



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 39/1995

La Laguna, a 17 de mayo de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto por que el que establecen los requisitos de capacidad económica para el ejercicio de la actividad de transporte público de viajeros y mercancías por carretera (EXP. 45/1995 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

1. A solicitud del Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma, se emite el presente Dictamen sobre la adecuación al Ordenamiento jurídico de la normativa reglamentaria que pretende ordenar los requisitos de capacidad económica para el ejercicio de la específica actividad del transporte público de viajeros y mercancías por carretera en el ámbito autonómico. Todo ello, de conformidad con lo establecido en los arts. 1.1, 10.6. éste en relación con el art. 22.3 de la Ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado (LOCE), y 11.1 de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo.

Sin embargo, sin perjuicio de que luego se abunde sobre la competencia autonómica y los límites jurídicos a su ejercicio para ordenar el asunto de referencia, en principio cabe dudar de la preceptividad de la solicitud de Dictamen en este caso, habida cuenta que aquella va unida al carácter necesariamente ejecutivo de la norma reglamentaria. Por tanto, aquél no existiría si ésta no tuviera tal carácter, por no tener conexión formal y por ende material con una ley habilitante, por lo que el Reglamento, pese a su naturaleza y rango con todo lo que ello formalmente comporta, sería autónomo o independiente.

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

Partiéndose de que se ejercita una competencia "exclusiva" autonómica -que en realidad es más bien concurrente- difícilmente puede sostenerse que la norma propuesta pueda ser en puridad ejecutiva, siendo plena la competencia utilizada y no meramente reglamentaria; conclusión a la que igualmente se llega de sostenerse, si ello fuere constitucionalmente procedente, que la norma autonómica, suponiendo que pudiera tener rango secundario por no existir reserva legal en la materia en cuestión, es establecida en desarrollo de base estatal, pues propiamente esta operación no es ejecución, complemento y concreción normativa de una Ley.

2. Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en los arts. 10.6 de la Ley 4/1984 y 22.3, LOCE, el objeto del Dictamen preceptivo ha de ser, precisamente, un Reglamento, de manera que podría decirse que aquél más bien debiera pronunciarse sobre la normativa secundaria de ejecución de una norma primaria, pero no sobre el acto, concretamente con forma de Decreto, mediante el que se aprueba la misma. No obstante, como es cierto que la validez o adecuación jurídica de una norma, también si es reglamentaria, descansa sobre su ajuste o corrección formal en general o, si se prefiere, competencial, procedimental y material, cabe sostener que este Organismo puede advertir al órgano solicitante que la actuación normativa que se propone presenta algún vicio o defecto que podría ocasionar, de no subsanarse, la invalidez de la regulación proyectada. En este orden de cosas -según se observa de la documentación obrante en el expediente remitido adjunto a la solicitud de Dictamen en orden a cumplimentar lo prevenido en el art. 17.1, de la Ley 4/1984-, parece cumplirse la tramitación recogida en el art. 44 de la Ley 1/1983, aunque se desconoce si lo ha sido la contemplada en su art. 45. Asimismo, consta emitido el informe del Servicio Jurídico del Gobierno, exigido por el art. 20.f) de su Reglamento, y la correcta realización del trámite de audiencia que dispone el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), no derogado por la Ley 30/1992 (cfr. disposición derogatoria).

Al respecto, bueno es recordar que el mencionado art. 130.4 LPA tiene carácter meramente supletorio de la ordenación autonómica sobre la actuación del Gobierno autónomo de orden normativo, tanto secundario como, en su caso, primario (cfr. arts. 148.1, CE; 29.1 del Estatuto de Autonomía, EAC; y 1, 2.1, 51 y 52, Ley 30/1992); cabiendo incluso sostener, con fundamento en la citada regulación legal estatal producida en virtud de lo previsto en el art. 149.1.8 y 18, CE, que esto también ocurre cuando esa actuación -no interviniendo entonces en ella el Gobierno titular

efectivo del ejercicio de la potestad reglamentaria o teniendo la misma efectos no propiamente generales y solamente *ad intra*- fuese calificable de plenamente administrativa. Por eso, la aplicación al caso del precepto comentado se debe a que habiendo de estar contemplado el trámite de audiencia de que se trata en la Ley - aquí lógicamente la autonómica al serlo la actuación a realizar, por exigirlo el art. 105.a) CE con carácter general- esto no ha sucedido hasta el momento.

3. Por otro lado, ha de aclararse que el informe de legalidad que se menciona en el art. 44, Ley 1/1983 lo ha de emitir el órgano del Centro directivo interviniente que disponga la normativa autonómica aplicable, como sería, ante el silencio del antedicho precepto legal, el art. 15.5.a), Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de organización de los Departamentos de la Administración Autonómica de Canarias. Por tanto, lo deberá emitir la Secretaría General Técnica porque así viene dispuesto en el reseñado Reglamento, pero no porque lo diga el art. 130.1 LPA, que igualmente contiene una norma de Derecho supletorio, que no resulta aquí de aplicación.

II

1. Según la exposición de motivos del Proyecto a dictaminar, la normativa reglamentaria a establecer se aprueba, al tiempo, en ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma y como desarrollo de la Sección Primera del Capítulo 1º del Título II de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), aunque al hacerlo también se tenga en cuenta, sin decirse a qué fin o por qué motivo, el Reglamento de la referida Ley, aprobado por el Real Decreto 1211/1990 (ROTT).

Pues bien, no parece técnicamente correcto entender que en ejercicio de una competencia exclusiva autonómica pueda dictarse un Reglamento ejecutivo como regulación original o general de una materia, aunque sobre ella no exista reserva de Ley, pues ello no es posible por definición; como tampoco lo es que la Ley a ejecutar o -si se prefiere eludir el término por ser ejecución y desarrollo operaciones diferenciadas- a desarrollar sea estatal. Distinto sería si la competencia autonómica fuese de desarrollo de bases normativas del Estado, pero no es el caso. Así, aunque la ordenación estatal que se cita pudiera tener ese carácter, o aún algunas de sus normas pudieran ser de aplicación plena por dictarse en virtud de título competencial

absoluto reservado constitucionalmente al Estado, lo cierto es que la Comunidad Autónoma tiene en la materia efectivamente competencia "exclusiva", por más que, como ya se ha dicho, sea realmente concurrente y su ejercicio venga limitado en la práctica incluso por la Ley 16/1987 y su Reglamento (cfr. arts. 1 y 2 de la primera, así como los arts. 29.13, EAC o 148.1.5 y 149.1.1, 6, 13, 18 y 21, CE).

2. Sobre el mencionado extremo, este Organismo ya se ha pronunciado en varias ocasiones con motivo de la emisión de Dictámenes que, de una u otra forma, incidían, con carácter reglamentario, en la materia de transporte terrestre (cfr. Dictámenes 28, 29, 49 y 53 de 1994), señalándose siempre que a partir de la ordenación constitucional aplicable al efecto la competencia autonómica en materia de transporte se contempla en los arts. 29.13, el desarrollado por carretera, y 34.A).5, el restante, ambos del Estatuto de Autonomía.

Más concretamente, en el Dictamen 28/1994 se indica que en principio y en función del criterio territorial utilizado en la Constitución al referirse con fines competenciales al transporte -siendo tal criterio esencial en opinión reiterada del Tribunal Constitucional (cfr. sus Sentencias 37/1981, 97/1983, 53/1984, 86/1988 o 180/1992) para determinar la distribución de la capacidad de actuación sobre el transporte terrestre entre el Estado "central" y las Comunidades Autónomas- resulta que por asunción estatutaria la Comunidad Autónoma es titular de competencia "exclusiva" plena sobre el transporte por carretera en el ámbito territorial autonómico. Sin embargo, también se advierte que aún cuando resulte obvio que en Canarias difícilmente pueda tener incidencia el título competencial reservado al Estado en el art. 149.1.21, CE -salvada la aplicación íntegra e inmediata de la normativa estatal en la materia por no haberse establecido la autonómica o, en todo caso, como Derecho supletorio propiamente dicho o de segundo grado-, siempre la ordenación autonómica debe ajustarse a la estatal establecida en ejercicio de otros títulos competenciales constitucionalmente previstos con incidencia en la materia; exigencia que opera como límite al ejercicio por los órganos autonómicos de sus propias competencias en la materia (cfr. los números 1, 6, 13 o 18 del apartado primero del art. 149, CE).

3. Es más, ha de tenerse en cuenta que en virtud de lo establecido en los Tratados ratificados por el Estado español, incluido el de la Unión Europea, de conformidad con el art. 93 CE, en esta materia resulta de aplicación la normativa

eurocomunitaria, no sólo en el ámbito estatal, sino también en el de la Comunidad Autónoma. Así, en lo que concierne particularmente a la capacidad económica que han de cumplir las empresas, personales y societarias -en realidad las personas físicas o jurídicas- que se vayan a dedicar al transporte de personas o mercancías, cual es el desarrollado por carretera, son aplicables las Directivas del Consejo Europeo 74/561 y 74/562, al igual que la Directiva de aquél 77/769, o bien las reformas de estas normas, habiendo sido la última de ellas operada por la Directiva del Consejo 89/438.

Precisamente, la transposición de las Directivas inicialmente establecidas se ha llevado a cabo a través de la Ley 16/1987 (cfr. arts. 42 y 45) y de su Reglamento (cfr. art. 40), y en este sentido esta ordenación estatal debe ser observada y respetada por el Legislador autonómico con ocasión del ejercicio de su competencia estatutaria "exclusiva" sobre transporte por carretera. Y ello, en cualquier caso porque aunque pueda acudir al art. 37.2 EAC en orden a argüir, con una interpretación generosamente favorable de su regulación, que la Comunidad Autónoma puede actuar inmediatamente al efecto -ejecutando directamente la ordenación eurocomunitaria con respeto a sus previsiones- ello sólo cabría cuando el asunto afectado sea de competencia autonómica. Lo que, tratándose de la capacidad para ser empresario y pese a que sobre el transporte terrestre tenga competencia la Comunidad Autónoma, no sucede según se ha razonado precedentemente. Hecho al que no obsta que existiendo norma eurocomunitaria, la Comunidad Autónoma deba respetar sus determinaciones cuando actúe, exista o no transposición expresa de la misma.

En resumidas cuentas, el órgano autonómico actuante ha de advertir que la normativa a la que debe ajustarse en este asunto no sólo previene el requisito de la capacidad económica para poder ser empresario transportista y define lo ha de entenderse por tal, sino que establece los medios o criterios que permiten determinar la existencia de esa capacidad y, por tanto, el cumplimiento del requisito en cuestión, disponiendo en particular la Directiva 89/438 que todo ello sería exigible a partir del 1 de enero de 1990 [cfr. arts. 31.b) y 3.3 de la Directiva 74/561 y 2.1.b) y 2.3 de la Directiva 74/562, en relación con los preceptos estatales citados en el párrafo anterior].

III

1. De conformidad con lo expuesto hasta aquí, procede advertir que la ordenación estatal y eurocomunitaria a respetar por la actuación normativa autonómica específica que, al objeto de determinar la existencia de la denominada capacidad económica, se considerarán los siguientes extremos: cuentas anuales de la empresa; sus fondos disponibles, incluyendo activos líquidos bancarios, créditos y posibilidades de descubierto; otros activos, entre ellos los bienes que la empresa pueda utilizar como garantía; los costes empresariales, como son el precio de compra de los vehículos para el transporte, de los locales e instalaciones o material, y el fondo de maniobra. Asimismo, señala que se acepta como prueba de la capacidad financiera la garantía que al respecto pueda dar un banco u otro establecimiento debidamente cualificado para ello, cabiendo que esa garantía sea aval o cualquier otra similar.

Pues bien, la regulación propuesta es inobjetable en lo que concierne a la contenida en los dos primeros artículos del Proyecto y también a la de su art. 3.1.a) y b). Sin embargo, sobre la recogida en el apartado c) cabe señalar que un medio probatorio, aquí de existencia de capacidad económica, difícilmente puede ser entendido como requisito de dicha capacidad, además de resultar técnicamente incongruente tanto exigir que se demuestre una acreditación documental, como que acreditada debidamente la solvencia de la empresa en la forma permitida, la Administración la investigue usando los criterios ya indicados.

Pero es que al demandarse como acreditación una mera certificación no parece que se esté previniendo una auténtica garantía de carácter jurídico, que es la contemplada en la normativa eurocomunitaria y estatal (cfr., en particular, el art. 40 ROTT). Por consiguiente, siendo esa certificación jurídicamente irrelevante, al menos a los fines garantistas perseguidos en la normativa aplicable por no tener eficacia obligacional, la norma que la recoge no resulta jurídicamente adecuada.

Por último, en relación con lo determinado en el apartado d) del nº 1 del precepto analizado, ha de manifestarse que aún siendo ajustado su mandato, no obstante puede generar la duda acerca de si los vehículos a utilizar por la empresa transportista han de ser de su propiedad, entendiéndose que lo conlleva el ser titular de los mismos, o basta con tener algún tipo de título jurídico sobre ellos que permita su disposición. No sólo porque los apartados a) y b) parecen no contradecir esta

posibilidad, aunque quizá si el c), sino porque las propias instalaciones de las que se habla en este apartado d) pueden disponerse en régimen tanto de propiedad como de arrendamiento.

2. Por lo que respecta a la previsión contenida en el art. 3.2 del Proyecto, en principio no es cuestionable su adecuación jurídica, puesto que en nada se opone esta norma a lo establecido en la LOTT, tanto en su art. 61 -que regula una cuestión distinta a la aquí ordenada- como en el 60, cuyos apartados 1 y 2 parecen apoyar la pretensión normativa comentada que es plenamente aplicable, incluido el apartado 3 del citado art. 60.

No obstante, habida cuenta del objeto distinto de la norma reglamentaria proyectada -y en concreto de este precepto que se analiza- tampoco sería inadecuado que se advirtiera a sus destinatarios y a los empresarios en general de la posibilidad de agrupación y cooperación entre empresas del transporte contemplada en la LOTT y en su Reglamento de desarrollo (cfr. arts. 52 y 53). Desde luego, debe quedar perfectamente claro que las empresas que sin cumplir los requisitos exigidos en esta ordenación se integren en cooperativas no pueden ser ellas mismas transportistas; así como que, justamente, las empresas de transporte son exclusivamente y a todos los efectos las cooperativas; es decir, que el transportista sólo es y únicamente lo puede ser la empresa cooperativa integradora y nunca las empresas integradas en ella. Naturalmente, salvo que tales empresas cumplan *per se* las exigencias ordenadas para ser transportistas, aunque entonces no puede olvidarse que les sería de aplicación a las mismas las reglas contempladas en los arts. 60.3 y, en su caso, 61, LOTT.

Por eso, debiera clarificarse la norma del art. 4.2 del Proyecto, pues teniendo sentido que a una empresa transportista, que originalmente podía serlo al cumplir los requisitos correspondientes, se le conceda cierto plazo para regularizar su situación de haber dejado de satisfacer alguno de ellos, no lo tiene que tenga igual consideración otra que jamás podía ser transportista, siéndolo únicamente la cooperativa en la que se integraba. Esto es, parece que si una empresa que estando integrada no cumple los requisitos y deja de estarlo quiere ser transportista, se le debe exigir que los cumpla sin más, no pudiéndolo ser hasta que ello ocurra.

3. En esta línea, coherentemente con lo expresado sobre el cuerpo normativo del Proyecto, ha de admitirse la adecuación de sus disposiciones adicionales y transitoria, aunque pueda advertirse la incorrección técnica de la previsión recogida en el apartado dos de la disposición adicional primera, que debiera eliminarse por cuanto el problema que trata de resolver viene solucionado adecuadamente en la mencionada disposición transitoria. Así, siendo procedente la exigencia del apartado uno de la disposición adicional primera, es claro que han de cumplirla todas las empresas transportistas futuras o actuales, incluidas las autorizadas a partir del 1 de enero de 1990, y tanto en relación con los requisitos de los apartados a) y c) del número 1 del art. 3, como con los de los apartados b) y d), siendo por cierto estos apartados del referido número 1 y no directamente del indicado artículo. Razón por la que, precisa y correctamente, se previene lo ordenado en el número 1 de la disposición transitoria, a la que inútilmente se cita en la norma comentada.

Finalmente, aunque la cuestión no tenga mayores efectos, procede indicar respecto de la disposición final primera, que pese a lo establecido en el art. 32 de la Ley autonómica 1/1983, apartado c), en puridad corresponden al órgano y no a su titular las competencias que contemple el Ordenamiento jurídico, pese a que sea dicho titular quien efectivamente haya de ejercer algunas o aún todas ellas. Por demás, no cabe duda que un Consejero es titular de un Departamento administrativo, actuando individualmente en cuanto tal las funciones que le corresponden, mientras que en cuanto miembro del Gobierno sólo puede participar colegiadamente en las funciones gubernativas, siendo obvio que teniendo el Gobierno carácter colegiado las facultades que le atribuye el Ordenamiento únicamente pueden ser ejercidas como colegio y no por sus miembros individuales, dejando a salvo los derechos que éstos tengan en relación con su participación en la toma de decisiones de ese órgano.

CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de las objeciones de orden procedimental y competencial recogidas en los Fundamentos I y II, respectivamente, y de las observaciones de orden técnico explicitadas en el Fundamento III, el Proyecto de Decreto y la correspondiente ordenación reglamentaria a aprobar que se analizan son conformes a Derecho.