

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Tercera**  
**Sentencia núm. 1.871/2024**

Fecha de sentencia: 25/11/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4568/2021

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 20/11/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MAB

Nota:

Resumen

Intervención municipal en la actividad de transporte urbano con fines turísticos; servicio de autobuses “hop on-hop off”. Servicio público o actividad económica.

R. CASACION núm.: 4568/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Tercera**  
**Sentencia núm. 1871/2024**

Excmos. Sres.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 25 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4568/2021 interpuesto por la entidad CITY SIGHTSEEING ESPAÑA S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Dña. Patricia Rosch Iglesias y defendida por el letrado D. Alfonso Pérez Moreno, contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2021 dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación 543/2019) que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la citada entidad mercantil contra la sentencia nº 90/2019, de fecha 21 de marzo de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 33 de Madrid (procedimiento ordinario nº 277/2017). Se han personado en las actuaciones, como partes recurridas, el AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado y defendido por su Letrada, y la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS MADRID CITY TOUR (constituida por las

entidades Juliá Travel, S.L.U., Automóviles Luarca, S.A.U. y Transportes Bacoma, S.A.U.), representada por el Procurador D. Pablo Sorribes Calle y defendidas por los abogados D. Sergi Chimenos Minguella y D. Xabier Ortega Florensa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 33 de Madrid dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2019 (procedimiento ordinario núm. 277/2017) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<FALLO: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de procesal de la mercantil "City Sightseeing España, S.L." contra la resolución de 4 de abril de 2017, del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, por la que se acuerda denegar las autorizaciones de transporte con finalidad turística solicitadas.

Sin imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.>>

La representación procesal de City Sightseeing España S.L. interpuso contra la anterior sentencia recurso de apelación que fue desestimado por sentencia de 15 de abril de 2021, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación nº 543/2019); con imposición de las costas procesales a la apelante hasta el límite de 1.500 euros, más IVA.

De la fundamentación de esta sentencia que resuelve el recurso de apelación -ahora recurrida en casación- interesa destacar aquí los siguientes fragmentos:

<< (...) SEGUNDO.- El recurrente-apelante se muestra disconforme con la citada Sentencia por lo que solicita su revocación y consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo origen de las presentes actuaciones.

A tal efecto argumenta que la Sentencia apelada vulnera el régimen jurídico del transporte urbano turístico de viajeros, el derecho a la libertad de empresa y el principio de legalidad en su acepción de vinculación positiva.

Así, tras exponer el régimen legal de los autobuses urbanos turísticos, con mención expresa de los artículos 41, 93 y 95.1 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y 25.2.g), 84 bis y 84 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, concluye que es clara la inexistencia de una reserva municipal del servicio de transporte turístico urbano de viajeros, por lo que no puede ser alegada para denegar la autorización a poder realizar esta actividad comercial o económica por la recurrente-apelante.

A continuación, sostiene que el Ayuntamiento de Madrid está generando una barrera ilegal e inconstitucional para la prestación de autobuses turísticos panorámicos. A tal efecto cita la Resolución adoptada por el Consejo de Unidad de Mercado de fecha 13 de febrero de 2019, dictada en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad del mercado; así como el Informe nº 19 de la Agencia de Defensa de la Competencia en Andalucía, emitido en el marco del procedimiento de información de obstáculos o barreras a la unidad de mercado del artículo 28 de la citada Ley 20/2013 (expediente 28/1625 Autobuses turísticos).

Y, concluye que no existe ningún obstáculo para otorgar la autorización a la recurrente para operar en un mercado libre de servicio de autobuses turísticos urbanos panorámicos en el municipio de Madrid, sin perjuicio de que se vaya adaptando la misma a la regulación que de dicha actividad se pueda ir realizando en el futuro mediante ordenanzas municipales.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Madrid, por el contrario, se muestra conforme con la Sentencia apelada, por lo que solicita su confirmación.

A tal efecto, en síntesis, argumenta: (i) El recurso de apelación reproduce la argumentación esgrimida en la instancia, sin oponer fundamentación alguna al contenido de la Sentencia; (ii) La pretensión de la recurrente-apelante incurre en cosa juzgada de forma parcial, pues todo lo que no se refiere a la resolución por la que se denegó la autorización para explotar las líneas pretendidas, ya ha sido resuelto con anterioridad en las Sentencias que recoge la que ahora ha sido recurrido en apelación. Concretamente entiende que cabe apreciar la existencia de cosa juzgada respecto del cierre del mercado y de la exclusividad de la concesión; (iii) Cita el Informe nº 28/16025, de 13 de febrero de 2019, de la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, de la Dirección General de Política Económica, del Ministerio de Economía y Empresa, en lo referente a la limitación del uso de la vía pública; y (iv) La recurrente apelante incurre en desviación procesal dado que el objeto del presente recurso de apelación se centra en la denegación de la prestación de servicios de transporte turístico urbano, abandonando la verdadera razón del procedimiento, cual es la denegación específica de la autorización del servicio turístico "hop-on hop-off" con paradas exclusivas en el viario del término municipal de Madrid.

Igualmente, la codemandada UTE Madrid City Tour se opone al recurso de apelación, solicitando su desestimación.

A tal efecto, en síntesis, argumenta: (i) La Sentencia apelada es conforme a Derecho al no revisar la naturaleza del servicio que presta la UTE codemandada. La pretensión de la recurrente implica desconocer la eficacia de actos administrativos firmes (establecimiento y adjudicación de la gestión del servicio) sin pasar por los cauces de revisión de los actos firmes que contempla la Ley, lo que resulta inadmisibles. Sostiene que tanto el recurso contencioso-administrativo como el recurso de apelación incurren en un claro y manifiesto supuesto de desviación procesal: si bien formalmente la apelante impugna la denegación de las autorizaciones solicitadas, justifica sus pretensiones negando al servicio gestionado por la codemandada su carácter de servicio público competencia del Ayuntamiento de Madrid; (ii) Para el supuesto de que la Sala considere pertinente entrar a valorar la naturaleza del servicio Madrid City Tour, considera que la naturaleza del servicio público es innegable. El servicio Madrid City Tour no es un transporte turístico de los regulados en los artículos 110 a 112 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. El servicio público "hop-on hop-off" Madrid City Tour contempla unas rutas turísticas que, a diferencia del "transporte turístico", cuenta con horarios y frecuencias mínimas de paso y una serie de paradas en los que los usuarios suben y bajan de los autobuses a discreción. Mientras el "transporte turístico" es un sistema cerrado, de ida y vuelta; (iii) La Sentencia apelada interpreta correctamente el informe de la SECUM; (iv) Subsidiariamente sostiene que no cabe conceder directamente las autorizaciones pretendidas.

CUARTO.-, Como quiera que el recurso de apelación contiene la necesaria fundamentación crítica de la Sentencia apelada, no existiendo obstáculo alguno a que por la Sala se examine los motivos de impugnación que sustentan el recurso de apelación, dados los términos en que ha sido planteada la cuestión controvertida, tanto en la instancia como en esta alzada, estimamos necesario realizar una serie de consideraciones en relación con el denominado “transporte turístico”.

La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, considera transporte turístico a aquellos que se ofrecen en el marco de una oferta conjunta con otras prestaciones y de acuerdo con ciertos requisitos, recogidos en los artículos 110 y siguientes, que el Reglamento desarrolla en los artículos 128 y siguientes.

Así, el artículo 110 de la LOTT dice:

[...]

Por su parte, el artículo 128 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, concreta y define las características que deberá reunir los transportes para tener el carácter de turísticos señalando que:

[...]

A su vez el artículo 129 del citado Reglamento nos indica que:

[...]

“Artículo 130.

[...]

Pues bien, de los preceptos que se acaban de transcribir pueden concretarse las características del “transporte turístico” en los términos siguientes:

(i) Responde a necesidades o a la satisfacción de una finalidad turística que constituye el objeto del transporte.

(ii) Los transportes turísticos habrán de prestarse, en todo caso, en el marco de una combinación previamente establecida al desarrollo de la actividad y ofertada al público, que comprende combinadamente el transporte y un conjunto de prestaciones.

(iii) Esta combinación tiene necesariamente que ser vendida u ofrecida en venta por una Agencia de viajes.

(iv) La Ley concibe un tipo básico de “transporte turístico” consistente en una oferta combinada de transporte que incluye ida y regreso al punto de salida con duración superior a las 24 horas y al menos una pernoctación (artículo 110, párrafo primero, por contraposición a lo dispuesto en el párrafo segundo). Y admite también como modalidad secundaria (“asimismo, tendrán la consideración de transporte turístico...”) la descrita en el párrafo segundo: viajes de duración inferior a las 24 horas y sin pernoctación, pero ofrecidos por agencias de viajes u otros intermediarios y prestados juntamente con servicios complementarios de naturaleza turística (manutención, guía turístico).

(v) El viaje combinado se ofertará con arreglo a un precio global en el que como regla general, aparte del servicio de transporte de ida al punto de destino y vuelta al punto de origen, se incluyen prestaciones complementarias que podrían ser: o bien alojamiento una noche, o bien manutención pero con ciertas condiciones (no a bordo del vehículo, ni en paradas intermedias con tiempo inferior a tres horas, ni en estaciones de transporte) o bien servicios turísticos no accesorios de transporte o alojamiento, que sean parte significativa o importante de esta combinación (eventos culturales o deportivos, excursiones o visitas a centros culturales o bien servicio de guía turística). Si el viaje dura ocho horas o más se requiere la presencia de dos prestaciones complementarias de las citadas. Si dura menos de ocho horas, bastará con una prestación de las indicadas.

(vi) Finalmente, el artículo 130 del Reglamento establece un sistema de control del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios consistente en la comunicación a la Administración del transporte pretendido (aunque sólo en los supuestos de transportes con reiteración de itinerario y carácter periódico); el transporte podría prestarse a los treinta días de la comunicación sin que la Administración haya manifestado su oposición, pero la Administración puede prohibirlo en caso de que considere no acreditado el cumplimiento de los requisitos exigibles.

Pues bien, si se examina la solicitud formulada por la actora, cuya denegación es objeto de impugnación en el recurso origen de las presentes actuaciones, bien pronto se advertirá que su contenido no resulta coincidente con el transporte turístico tal como viene contemplado en la expuesta normativa, cuyo ejercicio en la Ciudad de Madrid, tal como argumenta la representación procesal del Ayuntamiento, está sometido al régimen de libre prestación sin necesidad de autorización (los que no tengan reiteración de itinerario y carácter periódico o

reiteración de calendario) o los que se prestan bajo el régimen de comunicación previa (con reiteración de itinerario y carácter periódico o reiteración de calendario).

La solicitud de autorización que nos ocupa, en realidad, resulta ser coincidente con lo que se viene entendiendo como servicio de transporte turístico urbano "hop-on hop-off", con un itinerario predefinido y con paradas exclusivas en el viario del término municipal de Madrid (en determinados lugares de interés turístico).

Y dicho concreto servicio de transporte, cuya autorización se solicita, resulta ser coincidente con el servicio público de transporte turístico urbano establecido por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 27 de julio de 2000, cuya prestación se viene realizando en la actualidad en régimen de concesión -contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concesión-, cuya adjudicación a la UTE codemandada se llevó a cabo por Decreto de 26 de abril de 2011 del Concejal Delegado del Área de Economía, Empleo y Participación Ciudadana (expediente municipal nº 165/2010/00913; contrato formalizado el 1 de julio de 2011, comenzando la prestación el 1 de septiembre de 2011, siendo su duración el de 10 años desde su formalización).

Pues bien, cualquiera que pueda ser la concepción que en la actualidad pueda tenerse sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de transporte turísticos urbanos, sobre si dicha actividad constituye un servicio público o una actividad económica y como tal incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (artículos 2, 5 y 9), y si en este último supuesto, el acceso a su prestación debe quedar sometido a un régimen de autorización a un número determinado de operadores (al amparo de los artículo 17.1.c) de la citada Ley 20/213 y 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril), es lo cierto que la eficacia jurídica de antedichos actos municipales firmes (por los que se estableció el servicio público de transporte turístico urbano denominado Madrid City Tour y se adjudicó a la UTE codemandada su gestión en régimen de concesión) no puede ser desconocida cuando se procede a examinar la legalidad del concreto acto impugnado, como acertadamente sostiene la UTE codemandada, sin pasar por los cauces de revisión de los actos firmes que contempla la Ley.

Siendo ello así, dada la coincidencia del servicio de transporte turístico cuya autorización la actora solicita con el servicio público Madrid City Tour, cuya gestión se viene realizando en régimen de concesión (operador exclusivo), es obvio que una eventual estimación de la pretensión actora, accediendo a la autorización solicitada, chocaría frontalmente con la eficacia jurídica de los citados actos administrativo firmes, cuya conformidad a Derecho no puede ser aquí cuestionada, sencillamente, porque tales actos no son objeto de la impugnación que nos ocupa, como tampoco lo es una eventual desestimación de una solicitud de nulidad realizada a través del correspondiente cauce de revisión de actos firmes.

Por tanto, en la medida en que la solicitud de autorización contradice el marco jurídico vigente en la Ciudad de Madrid para la prestación del servicio público de transporte turístico urbano, denominado Madrid City Tour, deberá concluirse que la resolución impugnada, denegatoria de la solicitud de autorización para la prestación de un servicio de transporte turístico coincidente con aquel servicio público, resulta ser conforme a Derecho.

En consecuencia, resultará procedente desestimar el recurso de apelación, con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada>>.

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la sentencia que resolvió el recurso de apelación, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de City Sightseeing España S.L, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 8 de junio de 2023 en el que, asimismo, se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< 2º) Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a determinar, en atención a su posible incidencia respecto a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, si la actividad de transporte urbano con fines turísticos participa o no de la naturaleza de servicio público a efectos de definir los límites de la intervención municipal en su regulación.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 14 y 38 de la Constitución Española, los artículos 41, 93 y 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, artículos 25.2 g), los artículos 84 bis, 84 ter y 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los artículos 4.3, 12 y 13 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, el artículo 2, apartados a), b) y c) del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el artículo 1.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.>>

**TERCERO.-** La representación procesal de City Sightseeing España S.L, formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 1 de septiembre de 2023 en el que expone una argumentación sustentada en los siguientes pilares:

- Atentado a la libertad de competencia al tratarse de un servicio de transporte urbano turístico que no está reservado al municipio.
- Atentado a la libertad de empresa.
- Ilícitud de cierre del mercado con un monopolio municipal.

- Infracción del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En el desarrollo de sus argumentos de impugnación la recurrente invoca la STJUE dictada en el asunto C-338/09, *Yellow Cab* y el informe de la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado de 13 de febrero de 2019 (aportado como documento 1 de la demanda).

Aduce la recurrente que no puede estar de acuerdo con la sentencia recurrida que considera que en el presente procedimiento no procede un pronunciamiento sobre la consideración del servicio de transporte urbano turístico como un servicio que no es de titularidad pública, pues dicho pronunciamiento se entiende determinante para poder denegar la autorización solicitada. La sentencia huye de afrontar que no existe un servicio de titularidad municipal y por ello no puede prohibirse que una empresa privada ejerza una actividad económica libremente. No puede protegerse el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 27 de julio de 2000 como algo inamovible, por ser firme, y situarlo por ello por encima de la Ley y de los derechos y libertades de la empresa privada. El hecho de que la adjudicación de este servicio en régimen de exclusiva a la entidad codemandada sea trate un acto firme no puede implicar el que en un procedimiento de solicitud de una autorización en 2019 quede imposibilitada la aplicación de la Ley. Nada impide que la codemandada siga prestando su servicio, pero sin duda no puede garantizarle el Ayuntamiento una exclusividad que es abiertamente ilegal.

Añade que la sentencia recurrida no llega a comprender que la recurrente no trata de impugnar los actos firmes sobre la contratación vigente en el Ayuntamiento de Madrid sobre el servicio de transporte urbano turístico, pues lo que se impugna es la prohibición que se le hace de que libremente pueda prestar el servicio de transporte urbano turístico, al denegársele la autorización solicitada sin base legal alguna en el derecho actualmente vigente.

Expuesto aquí de forma resumida, la argumentación que desarrolla la recurrente a lo largo de su escrito responde a los siguientes enunciados:

- La Sentencia vulnera el régimen jurídico actual del transporte turístico urbano, el derecho a la libertad de empresa y el principio de legalidad en su acepción de vinculación positiva.

- Régimen legal de los autobuses urbanos turísticos. El servicio de transporte urbano de turistas en autobuses de dos plantas es un servicio de transporte turístico de viajeros. La diferencia entre este tipo de servicio y el servicio de transporte público local radica en el hecho de que el primero responde a reglas comerciales y de mercado mientras que el segundo responde a las obligaciones del servicio público establecidas por las Administraciones públicas con la finalidad de garantizar la movilidad de los ciudadanos; por ello en tales casos se pueden establecer las rutas, tarifas, etc.

- Sometimiento a la unidad de mercado. El ayuntamiento de Madrid está generando una barrera ilegal e inconstitucional para la prestación de servicios comerciales de autobuses turísticos panorámicos.

- La sentencia recurrida no respeta el régimen jurídico que tiene esta actividad de transporte urbano con finalidad turística.

- La actividad de transporte turístico de viajeros como actividad sujeta a la libre competencia en España. improcedencia de la exclusividad en la prestación del servicio de transporte turístico de viajeros.

- Límites de la regulación del procedimiento de autorización para la prestación del servicio de transporte turístico en régimen de libre competencia. El sistema general se ha de basar en la libertad de entrada al mercado, permitiendo la operación de todas aquellas empresas que deseen realizar la actividad de transporte turístico urbano de viajeros, cumpliendo unos requisitos mínimos en materia de seguridad en la prestación del servicio. Necesario respeto del artículo 49 del tratado de funcionamiento de la unión europea.

Partiendo de los anteriores postulados, la recurrente hace las siguientes precisiones sobre las pretensiones que formula:

Esta parte solicita que se anule la sentencia impugnada y se declare la invalidez de la resolución de fecha 4 de abril de 2017 del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras por la que se acordaba denegar las autorizaciones de autobuses de transporte con finalidad turística en el término municipal de Madrid.

En congruencia, debe declararse el derecho de City Sightseeing España S.L. a recibir las autorizaciones para operar los autobuses turísticos en el municipio de Madrid en función de la solicitud presentada el 20 de febrero de 2017 para seis autobuses de dos plantas (páginas 1 a 36 del expediente administrativo).

La sentencia debe rechazar la existencia de un servicio público que pueda otorgarse en régimen de concesión sobre el transporte urbano de finalidad turística, y dejar claro que no es posible por parte del Ayuntamiento de implantar cualquier tipo de régimen que implique una exclusividad en la prestación de esta actividad comercial de transporte turístico urbano. Solamente debe admitirse el sometimiento del acceso a la prestación del servicio de transporte turístico urbano a un régimen de autorización a un número determinado de operadores de forma absolutamente excepcional.

La sentencia debe dejar claro que es posible condicionar la autorización municipal para el acceso y ejercicio de esta actividad teniendo en cuenta las condiciones de tráfico y los recorridos y paradas requeridos por los operadores, pero lo que no se puede es negar el derecho a la libertad de establecimiento como regla general. Esa decisión en nuestro sistema jurídico es ilegal.

La sentencia debe aclarar que cualquier régimen autorizador tendrá que ser proporcionado y estar basado en requisitos de ordenación del tráfico, la seguridad de las personas, la defensa de los intereses turísticos de la ciudad, y el uso común especial del dominio público, pero no podrán admitirse decisiones administrativas que generan mercados sin competencia con autorizaciones de recorridos en exclusiva como si se tratara de un servicio de

titularidad municipal que explota una empresa privada. Además, esto conlleva afirmar que no es posible exigir el pago de un canon que suponga un porcentaje de la facturación del servicio, incrementando los precios y empeorando el servicio. Sólo se podría cobrar por el uso común especial del dominio público una tasa proporcionada, que deberá ser justificada y aprobada en una ordenanza.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, case y anule y deje sin efecto la sentencia recurrida y se estimen las pretensiones de la recurrente, declarando nula o anulando y dejando sin efecto la resolución administrativa impugnada en el proceso, declarando el derecho de la recurrente a recibir las autorizaciones para operar los autobuses turísticos en el municipio de Madrid en función de la solicitud presentada el 20 de febrero de 2017 para seis autobuses de dos plantas (páginas 1 a 36 del expediente administrativo).

**CUARTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 6 de septiembre de 2023 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a las parte recurridas para que pudiesen formular su oposición.

**QUINTO.-** La representación procesal del Ayuntamiento de Madrid formalizó su oposición al recurso mediante escrito presentado el día 27 de octubre de 2023 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, desarrolla los argumentos en los que sustenta su oposición, de los que destacamos los siguientes enunciados:

- Inexistencia de las infracciones normativas y jurisprudenciales que se imputan a la sentencia recurrida en casación.

- Planteada la cuestión consistente en determinar si la actividad de transporte urbano con fines turísticos participa o no de la naturaleza de servicio público, a efectos de definir los límites de la intervención municipal en su regulación, la respuesta ha de ser afirmativa.

- La Administración tiene la obligación de velar no solo por la concurrencia de los presupuestos legalmente previstos para el transporte turístico, sino también la compatibilidad y adecuación a la legalidad de la actividad en la forma solicitada con otras materias también de competencia municipal que inciden o afectan igualmente al transporte turístico que se pretende desarrollar. Concretamente el Ayuntamiento tiene que velar igualmente por el ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del tráfico y uso de sus vías públicas, debiendo garantizar su utilización y prestación en beneficio del interés público.

- Si bien es cierto que la LOTT y el ROTT pretenden favorecer el derecho a la libertad de empresa en materia de transportes turísticos, no es menos cierto que también introducen reglas con la finalidad de que su desarrollo no constituya un vehículo para la realización de una competencia desleal respecto a los transportes públicos regulares de viajeros (cfr. artículo 129 del ROTT).

De acuerdo con tales razonamientos, la representación del Ayuntamiento de Madrid solicita:

1/ Que esta Sala declare que la actividad de transporte urbano con fines turísticos sí participa de la naturaleza de servicio público, toda vez que conlleva necesariamente una utilización privativa y especial del dominio público local. La circulación de dicho transporte por las vías públicas municipales, el acceso a vías donde el tráfico está restringido al transporte privado y, en la medida, que requiere del establecimiento de paradas para que los viajeros suban y bajen, implica una utilización intensiva del dominio público local, por ello, además del control de los presupuestos previstos para el transporte turístico, el Ayuntamiento tiene que velar igualmente por el ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del tráfico y uso de sus vías públicas, debiendo garantizar su utilización y prestación en beneficio del interés público, lo que hace necesaria la intervención municipal en su regulación para la aplicación de los títulos habilitantes necesarios para la adecuada utilización del dominio público viario de conformidad con lo previsto

en los artículos 84 y siguientes de la LPAP de 3 de noviembre de 2003, con el artículo 79. y 80 de la LBRL y conforme a lo establecido en los artículos 74, 75. 1. b) y 77 del RBEL.

2/ Se declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto de contrario.

3/ Se confirme la sentencia recurrida.

4/ Se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de 4 de abril de 2017, del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, por la que se acuerda denegar las autorizaciones de transporte con finalidad turística solicitadas.

5/ Se declare ajustada al ordenamiento jurídico la citada resolución administrativa.

**SEXTO.-** La representación de la UTE Madrid City Tour (Julia Travel, S.L.U., Automóviles Luarca, S.A.U. y Transportes Bacoma, S.A.U.) formuló su oposición al recurso de casación mediante escrito presentado el día 27 de octubre de 2023, en el que desarrolla sus argumentos que responden a los siguientes enunciados:

- El servicio “hop on-hop off” es un servicio público reservado al municipio de Madrid; y que no encaja con la figura de transporte turístico contemplada en la normativa de transportes.

- En el transporte turístico regulado en la Ley de Ordenación de Transporte Terrestres y normativa de desarrollo los usuarios solo pueden subir al vehículo en el punto de origen, sin que quepa la recogida de nuevos usuarios durante el trayecto ni la bajada de los usuarios ya montados para coger otro vehículo posterior. Por el contrario, el servicio público “hop on-hop off” contempla unas rutas turísticas que, a diferencia del transporte turístico discrecional, cuentan con horarios y frecuencias mínimas de paso y una serie de paradas en los que los usuarios suben y bajan de los autobuses a discreción. Mientras el

transporte turístico discrecional es un sistema cerrado, que debe ser precontratado con una agencia de viajes, de ida y vuelta, el servicio público “hop on-hop off” está abierto a la generalidad de los turistas y los usuarios pueden subir y bajar en las paradas que les plazca cogiendo los diversos vehículos que circulan en las distintas frecuencias, con el consiguiente uso intenso de las vías urbanas. Por lo demás, mientras el precio del transporte turístico discrecional es de libre establecimiento por el operador, el servicio público Madrid City Tour tiene unas tarifas preestablecidas.

- El servicio “hop on-hop off” es un servicio público conferido a la Administración; no estamos, pues, ante una actividad económica que se presta en condiciones de mercado, por lo que no queda incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, resultando estériles las observaciones que la recurrente realiza sobre el acceso a su prestación mediante un régimen de autorización a un número determinado de operadores.

- Para el hipotético supuesto de que este Tribunal Supremo acoja la interpretación sostenida por la recurrente de que el servicio “hop on-hop off” no es un servicio público, ello no podrá comportar que se case la sentencia recurrida, que no analiza la naturaleza jurídica del servicio “hop on-hop off”, ni la incidencia de las normas de garantía de la unidad de mercado. Como bien dice el TSJM, el establecimiento del servicio “hop on-hop off” y la adjudicación del contrato de concesión a la UTE “no son objeto de la impugnación que nos ocupa, como tampoco lo es una eventual desestimación de una solicitud de nulidad realizada a través del correspondiente cauce de revisión de actos firmes”, añadiendo que “una eventual estimación de la pretensión actora, accediendo a la autorización solicitada, chocarían frontalmente con la eficacia jurídica de los actos administrativos firmes”. Precisamente esto último sucedería si este Tribunal Supremo, llegado el caso de que fijara una doctrina consistente en que el servicio “hop on-hop off” no es un servicio público, anulara la sentencia recurrida y, en consecuencia, estimara el recurso de apelación de la recurrente, por cuanto ello tendría como resultado desconocer la validez de sendos actos administrativos firmes (establecimiento del servicio y adjudicación del contrato de concesión) sin que se hubiese llevado cabo el

procedimiento de revisión de oficio. Es más, no podría reconocerse el derecho de City Sightseeing, S.L. a obtener las autorizaciones solicitadas puesto que es un régimen, el de las autorizaciones, no regulado ni establecido en la ciudad de Madrid.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación. Con expresa condena en costas.

**SÉPTIMO.-** Mediante providencia de 7 de octubre de 2024 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 20 de noviembre de 2024, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 4568/2021 lo interpone la representación de City Sightseeing España S.L. contra la sentencia de 15 de abril de 2021 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación 543/2019) que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la citada entidad mercantil contra la sentencia nº 90/2019, de fecha 21 de marzo de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 33 de Madrid (procedimiento ordinario nº 277/2017).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 33 de Madrid de 21 de marzo de 2019 (procedimiento ordinario nº 277/2017) vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por City Sightseeing España, S.L. contra la resolución del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid de 4 de abril de 2017. Y contra dicha sentencia interpuso City Sightseeing España, S.L. recurso de apelación

que fue desestimado por sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de 2021 (apelación nº 543/2019), ahora recurrida en casación.

En el mismo antecedente primero hemos dejado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida -en lo que interesa al presente recurso de casación- para fundamentar la desestimación del recurso de apelación.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 8 de junio de 2023.

**SEGUNDO.-** Cuestión de interés casacional. Algunas precisiones el debate planteado.

En el auto de admisión del recurso se declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar, en atención a su posible incidencia respecto a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, si la actividad de transporte urbano con fines turísticos participa o no de la naturaleza de servicio público a efectos de definir los límites de la intervención municipal en su regulación.

Ahora bien, se impone que hagamos alguna puntualización sobre el ámbito y alcance del debate planteado.

La sentencia que resolvió el recurso de apelación no aborda en realidad la cuestión de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de transporte turísticos urbanos a fin de dilucidar si dicha actividad constituye un servicio público o una actividad económica incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Como hemos visto en el antecedente primero, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -ahora recurrida en casación- elude expresamente esa cuestión de si el servicio de autobuses “hop on-hop off” es, o no, un servicio público, para centrarse exclusivamente la sentencia de apelación, como había

hecho la sentencia del Juzgado, en determinar si las autorizaciones que pretendía la recurrente eran compatibles con la previa existencia de actos municipales firmes en los que se había adjudicado a la UTE Madrid City Tour, en régimen de concesión (operador exclusivo), un servicio de transporte turístico coincidente con el solicitado. Esta es la única cuestión de la que se ocupa la sentencia, <<...cualquiera que pueda ser la concepción que en la actualidad pueda tenerse sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de transporte turísticos urbanos, sobre si dicha actividad constituye un servicio público o una actividad económica y como tal incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado...>> (F.J. 4 de la sentencia recurrida).

Acerca de la cuestión abordada en la sentencia, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid llega a la conclusión de que la preexistencia de aquellos actos firmes no podía ser desconocida; que una eventual estimación de la pretensión de la demandante, accediendo a la autorización solicitada, chocaría frontalmente con la eficacia jurídica de los citados actos administrativo firmes, cuya conformidad a derecho no puede ser aquí cuestionada, no era objeto de la impugnación en el proceso; y, en fin, que debía ser considerada ajustada a derecho la resolución denegatoria de la solicitud de autorización para la prestación de un servicio de transporte turístico coincidente con aquel servicio público preexistente.

Pues bien, el auto de admisión del recurso de casación señala como cuestión de interés casacional precisamente aquella que la sentencia recurrida deja sin examinar, esto es, si la actividad de transporte urbano con fines turísticos participa o no de la naturaleza de servicio público a efectos de definir los límites de la intervención municipal en su regulación.

Por otra parte, como acabamos de señalar, la sentencia recurrida fundamenta la desestimación del recurso señalando que las autorizaciones que pretendía la recurrente eran incompatibles con la previa existencia de actos municipales firmes en los que se había adjudicado a la UTE Madrid City Tour, en régimen de concesión (operador exclusivo), un servicio de transporte turístico coincidente con el solicitado. Y, según indica la propia resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia, aquella adjudicación en

favor de la UTE Madrid City Tour había tenido lugar en virtud de decreto de 26 de abril de 2011 del Concejal Delegado del Área de Economía, Empleo y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid (expediente municipal nº 165/2010/00913), quedando formalizado el contrato el 1 de julio de 2011, comenzando la prestación el 1 de septiembre de 2011 y siendo su duración de 10 años desde la formalización.

Queremos con ello destacar que, en este momento, al resolver el recurso de casación, la situación es distinta a la que existía cuando se dictaron las sentencias de primera instancia -21 de marzo de 2019- y de apelación 15 de abril de 2021-, pues, según los datos que acabamos de reseñar, tomados de resolución administrativa que denegó las autorizaciones a las que se refiere la presente controversia, la concesión otorgada en su día en favor de la UTE Madrid City Tour habría expirado en julio de 2021.

En su escrito de oposición al recurso, el Ayuntamiento de Madrid señala que aquella concesión se extinguió el 25 de julio de 2023; y aunque no explica por qué la expiración tuvo lugar en esa fecha y no en julio de 2021, al cumplirse los 10 años, lo cierto es que ese dato concreto carece aquí de trascendencia. Lo que si interesa destacar es que, según señala el propio Ayuntamiento, una vez expirada aquella concesión, << (...) en la actualidad, cualquier operador puede prestar el servicio, si cumple con los requisitos establecidos en los artículos 128 y concordantes del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y en la Ordenanza de Movilidad Sostenible de 5 de octubre de 2018 (en adelante OMS)>> (escrito de oposición del Ayuntamiento de Madrid, página 6).

### **TERCERO.-** Marco normativo a tomar en consideración.

El auto de admisión del recurso identifica las normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: artículos 14 y 38 de la Constitución Española, los artículos 41, 93 y 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, artículos 25.2 g), los artículos 84 bis, 84 ter y 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre

acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los artículos 4.3, 12 y 13 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, el artículo 2, apartados a), b) y c) del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el artículo 1.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Todo ello -indica el propio auto- sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Pues bien, sin perjuicio de las demás normas que integran el marco normativo enunciado en el auto de admisión del recurso, interesa destacar aquí los siguientes preceptos y apartados:

- Reglamento (CE) nº 1370/2007, Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo:

Preámbulo, apartado (13): <<Algunos servicios, a menudo vinculados a una infraestructura específica, se explotan esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística. Habida cuenta de que esas operaciones tienen un objetivo ajeno a la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros, no deben quedar sujetas a las reglas y procedimientos aplicables a las exigencias de servicio público>>.

Artículo 1.2: << (...) 2. El presente Reglamento se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística. [...] >>.

- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Artículo 110. A efectos de esta ley, tendrán la consideración de transportes turísticos los que se realicen en el marco de la ejecución de un viaje combinado ofertado y contratado de conformidad con lo que se encuentre establecido en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios en relación con esta clase de viajes.

Asimismo, tendrán la consideración de transporte turístico aquellos otros que, sin tener una duración superior a las 24 horas y sin incluir una pernoctación, se oferten a través de agencias de viajes, u otros intermediarios reconocidos por la legislación específica de turismo, y se presten conjuntamente con otros servicios complementarios de naturaleza turística, tales como los de manutención, guía turístico o similar.

- La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen Local (LRBRL).

Artículo 25. [...] 2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

[...]

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad Transporte colectivo urbano.

[...]

h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.

Artículo 27. [...] 3. Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias:

[...]

j) Promoción y gestión turística.

[...]

Artículo 79.

1. El patrimonio de las entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan.

2. Los bienes de las entidades locales son de dominio público o patrimoniales.

3. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público. Tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos.

Artículo 80.

1. Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno.

2. Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado.

Artículo 84 bis [añadido por el artículo 41.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo; y luego modificado por el artículo 1.20 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre].

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado [...].

Artículo 86.

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.

(...)

2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: (...) y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus

respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación de/ pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Art. 75.

En la utilización de los bienes de dominio público se considerará:

1.º Uso común, el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará:

a) General, cuando no concurren circunstancias singulares.

b) Especial, si concurren circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante.

2.º Uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados.

3.º Uso normal, el que fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte.

4.º Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino.

Art. 76.

El uso común general de los bienes de dominio público se ejercerá libremente, con arreglo a la naturaleza de los mismos, a los actos de afectación y apertura al uso público y a las Leyes, Reglamentos y demás disposiciones generales.

Art. 77.

1. El uso común especial normal de los bienes de dominio público se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general.

2. Las licencias se otorgarán directamente, salvo si por cualquier circunstancia se limitare el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y, si no fuere posible, porque todos los autorizados hubieren de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo.

3. No serán transmisibles las licencias que se refieran a las cualidades personales del sujeto o cuyo número estuviere limitado; y las demás, lo serán o no según se previera en las Ordenanzas.

Art. 78.

1. Estarán sujetos a concesión administrativa:

a) El uso privativo de bienes de dominio público.

b) El uso anormal de los mismos.

2. Las concesiones se otorgarán previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales.

- Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Artículo 84. Necesidad de título habilitante.

1. Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos [...].

Artículo 92. Autorizaciones.

1. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por

no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen [...].

Artículo 93. Concesiones demaniales.

1. El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes [...].

- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de esta Ley se entenderá por:

[...]

11. <<Razón imperiosa de interés general>>. razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM)

Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en 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, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. 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.

Artículo 17. Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad.

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

2. [...]

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

## Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<< Artículo 4. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

1. 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 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 discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

2. [...]>>.

### **CUARTO.-** Criterio de esta Sala.

En los antecedentes tercero, quinto y sexto de esta sentencia ha quedado reseñado el posicionamiento de las distintas partes personadas respecto de las cuestiones debatidas en casación. Pues bien, examinados los argumentos que allí exponen las partes recurrente y recurridas, una interpretación concordada de los preceptos legales y reglamentarios que resultan de aplicación nos lleva a obtener las conclusiones que ahora pasamos a enunciar. Veamos.

**A/** El servicio de autobuses “hop on-hop off” es una modalidad de transporte turístico que contempla unas rutas turísticas que cuentan con horarios, frecuencias de paso y una serie de paradas en los que los usuarios suben y bajan de los autobuses a discreción. Esta concreta modalidad no guarda entera correspondencia con la figura del transporte turístico descrita en el artículo 110 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que antes hemos transcrito; pero tal falta de coincidencia carece de relevancia a los efectos que interesan al presente recurso de casación.

**B/** El servicio de autobuses “hop on-hop off”, al que se refiere la presente controversia, aunque se desarrolla en las vías públicas municipales, no participa de la naturaleza de “servicio público” a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte

de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo, en el que se establece: << (...) 2. El presente Reglamento se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística. [...] >>.

En esa misma línea, la STJUE de 10 de diciembre de 2010 (asunto C-338/09, *Yellow Cab Verkehrrsbetriebs GmbH*), referida a una solicitud de autorización de características sustancialmente coincidentes con las del caso que aquí examinamos, señala en el apartado 44 de su fundamentación jurídica que << (...) *las líneas de autobús de que se trata en el procedimiento principal tienen un objeto esencialmente turístico, de forma que las obligaciones inherentes al servicio de explotación de tales líneas no son obligaciones de servicio público, en el sentido de la definición contenida en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento nº 1191/69*>> [Esta referencia al artículo 2, apartado 1, del Reglamento nº 1191/69, hoy derogado, debe entenderse hecha ahora a la definición de «obligación de servicio público» contenida en artículo 2.e/ del Reglamento (CE) Nº 1370/2007 antes citado].

**C/** El servicio de autobuses “hop on-hop off” al que nos venimos refiriendo tampoco constituye un “servicio de interés público”, tal y como esta figura aparece definida en el artículo 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículo 95. Servicios de transporte de interés público. 1. Son servicios de interés público aquéllos que las empresas operadoras no prestarían si tuviesen en cuenta exclusivamente su propio interés comercial y que resulten necesarios para asegurar el servicio de transporte, a través de cualquier modo de transporte, entre distintas localidades o para garantizar su prestación en condiciones razonablemente aceptables de frecuencia, precio, calidad o universalidad).

**D/** Descartado así que nos encontremos ante un servicio público o un servicio de interés público, la prestación del servicio de autobuses “hop on-hop off” constituye una actividad económica que ha de poder desarrollarse en régimen de libre competencia, sin perjuicio de su eventual sujeción a autorización y a las limitaciones o restricciones que puedan resultarle de aplicación; todo ello de conformidad con lo dispuesto, entre otros preceptos, en los artículos 49 TFUE (libertad de establecimiento), 38 de la Constitución

(libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), 5 de la Ley 20/2013, de garantía de unidad de mercado (LGUM), 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**E/** Podría objetarse que los servicios en el ámbito del transporte están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.d/ de la propia Directiva. Y por ello, quedan también fuera del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva, esto es, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 2.2.d excluye de su ámbito de aplicación << (...) d) Los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos [...]>>.

Sin embargo, lo anterior no impide que al servicio de transporte turístico al que se refiere la presente controversia le resulten de aplicación los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, pues, como tuvimos ocasión de explicar en sentencia nº 1408/2019, de 22 de octubre (casación 4283/2018, F.J. 3), y luego hemos reiterado en STS nº 205/2023, de 20 de febrero (casación 6930, F.J. 3), el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013 viene configurado con la mayor amplitud. Así, la propia Ley 20/2013 deja señalado en su Preámbulo:

<< (...) En la elaboración de esta Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como «Directiva de Servicios», proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha

tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación>>.

En consonancia con lo anunciado en su Preámbulo, también el articulado de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, delimita su ámbito de aplicación con gran amplitud al venir este referido, sin excepciones, << (...) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional>> (artículo 2). Y, más adelante, el artículo 16 de la propia Ley 20/2013 se refiere al principio de “libre iniciativa económica” señalando que <<El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales>>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en STC 79/2017, de 22 de junio de 2017, << (...) La Ley 20/2013 ha desbordado el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior -y al que se refiere una de sus leyes de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio-, pues ha incluido en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado (art. 2 de la Ley 20/2013), incluyendo no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de productos. Así lo subraya el preámbulo de la propia Ley 20/2013 cuando afirma que «la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley [la Ley 20/2013] se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos».

En esa misma línea, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 362/2019, de 18 de marzo de 2019 (casación 1746/2016, F.J. 6º) señala que:

<< (...) A diferencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que expresamente excluía de su ámbito de aplicación un listado de servicios [...], la LGUM extiende su aplicación –como precisa su Preámbulo- a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. En este sentido, artículo 2 de la LGUM precisa que la ley será de aplicación, a “las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”, sin consignar actividades exceptuadas, entendiendo por actividad económica, según el Anexo de definiciones, “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicio”, por lo que no cabe duda que la LGUM es aplicable a la actividad [...] a que se refiere este recurso>>.

Por tanto, debe concluirse que a la actividad de transporte turístico le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

**F/** El artículo 5.1 LGUM requiere que los poderes públicos justifiquen los límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, o la exigencia de requisitos para su desarrollo, debiendo justificar que 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 acceso a las actividades de servicio. Además, las limitaciones y requisitos que pudieran establecerse han de ser proporcionados y lo menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica (artículos 5.2 LGUM y 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Y, como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra sentencia nº 332/2020, de 6 de marzo (recurso contencioso-administrativo 91/2018, F.J. 6º), es

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

**G/** Siendo de dominio público municipal las vías por las que discurre el transporte turístico al que nos venimos refiriendo, el artículo 25.1.d/ LBRL reconoce como competencia propia de los municipios la regulación y ordenación de las infraestructuras viarias y de los equipamientos de su titularidad. Por otra parte, son competencias propias de los Ayuntamientos las relativas a “Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano” (artículo 25.2.g/ LBRL), así como “la ordenación, gestión, inspección y sanción de los servicios urbanos de transporte público de viajeros que se lleven a cabo dentro de sus respectivos términos municipales” (artículo 4.1 de la Ley y 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid).

Como alega la representación del Ayuntamiento de Madrid (parte recurrida), resulta indudable que la circulación de dicho transporte por las vías públicas municipales, con acceso incluso a vías donde el tráfico está restringido al transporte privado y la necesidad del establecimiento de paradas para que los viajeros suban y bajen, implica una utilización intensiva del dominio público local. Y dado que el transporte turístico se realiza con reiteración de horario o calendario, a través del establecimiento de paradas propias y especiales en el viario público, estamos ante un uso especial del dominio público municipal (véanse los artículos 75 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que antes hemos dejado reseñados).

Así las cosas, debe entenderse justificado que el ejercicio de la actividad de transporte turístico que estamos examinando esté sujeta a la intervención y autorización del Ayuntamiento; en el bien entendido de que, como antes hemos señalado, los requisitos y limitaciones que a tal efecto establezca el Ayuntamiento de Madrid han de ser proporcionados y lo menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica (artículos 5.2 LGUM y 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

**H/** En el caso que estamos examinando el Ayuntamiento de Madrid denegó las autorizaciones solicitadas no ya porque estas incumpliesen determinados requisitos o requerimientos a los que estuviese sujeto el otorgamiento de la autorización sino, sencillamente, por considerar entonces el Ayuntamiento que las autorizaciones que pretendía la recurrente eran incompatibles con la previa existencia de actos municipales firmes en los que se había adjudicado a la UTE Madrid City Tour, en régimen de concesión (operador exclusivo), un servicio de transporte turístico coincidente con el solicitado.

Ya sabemos que esa circunstancia obstativa que aducía la resolución denegatoria del Ayuntamiento -y que vinieron a confirmar tanto la sentencia del Juzgado como la dictada en apelación- no concurre ya, pues, sin pronunciarnos aquí sobre la conformidad o disconformidad a derecho de una adjudicación concesional que no era objeto de impugnación en el proceso del que trae causa el presente recurso de casación, lo cierto es que aquella concesión en favor de la UTE Madrid City Tour dejó de estar en vigor hace ya tiempo.

Por otra parte, también hemos visto que el Ayuntamiento de Madrid admite ahora expresamente en su escrito de oposición al recurso, aunque sin ofrecer explicaciones sobre su cambio de parecer, que el servicio de transporte turístico puede ser prestado por varios operadores.

**I/** Las consideraciones que hemos expuesto en los apartados anteriores llevan a concluir que, si bien la sentencia recurrida habrá de ser casada, pues debió ser estimado el recurso de apelación dirigido contra la sentencia del

Juzgado, lo procedente será que acordemos la estimación del recurso contencioso-administrativo en parte, pues no habremos de declarar que procede el otorgamiento de las autorizaciones solicitadas, como postula la recurrente, sino el derecho de City Sightseeing España S.L. a que el Ayuntamiento de Madrid examine y resuelva aquellas solicitudes con arreglo a los parámetros que hemos dejado expuestos.

**QUINTO.-** Respuesta a la cuestión de interés casacional.

De conformidad con lo razonado en los apartados anteriores, y a fin de dar respuesta a la cuestión de interés casacional delimitada en el auto de admisión del recurso de casación, procede que declaremos lo siguiente:

**A/** El servicio de autobuses “hop on-hop off”, modalidad de transporte turístico que contempla unas rutas turísticas que cuentan con horarios, frecuencias de paso y una serie de paradas en los que los usuarios suben y bajan de los autobuses a discreción, no participa de la naturaleza de “servicio público” a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, ni constituye un “servicio de interés público”, tal y como esta figura aparece definida en el artículo 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

**B/** La prestación del servicio de autobuses “hop on-hop off” constituye una actividad económica que ha de poder desarrollarse en régimen de libre competencia, sin perjuicio de su sujeción a autorización y a las limitaciones o restricciones que puedan resultarle de aplicación. En particular, resulta de aplicación a dicha actividad el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**C/** Debe entenderse justificado que el ejercicio de la actividad de transporte turístico esté sujeta a la intervención y autorización del Ayuntamiento; en el

bien entendido de que los requisitos y limitaciones que a tal efecto establezca la Corporación municipal han de ser proporcionados y lo menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica (artículos 5.2 LGUM y 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

**SEXTO.-** Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes; y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia ni las de apelación, pues la discrepancia entre lo decidido en dichas sentencias y lo resuelto ahora en casación pone de manifiesto la existencia de dudas de interpretación que hacen improcedente una condena al pago de las costas.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 4568/2021 interpuesto en representación de la entidad CITY SIGHTSEEING ESPAÑA S.L. contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2021 dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación 543/2019), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto en representación de CITY SIGHTSEEING ESPAÑA S.L. contra la sentencia nº 90/2019, de fecha 21 de marzo de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 33 de

Madrid (procedimiento ordinario nº 277/2017), que ahora queda anulada y sin efecto; y, en su lugar, estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CITY SIGHTSEEING ESPAÑA, S.L. contra la resolución de 4 de abril de 2017, del Director General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, por la que se acuerda denegar las autorizaciones de transporte con finalidad turística solicitadas, anulando la referida resolución denegatoria y declarando el derecho de CITY SIGHTSEEING ESPAÑA S.L. a que el Ayuntamiento de Madrid examine y resuelva aquellas solicitudes con arreglo a los parámetros que hemos dejado indicados en el fundamento jurídico quinto, apartado C/.

3.- No hacemos imposición de costas derivadas del recurso de casación y tampoco en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia y del recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.