que los demandantes en los litigios principales ya están establecidos en Italia y están autorizados a ejercer la actividad de alquiler de vehículos con conductor [...]. Sus autorizaciones fueron suspendidas temporalmente debido al incumplimiento de algunos requisitos relacionados con dicha actividad. [...] Mediante su recurso los demandantes no impugnan el sistema general de reglamentación de esta actividad o la manera en que se conceden las autorizaciones. Pretenden únicamente excluir la aplicación de algunos de los requisitos que figuran en las autorizaciones de las que ya disponen".

Podría plantearse si afecta a la libre prestación de servicios (art. 56 del TFUE) pero tampoco puede entenderse vulnerada esta libertad, pues los servicios de transporte están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 56 de dicho Tratado y de las Directivas 2006/123/CE (Directiva de Servicios).

En definitiva, al tiempo de proceder al análisis de las limitaciones impuestas debe partirse de que se pueden imponer obligaciones a los operadores económicos que afectan al libre ejercicio de la actividad económica, sin que ello sea contrario a la Constitución ni a la Ley de Garantía de Unidad de Mercado, pues el derecho a la libertad de empresa no garantiza que los poderes públicos no puedan establecer medidas que incidan en este

derecho. Ahora bien, las regulaciones públicas que afectan al ejercicio de una actividad empresarial deben cumplir varias exigencias:

Por lo que respecta al fin público que persiguen: desde una perspectiva constitucional deben ser adecuadas para promover un objetivo considerado constitucionalmente legítimo y desde la perspectiva de la Ley de Garantía de Unidad de mercado deben estar amparadas en una de las razones de interés general contempladas en el art. 3.1 de la LGUM y ser adecuadas y necesarias para este fin.

Pero además las limitaciones al libre ejercicio de una actividad económica no pueden conllevar, debido a su intensidad, una privación del referido derecho fundamental contenido en el art. 38 de la Constitución (STC 89/2017, de 4 de julio) y, desde la perspectiva de la Ley de garantía de unidad de mercado, deben ser proporcionales.

Este juicio de proporcionalidad según dicha jurisprudencia constitucional (STC 26/1981, fundamento jurídico 15), consistiría en determinar si "[...] las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor.

De esta forma, para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada ... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad, en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en cuanto medio ordenado para hacerlo posible."

QUINTO. Sobre la aplicación de dichos cánones a los preceptos impugnados.

Los taxis y los vehículos con licencias VTC compiten entre sí en el servicio de transporte de viajeros. El servicio del taxi se halla sometido a regulación y se limitan el número de licencias, con tarifas reguladas pudiendo recoger clientes en la vía pública, disponen de paradas en la vía pública y pueden utilizar el carril bus para circular. Y aunque su ámbito más característico es el urbano, también pueden prestar servicios de transporte interurbano.

Por su parte los servicios VTC de ámbito nacional también tienen limitado el número de autorizaciones. Aunque durante un tiempo pudieron prestar servicios de transporte urbano e interurbano en la actualidad las licencias de ámbito nacional solo pueden prestar servicios de ámbito interurbano (art. 91 y disposición transitoria única de la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, tras la modificación operada por Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre). Pueden fijar el precio de forma libre, aunque concertado por lo que el usuario conoce de antemano -y usualmente paga telemáticamente- el importe total del servicio. Al contrario que los taxis, los vehículos VTC no podían utilizar el carril bus, no disponen de paradas en la vía pública y no pueden recoger pasajeros en la calle si previamente no se había contratado el servicio a través de la correspondiente aplicación informática.

El Decreto 200/2019 de 17 de diciembre del Gobierno Vasco precisa y limita las condiciones de explotación y control de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor de las licencias de ámbito nacional que se presten íntegramente en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Los preceptos impugnados están referidos a las condiciones de explotación del servicio y captación de clientes:

El artículo 2.2 del Decreto establece la obligación de que transcurran 30 minutos entre la contratación telemática del servicio y su prestación efectiva "[...] 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".

Y el artículo 2.5 del Decreto prohíbe la geolocalización previa a la contratación del servicio ("[...] 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").

Tal y como establece la exposición de motivos del Decreto, ambas medidas persiguen garantizar la exigencia de contratación previa y la imposibilidad de captación de clientes en la vía pública, previsiones que integran el régimen jurídico propio de este tipo de licencias (art. 182.1 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres). Dicho régimen

jurídico no ha sido cuestionado en este recurso y en cuanto destinado a mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte aparece como una forma de garantizar el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general, que se ha considerado por este Tribunal (STS 921/2018, de 4 de junio (rec. 438/2017) como una razón imperiosa de interés general y, por tanto, como un fin constitucionalmente legítimo.

Corresponde por tanto analizar si dichas limitaciones son necesarias y adecuadas para garantizar la previa contratación y la imposibilidad de captación de clientes en la vía pública.

Por lo que respecta a la exigencia de que exista un lapso de 30 minutos de antelación mínima entre la contratación telemática y la prestación del servicio, no cabe duda de que constituye una limitación muy notable para el ejercicio de esta actividad empresarial, ya que el cliente busca la prestación este tipo de servicios en el plazo más breve y por el precio más ventajoso posible. De modo que dicha exigencia, al anular la inmediatez de la prestación, disuade al usuario de su utilización hasta el punto de existe un serio riesgo de expulsión del mercado de las empresas que operan bajo este tipo de licencias. Y así lo ha afirmado la autoridad vasca de la competencia en el informe al proyecto de decreto ("La evidencia empírica ha demostrado que en otros mercados, la aprobación de un plazo mínimo de precontratación ha supuesto la salida del mercado de los operadores VTC [...]") y en la misma línea lo han destacado también la autoridad catalana de la competencia (informe de 14 de enero de 2019) y el Consell de Garanties Estatutaries de Cataluña en su dictamen 2/2019, de 2 de febrero.

Por ello, una limitación, como la analizada, capaz de desanimar al usuario para que utilice este servicio, existiendo por ello un alto riesgo de impedir el ejercicio de esta actividad empresarial ha de reputarse por su intensidad contraria al art. 38 de la CE.

Así mismo, dicha exigencia tampoco se considera ni necesaria ni adecuada para la consecución del fin de interés general que persigue: preservar el régimen de precontratación y evitar el fraude.

La previa contratación está garantizada en la medida en que el usuario que quiera utilizar este servicio no puede contratarlo directamente con el conductor del vehículo, sino que ha de hacerlo telemáticamente con la empresa titular de la licencia a través de la aplicación digital y mediante un mecanismo de prepago en el que el precio se calcula antes de contratarse. Este contrato ha de comunicarse a la Administración aportando los datos referidos al lugar, fecha y hora de la celebración del contrato y de la iniciación de la prestación del servicio, así como la matrícula del vehículo, tal y como dispone el art. 1 del Real Decreto 785/2021, de 7 de septiembre, sobre el control de la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, lo cual permite comprobar que el servicio ha sido contratado previamente y con qué antelación se ha hecho, permitiendo ejercer un control real y fácilmente comprobable para evitar contrataciones fraudulentas que permite, en su caso, la imposición de sanciones por la comisión de la infracción muy grave previstas en el art. 142 apartados 39.2, 3 y 5 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

La memoria del proyecto de Decreto justificó la exigencia de un lapso de 30 minutos de antelación mínima teniendo en cuenta "aspectos operativos, logísticos y de factibilidad real para atender los servicios demandados en el conjunto de la Comunidad Autónoma", argumentando que "dado el número de autorizaciones vigentes con vehículos prestando servicios efectivos en el País Vasco, las peticiones de los clientes desde que solicitan el servicio a la empresa o titular prestador hasta que se materializa, transcurren como mínimo treinta minutos, reforzada por la cuestión logística de que, dada la orografía del territorio y la situación de las bases de las empresas de VTC, la capacidad de respuesta de las mismas se alinea con esa referencia temporal".

Tampoco estas razones contribuyen a explicar la necesidad de esta medida y su adecuación al fin perseguido. Por una parte, porque no se ha podido determinar qué aspectos organizativos o logísticos exigen que la precontratación deba anticiparse 30 minutos. Pero, en todo caso, el hecho de que la operatividad media de los servicios de VTC en dicha Comunidad Autónoma se ajuste a ese lapso temporal, extremo por otra parte que no ha resultado acreditado, tampoco justificaría que se impusiese como exigencia mínima a todos los servicios, pues impediría prestar aquellos que pueden realizarse en un menor lapso temporal, sin justificación que lo ampare.

La segunda limitación impugnada prohíbe la geolocalización de vehículos que no hayan sido previamente contratados, que se justifica en el intento de "evitar la captación de viajeros en la vía pública y vulnerar la precontratación exigida legalmente". [...] "[...], los vehículos no serán visibles externamente en sistemas de geolocalización ni ninguna aplicación que pueda facilitar a potenciales usuarios del servicio su ubicación exacta y una transacción directa que no pase por la solicitud previa a la empresa, siendo ésta la que conozca en todo momento la situación de su flota".

La posibilidad de que los usuarios conozcan la localización de los vehículos disponibles de una plataforma antes de su contratación redunda en beneficio de los consumidores en la medida en que les permite utilizar esta tecnología para identificar, entre los diferentes proveedores, aquel que ofrece el menor tiempo de espera. Es cierto que la geolocalización podría ser utilizada para localizar y contratar directamente a dichos vehículos en la vía pública, pero lo cierto es que esta posibilidad no dispensa al usuario de tener que contratar el servicio de VTC a través de una aplicación y, tal y como se ha señalado anteriormente, existen otros mecanismos que permiten controlar la contratación fraudulenta de estos servicios sin restringir los beneficios a los usuarios, por lo que tampoco esta limitación supera el juicio de adecuación y proporcionalidad previsto tanto en el artículo 4.1 de la ley 40/2015 -las Administraciones públicas que exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad "deberán aplicar el principio de proporcionalidad y 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 discriminatoria"- como en el artículo 5.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, al establecer este precepto que "Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

SEXTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

El establecimiento en la norma autonómica de los límites consistentes en que los servicios de VTC tengan que ser contratados con una antelación mínima de 30 minutos antes de prestarse y la prohibición de geolocalización de los vehículos previa a su contratación, no se consideran compatibles con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), ni supera el canon de necesidad, adecuación y proporcionalidad exigido por el artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

SÉPTIMO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes, manteniendo el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto de las costas de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

Desestimar el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 398/2021, de 23 de noviembre (rec. 719/2020) confirmando dicha sentencia y sin imponer las costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.