

La prestación del servicio de taxis y libertad de empresa

Joana M. Socías Camacho
Profesora Titular interina de Derecho Administrativo
Universitat de les Illes Balears

Sumario: I. ACTIVIDAD PRIVADA O SERVICIO PÚBLICO. II. LA NATURALEZA PÚBLICA DE LA ACTIVIDAD DEL SERVICIO DE TAXIS. 1. La naturaleza pública de la actividad gestionada modula la organización y el contenido de la libertad de empresa. 2. El servicio de taxis es un servicio reservado a los entes locales. III. LA SITUACIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA AUTORIZACIÓN (DEL TAXISTA). IV. CONCLUSIÓN.

I. ACTIVIDAD PRIVADA O SERVICIO PÚBLICO

La doctrina administrativista se ha preocupado de distinguir conceptualmente las actividades de servicio público de un conjunto de actividades tradicionalmente desempeñadas por personas privadas que, por ser de especial interés público, ofrecen importantes semejanzas con aquéllas.

En efecto, sucede que en ocasiones la intervención administrativa sobre un determinado sector presenta una faz menos radical¹, debido al despegue acentuado de la actividad que se presta respecto al Estado, así como al perfil claramente empresarial de quienes ejercen dichas actividades². Son las llamadas actividades privadas reglamentadas o disciplinadas, también denominadas servicios públicos impropios (noción italiana) o virtuales (noción francesa)³. La doctrina española ha incluido en este

¹ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I*, Parte General, Marcial Pons, 1998, p. 496.

² Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994, p. 235.

³ R. PARADA, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 496. Para Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, existe un dato común a todas las actividades formalmente calificadas de servicios públicos, que es que detrás de esa calificación «hay siempre, desde luego, una necesidad generalmente sentida que no puede ser satisfecha individualmente y que, sin embargo, debe ser atendida para cubrir esa distancia, cada vez mayor en una sociedad industrial y urbana, entre el círculo que acota lo que FORTSHOFF acertó a denominar... el espacio vital dominado» (ámbito sobre el cual dispone el individuo) «y el espacio vital efectivo en el que realmente se desenvuelve nuestra vida cotidiana». Sin embargo —añade el autor—, ese dato común no es exclusivo de aquellas actividades calificadas de servicio público, sino que «hay un buen número de necesidades de porte semejante... que nunca han sido objeto de semejante calificación y cuya satisfacción se ha asegurado mediante una regulación, especialmente intensa desde luego, que ha hecho innecesaria la responsabilización directa de la Administración que

concepto el servicio de taxis, considerado como un servicio de interés público (ENTRENA CUESTA) ⁴, la enseñanza privada, calificada como servicio público objetivo (GÓMEZ-FERRER) ⁵, la profesión farmacéutica, entendida como actividad privada (MARTÍN-RETORTILLO) ⁶ y las centrales lecheras, descritas también como actividades privadas, pero sometidas a una *publicatio* específica (MEILÁN GIL) ⁷. Esta doctrina coincide en señalar que en todos los casos mencionados no se ha dado una declaración formal de servicio público, no se ha producido aún la *publicatio*, razón por la cual las considera actividades privadas ⁸.

El único autor que se aparta de esta consideración es VILLAR PALASÍ, que, en relación con el caso concreto del servicio de taxis, señala que éste es un servicio público propiamente dicho al darse una serie de caracteres que implican el mismo régimen especial que conforma el núcleo esencial de los servicios públicos: obligación de *facere*, falta de derechos subjetivos para exigir la llamada autorización, *numerus clausus*, garantía de continuidad del servicio, regulación de horarios y tarifas por la propia administración y sanción administrativa por incumplimiento en el servicio frente al usuario ⁹.

Vistas las dos posturas, observamos la importancia que supone la consideración de la actividad concreta como privada o como de servicio público, porque en función de ello se aplicará un régimen jurídico u otro a la prestación de la misma.

la *publicatio* supone, lo que... ha dado lugar a una larga serie de teorizaciones tan sutiles como difusas: actividades reglamentadas, servicios públicos en sentido objetivo, servicios públicos improprios, servicios públicos virtuales, etc.», en «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *RAP*, núm. 150 (1999), pp. 59 y 60.

⁴ Rafael ENTRENA CUESTA, «El servicio de taxis», *RAP*, núm. 27 (1958), pp. 42 y 45.

⁵ Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, «El régimen general de los centros privados de enseñanza», *RAP*, núm. 70 (1973), pp. 21 a 26.

⁶ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias», *RAP*, núm. 24 (1957), pp. 161 a 162; Francisca VILLALBA PÉREZ considera al servicio farmacéutico como una actividad privada de interés público, sometida a una intensa regulación por la utilidad general que aporta a la sociedad, en *La profesión farmacéutica*, Marcial Pons, 1996, p. 292.

⁷ José Luis MEILÁN GIL, «El régimen jurídico de las centrales lecheras», *RAP*, núm. 72 (1973).

⁸ Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, ed. Comares, Granada, 1999, pp. 504 a 506.

⁹ José Luis VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pp. 279 a 282; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., p. 507.

a) Centrándonos ya en la actividad de prestación del servicio de taxis, resulta que, para ENTRENA CUESTA, una de las consecuencias jurídicas más destacables que se derivan de la consideración de dicho servicio como actividad privada es que existe un derecho subjetivo de los particulares a obtener la autorización administrativa que le permite prestar ese servicio ¹⁰. En consecuencia, siguiendo el hilo de este discurso, en el supuesto que analizamos estaríamos ante una actividad privada que para ser prestada precisaría de una autorización administrativa de carácter declarativo (construcción dogmática del concepto de autorización acuñado por RANELLETTI). Esta construcción, como escriben GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, se caracteriza porque «sitúa el centro de atención en la pre-existencia en el sujeto autorizado de un derecho verdadero y propio, cuyo libre ejercicio permite la autorización removiendo los límites que a dicho ejercicio opone, en principio, el interés público». Aquí —añaden— «la autorización, en la medida en que presupone la titularidad previa de un derecho, queda marcada por un neto carácter declarativo que la distingue con toda claridad de la concesión» ¹¹.

b) Por el contrario, si partimos de la consideración del servicio de taxis como un servicio público la consecuencia sería radicalmente distinta a la que acabamos de ver. En tal supuesto, destaca VILLAR PALASÍ, no habría un derecho subjetivo de los particulares para exigir la llamada autorización ¹², con lo cual para prestar el servicio de taxis sería necesaria la obtención previa de un acto de la Administración de carácter constitutivo (en concreto, de una concesión), es decir, de un acto por el que la Administración otorgaría derechos nuevos a un particular que, de este modo, vería enriquecido su patrimonio jurídico ¹³. En efecto, una de las notas características del régimen de servicio público es que se haya declarado expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo, es decir, que se haya procedido a su *publicatio*. En tal supuesto, pues, estaríamos ante una actividad en la que el particular que pretendiese prestar el servicio público de taxis carecería del

¹⁰ Por consiguiente, escribe ENTRENA CUESTA, «en el caso del particular que presta un servicio de taxis la actividad continúa siendo privada, y, si bien es cierto que a través de la autorización se amplía la esfera jurídica del destinatario de la misma, ello se verifica mediante lo que la doctrina italiana ha denominado *remozione di limiti*, la remoción de los límites impuestos por razón de policía de los derechos que originariamente corresponden al titular», en R. ENTRENA CUESTA, «El servicio...», cit., p. 45.

¹¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, ed. Civitas, quinta ed., 1998, p. 133

¹² J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa...*, cit., p. 279.

¹³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 133.

derecho para realizar dicha actividad (siempre y cuando ésta hubiese sido asumida por el Estado), y ello le llevaría a la necesidad de obtención previa de un acto de la Administración mediante el cual ésta, en su caso, le otorgaría el derecho a realizar la prestación concreta, es decir, de una concesión.

Sin embargo, el caso objeto de este estudio no encaja perfectamente en ninguna de las dos alternativas expuestas. Efectivamente, el servicio de taxis (al igual que la enseñanza privada, la profesión farmacéutica, la banca o las centrales lecheras) no ha sido objeto de *publicatio*, lo que significa que, formalmente, no puede considerarse como servicio público y, en rigor, no puede existir concesión administrativa. Por otra parte, la actividad de prestación del servicio de taxis tampoco puede considerarse como una auténtica actividad privada, porque, como veremos más adelante, no existe un derecho subjetivo de los particulares a obtener la autorización administrativa (de carácter declarativo) que le permite prestar ese servicio.

II. LA NATURALEZA PÚBLICA DE LA ACTIVIDAD DEL SERVICIO DE TAXIS

1. La naturaleza pública de la actividad gestionada modula la organización y el contenido de la libertad de empresa

A) Repasando la jurisprudencia relativa al servicio de taxis observamos que no existe unanimidad en cuanto a la naturaleza pública o privada de dicho servicio. Así, por un lado, éste ha sido considerado como una actividad próxima al servicio público, siendo reiteradamente calificada como «servicio público impropio o virtual», «cuasi servicio público» o «servicio de interés público» (STS de 15 de diciembre de 1982 —Arz. 7972—; 22 de marzo de 1988 —Arz. 323—; 30 de octubre de 1987 —Arz. 9204—). Como dice esta última sentencia, recogiendo la doctrina de otras muchas,

«la industria del taxi viene siendo intervenida de modo tradicional por la Administración del Estado y la Local que condicionan su ejercicio mediante normas de obligado cumplimiento, habiendo dado lugar esta intervención administrativa a una importante polémica doctrinal decidida a favor del sector partidario de la intervención administrativa sobre estas actividades que, aunque permaneciendo en manos de los particulares, están destinadas al público, hasta el punto de haber llegado a denominarse servicios públicos impropios o virtuales; teniendo esta intervención administrativa claro amparo en el artículo 1.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y la adecuada cobertura legal, habiendo califi-

cado la jurisprudencia de este Tribunal esta actividad de autotaxis como “próxima a un servicio público propio y más allá de una mera cuestión de intervención” —Sentencia de 12 de noviembre de 1977—, denominándolas la de 21 de noviembre del mismo año “servicio de interés público” y la de 13 de diciembre del propio año “cuasi servicio público”, afirmando la de 30 de junio de 1979 que se trata de un servicio impropio o virtual, como en su día había ya declarado la de 14 de marzo de 1977».

Pero otras decisiones jurisprudenciales lo han calificado como una actividad más bien privada, y en este sentido se ha dicho que se trata de un «servicio privado de interés público» (STS de 20 de septiembre de 1983 —Arz. 4524—), una «actividad cuasi-privada» o una «actividad privada reglamentada administrativamente»:

«la relación entre el titular de la licencia y el Ayuntamiento es una relación de especial sujeción, y la exigencia de legalidad se entiende en estos casos cumplida en la forma en que aquí lo está. (...) un servicio municipal impropio como es el de autotaxi, dado que, aunque se trate por el contenido de una actividad cuasi-privada, no deja de estar reglamentada por razón del interés público en cuanto sometida a régimen de autorización (...)» (STS de 29 de septiembre de 1988 —Ar. 7280—).

«una actividad privada reglamentada administrativamente en razón al interés público concurrente, y los titulares de licencia de autotaxis, al solicitarla, aceptan el estatuto legal y reglamentario que regula la prestación del servicio» (Sentencia de 15 de julio de 1988 —Ar. 4386—).

A pesar de estas dos tendencias, lo cierto es que esta jurisprudencia (sobre todo, la más reciente) parece inclinarse decididamente por incluir el servicio de taxis en el ámbito de los servicios públicos, tal como señalan las Sentencias de 13 de noviembre de 1995 (Ar. 8597) y 10 de febrero de 1997 (Ar. 1407), que lo consideran como un «servicio impropio» cuya «prestación implica una relación de especial sujeción con la Administración»:

«La consideración del servicio de autotaxis como un servicio impropio y la estimación de que su prestación implica una relación de sujeción especial con la Administración permite una mayor amplitud en la regulación reglamentaria de un régimen de infracciones y sanciones previamente establecidas en la Ley, lo que no significa que en estos casos pueda por vía reglamentaria establecerse un cuadro de infracciones y sanciones distintos de los previstos en la Ley.»

A mi modo de ver, el servicio de taxis, aunque no ha sido declarado formalmente como servicio público, es en concreto una actividad pública, pero que es prestada, es decir, gestionada por particulares, en el sentido que se verá más adelante. Una de las consecuencias que se derivan de esta consideración es la existencia de algunas reglas restrictivas que rigen

su prestación, que hacen que no pueda ser considerado como una actividad puramente privada de libre ejercicio por los particulares, como la necesidad de licencia administrativa (art. 10 del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes de Vehículos Ligeros, aprobado por RD 763/1979, de 16 de marzo, modificado por el RD 236/1983, de 7 de febrero, y por el RD 1080/1989, de 1 de septiembre); el sistema altamente restringido de adjudicación de las licencias, con el criterio último del concurso libre (art. 12); la prohibición de transmitir las licencias, salvo excepciones (art. 14); la posibilidad de que la Administración fije imperativamente los lugares de «parada» de los vehículos» (art. 21); la fijación de las tarifas por la Administración (art. 22).

La Administración dispone en estos casos de importantes poderes de intervención: fijación de tarifas, horarios de actividad, condiciones de prestación del servicio, régimen sancionador¹⁴, tal como ha declarado expresamente el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 octubre de 1987 —Ar. 9204—):

«son los imperativos inherentes a la idea de servicio público los que impiden la prevalencia de la libre voluntad de sus titulares en su organización, aunque la misma no se desentienda tampoco de sus intereses; y es esta consideración de servicio público la que justifica que esta actividad, aunque en manos de los particulares, tenga que estar sometida a una reglamentación y a una organización supraordenada a la voluntad de quienes, desde su perspectiva personal, sólo ven en el servicio un instrumento de un negocio privado (...) pues el servicio de Transporte urbano denominado Servicio Público del Taxi debe regularse atendiendo al interés público de ese transporte con unos condicionamientos relativos a la prestación del servicio: horario, tarifas, recorridos, estacionamientos, tipos de vehículos y su conservación y distintivos y capacidad del conductor (...).»

Estos poderes de intervención, en alguna ocasión, y con notable impropiedad, han sido reconducidos por la jurisprudencia a la noción de policía general (Sentencia de 18 de marzo de 1988 —Ar. 2181—), toda vez que no se persigue sino proteger los derechos de los usuarios (Sentencia de 23 de abril de 1986 —Ar. 1764—); a su vez, esta jurisprudencia ha entendido, con patente confusión de conceptos, que el ejercicio de la actividad de policía genera *per se* relaciones especiales de sujeción, como ha sostenido en un caso el Tribunal Supremo en la desafortunada Sentencia de 6 de febrero de 1982 —Ar. 885—¹⁵. Sin embargo, adelantando conclusiones, y sin perjuicio de que más adelante se analizará con detenimiento tanto la naturaleza del título que habilita a los taxistas como el

¹⁴ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 240.

¹⁵ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 240.

tipo de relación que se da entre éstos y la Administración, podemos sostener que ni el título de intervención sobre los taxis parece que sea el de «policía general» —que es el que tiene la Administración sobre cualquier ciudadano *uti cives*¹⁶— ni la relación que se da entre la Administración y el taxista parece que pueda integrarse dentro del ámbito de las situaciones de supremacía especial.

Sentado todo lo anterior, y teniendo en cuenta las remisiones recién efectuadas, no es absurdo afirmar que estamos ante una actividad cercana al servicio público, y ello justifica las importantes potestades de intervención administrativa en la materia. En base a esa idea, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que la finalidad de la ordenación general del sector del taxi está animada por la tutela y respeto de los derechos del usuario (Sentencia de 7 de marzo de 1983 —Ar. 2894—), así como que resulta lícito el establecimiento de un turno rotatorio entre las distintas paradas existentes en el municipio (SSTS de 6 de mayo de 1985 —Arz. 4751— y de 7 julio de 1986 —Ar. 4194—), la imposición obligatoria de un día de descanso semanal (SSTS de 23 de abril de 1986 —Arz. 1764—, de 30 de octubre de 1987 —Arz. 9204— y de 16 de mayo de 1989 —Arz. 3722—) o el establecimiento de un sistema de turnos y horarios para la prestación del servicio, como ha estimado recientemente la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sentencia de 19 de enero de 1999 —Ar. 825—).

B) Pero una cosa es que se trate de una actividad pública o cercana al servicio público (y, por tanto, sometida a una intensa reglamentación y a una organización supraordenada) y otra, muy distinta, es que la misma sea prestada por particulares. En este caso, lo que sucede es que nos encontramos ante una actividad pública que es gestionada por un empresario privado (el taxista), es decir, ante una situación muy similar a la del concesionario de servicios públicos.

Esta disociación (actividad pública-gestión privada) es importante porque significa que si el taxista es un empresario privado es titular también del derecho subjetivo de la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española), del que no podrá ser desposeído por el simple dato de que gestione una actividad cercana al servicio público. Aquí, como vamos a ver,

¹⁶ Como dijo tempranamente GARCÍA DE ENTERRÍA, la potestad de policía no puede explicarse como una potestad de supremacía especial, actuante sobre situaciones de sujeción especial que legitimen poderes interventores más intensos; por el contrario, se trata de la potestad de supremacía general por excelencia, que opera no sobre situaciones relacionales previas, para matizarlas y concretarlas, sino sobre la situación abstracta del poder público y la libertad ciudadana, en «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», *REDA*, núm. 5 (1975), p. 212.

ocurre que la naturaleza pública de la actividad gestionada modula la organización y el contenido de la libertad de empresa, el cual nunca podrá llegar a ser ignorado ¹⁷, pero tampoco nunca podrá ser ejercido con absoluta libertad, es decir, sin intervenciones administrativas.

Efectivamente, este derecho, encuadrado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, reconoce el derecho a la libertad de empresa, pero dentro de unos límites: en el marco de la economía de mercado y de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación («Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»).

Establecido como punto de partida lo que acaba de recogerse, MARTÍN-RETORTILLO ha declarado que la libertad económica que establece el artículo 38 tiene la consideración de derecho público subjetivo, constitucionalmente sancionado y jurisdiccionalmente tutelable: es un derecho constitucionalmente garantizado; su violación puede dar lugar, por tanto, a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad; y su tutela, es institucionalmente análoga a la que ofrecen todos y cada uno de los derechos y libertades que se enuncian en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución ¹⁸.

En efecto, la más rigurosa y prudente interpretación obliga a entender que la libertad de empresa no es uno de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que tienen la tutela del recurso de amparo, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 46/1983, de 27 de mayo, y 118/1983, de 13 de diciembre), sino que se trata de un derecho que es tutelable ante los Tribunales por el procedimiento ordinario. Este derecho, como pone de relieve GIMENO FELIÚ, viene configurado en una doble vertiente, institucional y subjetiva: por un lado, se ha reconocido el carácter de garantía institucional del derecho a la libertad de empresa (STC 225/1993, de 8 de julio), por el que se garantiza el derecho objetivo a la libertad de empresa como regla para el mantenimiento del sistema de economía social de mercado, lo que significa que existe una seguridad de que el conjunto del sistema no excluirá por completo la iniciativa econó-

¹⁷ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 227 a 229.

¹⁸ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, ed. La Ley, 1988, p. 155 y 156.

mica, y que estaría constitucionalmente proscrita cualquier iniciativa que tendiera a eliminar los rasgos esenciales de economía social de mercado (vertiente institucional); y, por otro lado, se ha entendido que los particulares pueden oponer frente al legislador su derecho subjetivo a la libertad de empresa, siempre y cuando la medida de intervención estatal no esté amparada en la satisfacción del interés general, o dicha medida sea desproporcionada afectando al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa (garantía subjetiva) ¹⁹.

En resumen, no hay duda de que la libertad de empresa de la que hablamos constituye no sólo un principio de ordenación del sistema económico en su conjunto (libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado), sino también un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos y, en especial, de los agentes económicos, principio que viene a concretar en el ámbito económico el principio general de libertad del artículo 1.1 de la Constitución. Así entendido, este derecho consiste en iniciar y sostener de manera libre una actividad empresarial legítima (STC 83/1984, de 24 de julio).

Ahora bien, el derecho de la libertad de empresa, como recuerda el Tribunal Constitucional (Sentencia 227/1993, de 9 de julio), no es un derecho absoluto ni prevalente frente a otros derechos constitucionales:

«conviene recordar que la propia Constitución (...) la que condiciona el ejercicio de esa libertad a las “exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el Derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983)» ²⁰.

Esto significa que el reconocimiento que tiene la Constitución de la libertad de empresa es, como ya se notó, en razón de «las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación», y ello implica que la libertad, ciertamente, no puede ser eliminada por el legislador (art. 53.1 CE), pero éste puede configurarla de muy diverso modo en atención a aquellas exigencias con tal de guardar las debidas proporciones ²¹. Dicho

¹⁹ José María GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas», *RAP*, núm. 135 (1994), pp. 164 y 165.

²⁰ J. M. GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y derecho...», cit., p. 165.

²¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 134.

en otras palabras, el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, cuyo núcleo esencial resulta intangible, no excluye, sin embargo, su posible ordenación por parte de los Poderes Públicos ²², los cuales están habilitados o legitimados para llevar a cabo su modulación.

Por consiguiente, como destaca MARTÍN-RETORTILLO, el marco de la «economía de mercado», por un lado, y las «exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación», por otro, imponen de forma inequívoca una habilitación expresa para la actuación de los Poderes Públicos en la regulación del proceso económico, actuación que éstos generalmente realizan con un marcado carácter restrictivo ²³. Las consecuencias que se derivan directamente de dicha intervención administrativa en la ordenación y regulación de la libertad económica son las siguientes: el carácter restrictivo que deben tener todas las medidas limitativas de esa libertad; la exigencia de que dichas medidas sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar; y la sujeción de las mismas al principio de igualdad ²⁴.

Por lo pronto, parece indiscutible que en caso de duda respecto a la técnica de intervención concretamente utilizable habrá que optar por la que suponga una menor restricción de la libertad. Este postulado de la menor intervención administrativa posible (el llamado *favor libertatis* o *in dubio pro libertate* en la doctrina) ya estaba recogido en el artículo 6 del viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 ²⁵. Precisamente con referencia a la libertad de empresa, la STS de 28 de mayo de 1991 (Arz. 4350) ha señalado que este derecho «impone la exégesis restrictiva de cualquier limitación de la libre actividad empresarial y de las condiciones de su ejercicio». En esa misma línea, las SSTs de 21 de enero y 22 de junio de 1982 refieren igualmente esta exigencia de *favor libertatis* al derecho a la libertad de empresa ²⁶.

Tampoco parece discutible, por otra parte, que la elección de la técnica de intervención tiene que ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse ²⁷. Se trata de una exi-

²² S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 87.

²³ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 88 y 89.

²⁴ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 171.

²⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 114

²⁶ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 172.

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 114

gencia predicable de todas las medidas de intervención que puedan adoptar los Poderes públicos, y que obliga a que las mismas sean congruentes con los fines a lograr. Lo expresaba ya el artículo 6.1 del RSCL («El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen»). La proporcionalidad supone, así, una exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad que debe perseguir la técnica de intervención que se establezca y el diseño concreto de las facultades que la integren; es un principio que, como dice SANTAMARÍA PASTOR²⁸, veta la atribución de poderes materialmente innecesarios para lograr los fines concretos que persigue la intervención que se impone. A esta exigencia hace referencia la LRJAP en su artículo 53.2 a propósito del contenido de los actos administrativos («El contenido de los actos... será... adecuado a los fines de aquéllos»). Por lo demás, el requisito de la proporcionalidad ha sido reiteradamente requerido por el Tribunal Supremo en relación con toda la actividad limitativa de la Administración (SSTS de 9 de junio y 17 de octubre de 1978; de 26 de diciembre de 1984)²⁹.

Por último, debe observarse también el principio de igualdad o no discriminación entre todos los afectados en la ordenación de la libertad de empresa por parte de los Poderes Públicos. Se trata de un principio cuya aplicación al ámbito económico puede constituir el control último y más intenso de la actuación de los Poderes Públicos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha recogido la doctrina francesa relativa al *test de coherencia* que el principio de igualdad requiere (la discriminación surge de un término de comparación explícito, que es el que permite constatar que a situaciones comparables se da un tratamiento diferenciado y distinto). Un esquema como éste resulta para MARTÍN-RETORTILLO perfectamente válido para referir el principio de igualdad a la actuación de los Poderes Públicos en materia económica³⁰.

En síntesis, los Poderes Públicos están plenamente legitimados para llevar a cabo la modulación del derecho de libertad de empresa en la for-

²⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 258.

²⁹ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 172 y 173.

³⁰ Como pone de relieve S. MARTÍN-RETORTILLO, el punto de partida es que se conculca el principio de igualdad cuando la desigualdad está desprovista de justificación objetiva y razonable (STC 7/1982, de 26 de febrero y 9/1982, de 5 de mayo); y esta justificación falta cuando la desigualdad supone discriminación (SSTC 24/198, de 13 de mayo y 14 de julio); y la máxima discriminación se da cuando se establece una diferencia de trato (SSTC 22 y 34/1981, de 2 de julio, y de 10 de noviembre respectivamente, y 59/1982, de 28 de julio). A partir de estas consideraciones MARTÍN-RETORTILLO precisa que para la aplicación del principio de igualdad es obligado excluir como término de comparación toda referencia a situaciones que no sean plenamente ajustadas a derecho, en *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 173 a 176.

ma que acabamos de ver, es decir, pueden intervenir en la libertad de empresa con distinto grado de intensidad; y esta distinta intensidad de su respectiva incidencia en la libertad determina que su concreta elección por los Poderes Públicos no sea enteramente libre para éstos, que habrán de respetar los criterios inmanentes al sistema de libertades que la Constitución ha implantado ³¹ (teniendo en cuenta, pues, el carácter restrictivo que deben tener todas las medidas limitativas de esa libertad; la exigencia de que dichas medidas sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar; y la sujeción de las mismas al principio de igualdad).

C) Si aplicamos todo lo anterior al servicio de taxis, podemos afirmar lo siguiente:

— estamos ante una actividad pública (casi de servicio público) que está sometida a una intensa potestad de intervención administrativa y de organización por el hecho de su naturaleza pública (fijación de tarifas, horarios de actividad, condiciones de prestación del servicio, etc.);

— sin embargo, ninguno de estos poderes de intervención llega a acabar con el poder directivo de los empresarios (los taxistas son considerados empresarios) sobre su empresa, ya que al ser una actividad prestada por particulares significa que éstos gozan del derecho de libertad de empresa, del que no podrán ser desposeídos;

— los Poderes Públicos pueden modular el derecho de libertad de empresa, esto es, el derecho de ejercer la actividad libremente y sin condiciones, todavía más cuando se trata de una actividad de naturaleza pública; esta conceptualización supone ciertamente notables limitaciones al derecho a ejercer la actividad sin restricciones;

— en fin, la naturaleza pública de la actividad gestionada modula la organización y el contenido de la libertad de empresa, el cual nunca podrá llegar a ser ignorado, pero tampoco nunca podrá ser ejercido con absoluta libertad, es decir, sin intervenciones administrativas.

— el problema se plantea entonces en averiguar hasta dónde los Poderes Públicos pueden modular el derecho de libertad de empresa. La tensión entre libertad de empresa e intervención de los Poderes Públicos es una constante que necesita ser precisada en cada caso con la máxima objetividad.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de abordar en varias ocasiones el tema de la posible vulneración del principio de libertad de empresa

³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., pp. 113 y 114.

por parte de algunas de las medidas limitativas alcanzadas en el sector de taxis. Así, las Sentencias de 23 de abril de 1986 (Arz. 1764) y 30 de octubre de 1987 (Arz. 9204) consideran en concreto que no es contrario al mismo la imposición de un día de descanso semanal a los trabajadores de autotaxis:

«lo cierto y manifiesto es que la libertad de empresa aparece matizada por limitaciones o exigencias de la economía general y en este sentido no puede estimarse que la cuestión que aquí es objeto de debate, el día de descanso semanal, no puede entenderse que implique ese acto que afecte al principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución, por referirse el mismo a normativas más trascendentes para la vida de la comunidad que requiere normas especiales de defensa, cuyas disposiciones requieren ser reguladas por normas a escala jerárquica de ley formal, pero no cuando entran dentro de las facultades propias de la policía administrativa, dada su minúscula dimensión económica como sucede con la intervención de la Administración local y la estatal, al condicionarse su ejercicio con la norma de obligatorio cumplimiento de un día de descanso semanal en el Reglamento Nacional de Autotaxis de 1979 y el Municipal objeto de debate».

De la misma manera la STS de 16 de mayo de 1989 (Arz. 3722) considera también que la implantación de un día obligatorio de descanso semanal no vulnera la libertad de empresa, formulando una acertada doctrina:

«La afirmación de que con el descanso semanal impuesto por el Ayuntamiento de Oviedo... se está atentando contra el principio de libre empresa plasmado en el artículo 38 de la Constitución,... resulta aún más insostenible. Ciertamente la actividad del transporte de personas en vehículos automóviles mediante precio es una actividad empresarial, ya se realice autónomamente o por medio de conductores asalariados, pero la misma, al igual que todas las demás, no puede desarrollarse en un marco de plena libertad, manifestación que no contiene el precepto constitucional, que enmarca a la libertad de empresa en la economía de mercado al objeto único evidente de descartar una plena socialización y distribución, más sometiéndola a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, de conformidad con las cuales han de garantizar y proteger su ejercicio y defender la productividad los poderes públicos. Lo que así entendido no pugna en absoluto con la reglamentación del transporte por el Estado, las Comunidades Autónomas y los municipios, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico como servicio público que es, y que respecto de los últimos tiene su cobertura legal en las disposiciones legales hasta ahora examinadas.»

Y en un caso reciente la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sentencia de 19 de enero de 1999 —Ar. 825—), recogiendo la doctrina anterior del Tribunal Supremo, estima que establecer un sistema de turnos y horarios para la prestación del servicio de taxis tampoco conculca el derecho que analizamos, pues se trata de una medida razonable que pretende equilibrar la oferta y la demanda, mejorando la rentabilidad del servicio:

«... el artículo 52 del Reglamento impugnado establece que el servicio de taxi en Palma de Mallorca se desarrolla mediante turnos, pudiendo prestar el servicio únicamente durante el horario comprendido en dichos turnos. (...). En efecto, partiendo de la suficiencia del servicio (...) es razonable que se trate de salvaguardar la rentabilidad que presta cada titular de licencia mediante un mejor reparto del trabajo en época en la que la demanda descende apreciablemente, disponiendo todos, naturalmente, como así sucede en el caso, de las mismas oportunidades de trabajo. De igual modo, el elevado número de horas que trabaja cada vehículo, se tome el número que se tome, también es, cuando menos desde el aspecto que aquí se considera, razonable».

Por el contrario, en otras ocasiones en las que se exigía a los titulares de licencias de autotaxis la explotación personal del automóvil, el Tribunal ha declarado que se trata de una imposición contraria al artículo 38 CE, por considerar que el «Servicio Público del Taxi» debe regularse atendiendo al interés público de ese transporte con unos condicionamientos relativos a la prestación del servicio: horario, tarifas, etc., sin que tenga relación con ello la exigencia de una medida como la que se quiere imponer (Sentencias de 24 de diciembre de 1985 —Ar. 872—, de 30 octubre de 1987 —Ar. 9204—):

«... la exigencia de la conducción personal de un autotaxi por el titular de una licencia municipal aunque sea en forma compartida con conductores asalariados, infringe el principio de libertad de empresa consignado en el artículo 38 de la Constitución ...(.)... El Servicio de transporte urbano e interurbano denominado "Servicio Público del Taxi" debe regularse atendiendo al interés público de ese transporte con unos condicionamientos relativos a la prestación del servicio: horario, tarifas, recorridos, estacionamientos, tipos de vehículos y su conservación y distintivos y capacidad del conductor, etc., pero ello no legitima las restricciones del ejercicio de esa actividad por la empresa privada a la que se autoriza la prestación de este Servicio conculcando el principio de libertad de empresa a que se ha hecho mención; sin perjuicio además de que esta intervención en la empresa, en lo que no afecte al propio Servicio, no está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales al no atender a los fines que la legitiman, que son los de Servicio Público del "taxi"; sin que tengan relación con ese Servicio ni con las necesidades públicas que se atienden con el mismo: el transporte de viajeros, el que se preste, o no, por el titular de la licencia municipal es circunstancia ajena a las condiciones establecidas respecto a la capacidad de quien conduzca el vehículo».

2. El servicio de taxis es un servicio reservado a los entes locales

A) Los pilares sobre los que se levanta todo el modelo económico diseñado por la Constitución española son el artículo 38 (libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) y el 128.2 (iniciativa pública y reserva al sector público de recursos o servicios esenciales). Efectivamente, la Carta Magna toma como punto de partida el marco de una eco-

nomía de mercado en la que cabe tanto la iniciativa privada (libertad de empresa) como la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas; de modo que —escribe FERNÁNDEZ GONZÁLEZ— cualquier restricción a esta economía de mercado que pretenda llevar a cabo el sector público encuentra su legitimación constitucional en el párrafo 2 del artículo 128, al reconocer la posible reserva al sector público de recursos o servicios esenciales ³²:

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

Como pone de relieve GIMENO FELIÚ, la finalidad de este precepto no es otra sino la de admitir la posibilidad de que el sector público, cuando en base a razones de interés general considere oportuno, asuma con exclusividad una determinada actividad o servicio, sustrayendo así su gestión de las manos privadas; esto, añade, tanto se trate de una actividad o servicio que se plantee *ex novo*, como si con anterioridad tales actividades o servicios hubieran sido desempeñados o desarrollados por el sector privado ³³. En este precepto, pues, hallan cabida todas las posibles intervenciones públicas que quiebren el principio de libre mercado otorgando al sector público la titularidad sobre determinados servicios, y excluyendo en los ámbitos reservados a la iniciativa particular ³⁴.

Sin embargo, advierte GIMENO FELIÚ, estas reservas al sector público deberán tener un carácter excepcional por cuanto suponen una mutación de la estructura concebida sobre el poder económico (estructura de economía social de mercado en el que conviven, en régimen de igualdad, el sector público y el sector privado), debido al trasvase de recursos del sector privado al sector público. La posibilidad de reserva a este sector de determinada actividad, dice el autor, debe ser admitida, pero siempre que se justifique la necesidad de tal medida y no suponga, por su extensión, un vaciamiento del contenido esencial de la libertad de empresa; límite infranqueable ³⁵.

³² FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, ed. Civitas, 1995, p. 330.

³³ J. M. GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y derecho...», cit., p. 173.

³⁴ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 330.

³⁵ J. M. GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y derecho...», cit., p. 174. Por su parte, F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ señala que este efecto que produce la reserva, de hacer posible que la Administración titular de la actividad o servicio reservado excluya del mismo la libre iniciativa privada, supone una excepción, legítima y constitucionalmente admitida, del principio de libertad de empresa, lo cual nos ayuda a comprender la indudable relevancia de esta figura; en *La intervención del municipio...*, cit., p. 335.

B) La titularidad sobre determinadas actividades económicas en la esfera local se alcanza, ciertamente, en el caso de la reserva de actividades o servicios esenciales que se recoge en el artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (LBRL), precepto con el que se trata de trasladar al ámbito local la previsión del artículo 128.2 de la Constitución ³⁶. En efecto, dicho precepto de la LBRL dice textualmente:

«Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. 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 de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.»

A juicio de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la declaración de unas determinadas actividades y servicios como reservados a los Entes locales no implica una atribución de un determinado nivel de competencias a dichos Entes ³⁷, sino que supone atribuir la titularidad sobre los mismos a los Entes en favor de los cuales se lleva a cabo la reserva ³⁸; es decir, ésta constituye un título que legitima la intervención de los mismos en las actividades económicas, habilitando al Ente Local, frente a cualquier otro sujeto, para llevar a cabo la efectiva ejecución de estas actividades, incluso en régimen de monopolio, con exclusión de las iniciativas públicas o privadas concurrentes ³⁹. Este nuevo título habilitante o de legitimación (que es la reserva) —añade— permite al Ente Local titular de determinadas actividades y servicios quebrar el principio del libre mercado y excluir, en la medida que lo considere oportuno, la iniciativa privada respecto a esas actividades y servicios reservados a su favor ⁴⁰.

Para el citado autor, existen, pues, dos efectos esenciales de estas reservas a los Entes Locales: un efecto estable, consistente en la asunción

³⁶ Al respecto José Manuel DÍAZ LEMA dice que mediante la reserva del artículo 86.3, de conformidad con el artículo 128.2 de la Constitución, el Estado excluye la iniciativa privada (o libertad de empresa) de un determinado ámbito de actividad, que en principio le corresponde, en *Los monopolios locales*, ed. Montecorvo, 1994, p. 53.

³⁷ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 321.

³⁸ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 323.

³⁹ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 322.

⁴⁰ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 324.

por parte del sujeto público del derecho a la titularidad sobre la actividad objeto de reserva (asunción de titularidad por los Entes Locales del servicio reservado); y un efecto variable, que consiste en la exclusión o prohibición a la iniciativa privada de operar en dicho sector reservado ⁴¹.

C) Llegados a este punto, la cuestión que nos queda por resolver es si el servicio de taxis es efectivamente un «servicio reservado a los Entes Locales» y qué consecuencias tiene esta consideración para dicho servicio.

a) Si observamos el artículo 86.3 de la LBRL (transcrito más atrás) podemos advertir que una de las actividades o servicios esenciales que se reservan en favor de los Entes Locales es precisamente el «transporte público de viajeros»:

«Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: (...); *transporte público de viajeros* (...).»

Vemos de este modo cómo el «transporte público de viajeros» es así un servicio «reservado» a las Entidades Locales. Recordemos al respecto, que el servicio de taxi es un transporte por carretera de carácter público (art. 62.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres: «Son transportes públicos aquéllos que se llevan a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica»); y, además, que los transportes públicos de viajeros por carretera pueden ser regulares («los que se efectúan dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a calendarios y horarios prefijados»: art. 64.1) o discrecionales («los que se llevan a cabo sin sujeción, a itinerario, calendario ni horario preestablecido»: art. 64.1). De todo ello, podemos concluir que el servicio de taxi es un transporte público de viajeros, de carácter discrecional o no regular.

Si la anterior conclusión es correcta, ello nos lleva a conceptualizar el servicio de taxi como un servicio «reservado» a las Entidades Locales al ser uno de los tipos de transporte público de viajeros. En efecto, no sólo están incluidos en la «reserva» de que hablamos los transportes regulares de viajeros, sino también los no regulares o discrecionales, ya que —como se ha visto— el artículo 86.3 de la LBRL no diferencia entre unos y otros, sino que se refiere a todos ellos al utilizar la expresión global «transporte público de viajeros». Por tanto, todos ellos —incluido el de taxi— entran dentro de la reserva legal en favor de los Entes Locales.

⁴¹ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 331 y 345.

De todas las posibles Entidades Locales beneficiarias ⁴², existe una presunción de titularidad en favor del municipio por varios motivos: porque éste es el Ente local básico (art. 11.1 LBRL) y porque la lista de las actividades o servicios reservados en el artículo 86.3 LBRL reproduce en gran medida los servicios mínimos y obligatorios del artículo 26 de dicha Ley y las competencias del artículo 25.2 de la misma, es decir, son servicios respecto de los cuales a los municipios les corresponde asumir alguna competencia y, en algunos casos, se trata de auténticos servicios mínimos de prestación obligatoria ⁴³.

En concreto, el artículo 25.2 LBRL determina que el municipio ejercerá competencias, en los términos de la legislación sectorial (estatal o autonómica en su caso), en una serie de materias, entre las que figura el «transporte público de viajeros» (letra ll), que incluye, como se ha dicho, tanto el servicio de autobuses regular como el servicio de taxis; esto significa, inequívocamente, que el municipio tendrá algún tipo de intervención, que será definido por el legislador sectorial, para regular y ordenar el servicio que analizamos ⁴⁴. Sin embargo, el artículo 26 LBRL, al señalar cuáles son los servicios mínimos y obligatorios municipales, se limita por lo que aquí interesa al «transporte colectivo urbano de viajeros», lo que excluye necesariamente el servicio de taxis. En consecuencia, dicho servicio quedaría comprendido dentro de los casos en que coinciden competencias del artículo 25.2 LBRL y materias reservadas del artículo 86.3 LBRL, pero sin tratarse de servicios mínimos y obligatorios (no incluidos en el art. 26 LBRL) ⁴⁵. Por tanto se pone de manifiesto que aquí

⁴² Véase artículo 3 LBRL.

⁴³ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 346 y J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, cit., p. 51.

⁴⁴ Como refleja DÍAZ LEMA, el artículo 25 LBRL constituye el marco material de materias en el cual los municipios tendrán algún tipo de intervención, que será definido por la legislación sectorial. El grado o la importancia de dicha intervención corresponde al legislador sectorial, de acuerdo con los criterios del artículo 2.1 de la LBRL: las características de la actividad y la capacidad de gestión del ente local, en *Los monopolios...*, cit., p. 25.

⁴⁵ J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, cit., pp. 51 y 52. Este autor, una vez contrastado el artículo 86.3 con los artículos 25.2 y 26 de la LBRL, traza el siguiente cuadro de situaciones: primera, supuestos en que la misma actividad o servicio está comprendida en la enumeración de competencias (art. 25.2), de los servicios mínimos y obligatorios (art. 26) y finalmente de la reserva (art. 86.3): mercados, mataderos, recogida y tratamiento de residuos, suministro (o abastecimiento) de agua. Segunda situación: casos en que coinciden competencias del artículo 25.2 LBRL y materias reservadas del artículo 86.3 LBRL, pero no se trata de servicios mínimos y obligatorios (no incluidos en el art. 26 LBRL): transporte público de viajeros, depuración de aguas. Por último, tercera situación: casos de actividades reservadas que ni se encuentran en la enumeración de las competencias locales del artículo 25.2 ni en los servicios mínimos obligatorios del artículo 26: lonjas centrales, suministro de calefacción, aprovechamientos de residuos.

el legislador ha reservado un servicio (el del taxi) que es de competencia local ⁴⁶, pero que no ha sido declarado servicio público local, a diferencia de lo que ocurre en otros casos ⁴⁷, pero sin que ello signifique que el servicio de taxis no sea de interés local.

Sentado lo anterior, y partiendo de la tesis de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, se deduce que el servicio de taxis es un servicio reservado que no constituye servicio mínimo y obligatorio municipal, por lo que no será necesario que se preste conforme a las formas de gestión de servicios públicos (art. 85 LBRL): se trata de un servicio que puede ser prestado por particulares mediante la correspondiente autorización, a diferencia de los servicios públicos locales que han de ser prestados por el propio Ente Local, directa o indirectamente, de acuerdo con alguna de las formas de gestión prescritas en el citado artículo. Como veremos más adelante, todo ello se deriva del carácter que se confiere a la reserva del artículo 86.3 LBRL (reserva latente o de ejecución diferida) ⁴⁸.

Además, si atendemos a DÍAZ LEMA, que traza una distinción entre servicios municipales obligatorios y facultativos, resulta que el servicio de taxis es un servicio municipal facultativo, por estar incluido dentro del artículo 25 LBRL y no ser exigible en ningún caso a tenor del artículo 26 de la misma Ley; es decir, es un servicio de carácter legal, esto es, de competencias locales expresamente previstas en la Ley, que tiene carácter facultativo ⁴⁹.

Sea como sea, lo cierto es que el servicio de taxis es un servicio reservado en favor del municipio (art. 86.3 LBRL) y sobre el cual éste tiene asignada competencia para su regulación; es un servicio que, sin lugar a dudas, tiene un claro interés local, al margen de que el mismo se haya declarado o no como servicio público municipal, cuestión ésta que no es tan trascendental, pues, como dice T. R. FERNÁNDEZ, dicha calificación nunca ha supuesto la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos ⁵⁰.

⁴⁶ Para DÍAZ LEMA, las actividades o servicios reservados son fundamentalmente competencias locales, en *Los monopolios...*, cit., p. 52.

⁴⁷ Por ejemplo, los «transportes colectivos urbanos de viajeros» (art. 26 LBRL) que, además, a tenor del artículo 69.1 de la Ley 16/1987, de 20 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, «tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración...».

⁴⁸ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 365 a 367.

⁴⁹ J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios...*, cit., pp. 31, 60 y 61.

⁵⁰ T.-R. FERNÁNDEZ, «Del servicio público a la ...», cit., p. 60.

Todo ello nos sirve para poner de relieve que el servicio público es una noción de construcción fundamentalmente doctrinal ⁵¹, que no ha podido ser entendida en un sentido unívoco, dado que no ha habido nunca un criterio fijo, un patrón, ni mucho menos una regla, para determinar ni el *quid*, ni el *quando*, ni el *quomodo* en esta materia ⁵². Existen, por lo que aquí interesa, dos maneras de comprender esta noción: bien entendiendo que hay un acercamiento entre los conceptos de servicio público y titularidad pública, del que se extrae un concepto subjetivo de servicio público, en la línea apuntada por GARRIDO FALLA, bien entendiendo que, como ocurre en el ámbito local, la cualidad de servicio público no se pone en relación con la titularidad administrativa, sino con las materias de competencia local, es decir, son servicios públicos aquellas actividades que tiendan a conseguir fines de la competencia local (art. 85.1 LBRL); se pasa aquí a un concepto objetivo, al cual se ha referido GÓMEZ-FERRER MORANT ⁵³.

Partiendo, pues, de un concepto subjetivo de servicio público, la titularidad pública le vendría otorgada por la declaración de reserva (como se verá más adelante con más detenimiento), de modo que la reserva de un servicio convertiría a éste en servicio público de titularidad pública. Por el contrario, si nos referimos al servicio público en sentido objetivo, no todos los servicios reservados se convertirían en servicios públicos, si bien todos podrían llegar a serlo (para ello sería necesario la *publicatio*, es decir, una declaración de servicio público que se produciría cuando así lo declarase el municipio en virtud de su «potestad para constituir los servicios de su competencia» —art. 30 RSCL—, y que el municipio asumiese la gestión de la actividad reservada prestando *per se* el servicio conforme a alguna de las formas de gestión de los servicios públicos locales —art. 85 LBRL—) ⁵⁴.

b) Retomando el hilo del discurso, y una vez aclarado que el servicio de taxis es un servicio reservado al municipio (lo que no significa que sea

⁵¹ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y...*, cit., pp. 113 a 115. Como dice el autor, entre nuestros administrativistas han existido dos maneras de entender la noción de servicio público: bien considerando que se trata de una actividad o prestación cuya titularidad pertenece de modo exclusivo a la Administración (J. L. VILLAR PALASI) o bien estimando innecesaria dicha exclusividad, de modo que se aceptaría la posibilidad de servicios públicos atribuidos a la exclusiva titularidad de la Administración, pero admite también como posible que, en algunos casos, los particulares desarrollen las mismas actividades (GARRIDO FALLA).

⁵² T.-R. FERNÁNDEZ, «Del servicio público a la...», cit., p. 61.

⁵³ Este autor es citado por F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ en *La intervención del municipio...*, cit., p. 356.

⁵⁴ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 363, 367 y 368.

forzosamente un servicio público municipal, ya que ello depende del concepto que se tome en consideración), veamos en concreto cuáles son los efectos que se derivan de la declaración de reserva que realiza el artículo 86.3 LBRL en relación con dicho servicio que, como se ha demostrado, está incluido en el «transporte público de viajeros». El primer efecto que produce esta declaración es, como se notó, la atribución de la titularidad de dicho servicio en favor del municipio beneficiario de la reserva. Merced a ello, éste se convierte en el titular de la actividad reservada, lo cual significa que el municipio asciende el último peldaño de la escala de intervencionismo en esta actividad económica: ya no sólo tendrá capacidad para participar en la misma como empresario privado en concurrencia con los particulares, ni siquiera se queda en calidad de ente competente para regular o planificar ese sector, sino que, como muestra de este *dominus* alcanzado (titular de la actividad) y en la medida que lo considere oportuno, el municipio titular podrá prohibir a los particulares acceder o mantener su condición de empresarios en el ámbito de la actividad reservada, es decir, podrá excluir a la iniciativa particular (éste sería el efecto variable) ⁵⁵. Sin embargo, debe remarcar que la reserva no producirá directamente esta exclusión, sino que únicamente legitimará al municipio para que pueda realizarla. En definitiva, la titularidad supone atribuir al municipio beneficiario de la reserva el título que le permite (no impone) intervenir más intensamente ⁵⁶ en el sector del taxi.

Como se ve, el único efecto estable que produce la reserva es la atribución de titularidad de la actividad reservada en favor del municipio, sin que esto signifique *per se* de ninguna manera, como destaca FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la asunción de titularidad sobre aquellas empresas que operaban en el sector reservado, pues ello requeriría forzosamente una expropiación de las citadas empresas ⁵⁷. Efectivamente —añade—, donde opera un cambio de titularidad es en lo referente a la actividad, que pasa a manos del sector público, pero no a la empresa, que sigue siendo privada. Es decir, tal como ya notamos más atrás, en el servicio de taxis la actividad es pública, pero la organización (la empresa) sigue siendo privada. Es cierto que la reserva permite realizar la asunción de titularidad pública sobre las empresas que desarrollan su actividad en el sector reservado, pero como veremos a continuación, este no es un efecto directo, sino que en este caso depende de la decisión municipal ⁵⁸.

⁵⁵ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 332.

⁵⁶ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 346.

⁵⁷ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 333.

⁵⁸ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 334 y 347.

En cualquier caso, podemos notar que esta atribución de titularidad pública que produce la reserva en la actividad reservada es una técnica que se asemeja mucho a la de la *publicatio* (declaración formal de servicio público) hasta el punto que algunos autores afirman que en el fondo se trata de lo mismo. En definitiva, lo que ocurre es que la actividad reservada o publicada pasa a manos del sector público, es decir, se produce una atribución de titularidad exclusiva en favor de alguna de las Administraciones Públicas, y esto es lo que importa, al margen de la denominación que reciba. En efecto, como advierte ARIÑO ORTIZ, las reservas al sector público no siempre implican transferencia de bienes, pero suponen siempre la *publicatio*, esto es, la estatalización, la publicación del recurso o de la actividad: si es un recurso, se declara dominio público; si es una actividad, se declara servicio público ⁵⁹.

En cuanto al segundo efecto que puede producir la reserva (el llamado efecto variable, que permite la exclusión de la iniciativa privada en la actividad reservada pudiéndose incluso llegar a supuestos de monopolio público en la gestión de la actividad) ⁶⁰, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ precisa que en el caso de las reservas del artículo 86.3 LBRL (que es la que nos interesa) la situación es algo diferente ⁶¹. Estas reservas, que reciben la denominación de reservas latentes o de ejecución diferida, se caracterizan por el hecho de que la posible exclusión de la iniciativa privada en el sector reservado queda en manos de los titulares de la actividad, es decir, del municipio, a diferencia de lo que ocurre cuando se reservan recursos o servicios esenciales en favor del Estado donde es la propia Ley de reserva la que establece el grado de exclusión de la iniciativa privada ⁶². Dicho en otras palabras, la reserva no produce inmediatamente esta exclusión de la que hablamos, quedando ésta diferida al momento en que la Administración titular lo considere oportuno: las reservas del artículo 86.3 LBRL (latentes o de ejecución diferida) únicamente implican titularidad de la actividad, pero no exclusión de la iniciativa privada, pues ello sólo se producirá cuando se realice la efectiva ejecución en régimen de monopolio, siendo necesario en este caso la aprobación del Pleno de la Corporación además de la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86.2 y 3 LBRL) ⁶³.

⁵⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., p. 347.

⁶⁰ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 334 a 339.

⁶¹ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 347.

⁶² F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 347.

⁶³ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 367 y 368.

Como podemos observar, la posición del municipio como titular de la actividad es trascendental, pues le permite decidir hasta dónde considera oportuno excluir la iniciativa privada en el sector reservado ⁶⁴. Aquí se abre al municipio una amplia gama de posibilidades, que van desde la prestación de los servicios en régimen de libre concurrencia hasta la efectiva ejecución de los mismos en régimen de monopolio por el municipio, pasando por formas de gestión que limiten la libre concurrencia, entre las que destaca que la actividad pueda ser prestada por los particulares a través de autorizaciones administrativas ⁶⁵, como ocurre en el caso del servicio del taxi.

Efectivamente, en dicho servicio lo que sucede es que el sujeto público titular de la actividad (el municipio) permite la entrada de particulares a través del título habilitante correspondiente (la autorización), quedando excluido, en todo caso, la libertad de mercado para la prestación de la actividad objeto de reserva ⁶⁶. En consecuencia, en el servicio de taxis lo que queda excluido es tanto la libertad de iniciar libremente esa actividad (necesidad de autorización administrativa) como la libertad de prestarla sin intervenciones administrativas (intensas potestades de intervención administrativa y de organización del servicio: fijación de tarifas, horarios de actividad, condiciones de prestación del servicio, etc., que vimos más atrás). Así lo ha entendido recientemente la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en un caso en el que se discute el establecimiento de un sistema de turnos y horarios por parte de una Ordenanza municipal (Sentencia de 19 de enero de 1999 —Ar. 825—, citada más atrás):

«La reserva al municipio del servicio de taxi comporta, con independencia de que su gestión no sea municipal, la atribución a aquél de la titularidad de dicho servicio, por lo que no sólo es que su inicio quede sujeto a la previa obtención de licencia sino que, en lo que aquí importa, también permite que el municipio implante limitaciones en la manera de prestación del servicio. Por consiguiente, el servicio de taxi, como actividad de interés público reservada al municipio, puede verse afectado —en la iniciación porque requiere licencia, sin que exista un derecho subjetivo del particular a obtenerla, pero también en su funcionamiento— por limitaciones que difieran de las que atañen a toda actividad empresarial privada que no afecte al interés público.»

En resumen, pues, podemos destacar las siguientes ideas:

⁶⁴ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 348.

⁶⁵ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., pp. 348, 349, 368.

⁶⁶ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio...*, cit., p. 336.

— no estamos ante actividad privada, sino ante una actividad reservada a los Entes Locales (en concreto, a los municipios), reserva que supone la atribución de la titularidad del servicio al municipio correspondiente (efecto estable de la reserva), lo cual significa que éste asciende el último peldaño de la escala de intervencionismo en esta actividad económica;

— como muestra de este *dominus* alcanzado (titular de la actividad), y en la medida que lo considere oportuno, el municipio titular podrá prohibir a los particulares acceder o mantener su condición de empresarios en el ámbito de la actividad reservada, es decir, podrá excluir a la iniciativa particular (éste sería el efecto variable de la reserva);

— pero el único efecto estable que produce esta reserva latente o de ejecución diferida es la atribución de titularidad de la actividad reservada en favor del municipio, sin que esto signifique *per se* la asunción de titularidad sobre aquellas empresas que operaban en el sector reservado. Es decir, en el servicio de taxis la actividad es pública, pero la organización (la empresa) sigue siendo privada: la atribución de titularidad no supone directamente gestión pública;

— en consecuencia, al ser una actividad prestada o gestionada por los particulares (taxistas) significa que éstos gozan del derecho de libertad de empresa, del que no podrán ser desposeídos;

— no obstante lo anterior, el municipio titular de la actividad reservada puede modular el derecho de libertad de empresa, es decir, el derecho de ejercer la actividad libremente y sin condiciones; en consecuencia, el municipio puede introducir restricciones tanto a la libertad de iniciar libremente esa actividad (autorización) como a la libertad de prestarla sin intervenciones administrativas (intensas potestades de intervención y de organización del servicio).

III. LA SITUACIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA AUTORIZACIÓN (DEL TAXISTA)

A) Como ya se ha notado anteriormente, el servicio de taxis (al igual que la enseñanza privada, la profesión farmacéutica, la banca o las centrales lecheras) no ha sido objeto de *publicatio*, lo que significa que, en rigor, no puede existir concesión administrativa. Sin embargo, para prestar el servicio que analizamos no basta una simple autorización de policía, entendida como control negativo del ejercicio de derechos, esto es, como una

«mera remoción de límites» o «declaración de licitud»⁶⁷, sino que aquí es necesario una autorización de las llamadas «de funcionamiento», «operativas», «funcionales», «constitutivas de relaciones jurídicas permanentes entre la Administración y los particulares»⁶⁸, también conocidas como «autorizaciones constitutivas de situaciones jurídico-seccionales»⁶⁹.

La mejor doctrina ha puesto de relieve el proceso de debilitación o crisis del concepto de autorización como propia del orden público, en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadana (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ)⁷⁰. En concreto, a juicio de MARTÍN-RETORTILLO, configurar la autorización como elemento exclusivo de la función de policía, es decir, «como simple condición previa para un determinado comportamiento del particular, frente al que la Administración adoptaba una conducta casi meramente pasiva, removiéndose en un acto de escasa potencialidad los obstáculos iniciales», es «un concepto en general pobre de la autorización»; ésta —añade— puede rebasar, y de hecho así ocurre, el campo estricto de la policía administrativa⁷¹. Siguiendo con esta idea, los citados autores destacan que desde el momento en que las autorizaciones han traspasado el ámbito propio del orden público para entrar en el complejo campo de las actividades económicas, el papel de la autorización «no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o, al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables»⁷². Surgen así lo que se ha llamado autorizaciones con funcionalidad operativa⁷³.

Estas autorizaciones de funcionamiento, constitutivas u operativas constituyen una categoría intermedia entre la autorización simple (mera declaración de licitud para actividades en las que no hay *publicatio* y en las que el particular ostenta un derecho subjetivo a su obtención debido a que éste es titular del derecho que se ejerce) y la concesión (otorgamiento

⁶⁷ Expresión acuñada por J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa...*, cit., p. 310.

⁶⁸ Expresión formulada por FRANCHINI.

⁶⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., p. 507.

⁷⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 134.

⁷¹ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Acción administrativa...», cit., p. 152.

⁷² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 134.

⁷³ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Acción administrativa...», cit., p. 153.

de derechos nuevos para actividades en las que sí hay *publicatio* y, por lo tanto, el particular carece de dicho derecho). En efecto, las mencionadas autorizaciones «crean una vinculación y sujeción específica, permanente y constitutiva en el *intus gestionis* de la actividad autorizada»⁷⁴, lo que implica que éstas, en cuanto título de constitución de un *status* complejo, adquieren «un relieve organizativo, hasta situarse en las mismas fronteras que separan el *genus* autorizatorio del esquema concesional propiamente dicho»⁷⁵. Se produce así un acercamiento de este tipo de autorizaciones a las concesiones⁷⁶, y ello las convierte en autorizaciones administrativas de carácter constitutivo (no declarativo, no mera remoción de límites, no simple declaración de licitud), frente a las cuales no hay un derecho subjetivo de los particulares a su obtención⁷⁷.

Las autorizaciones de funcionamiento —escriben GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ— responden con carácter general al esquema de los actos-condición (concepto derivado de la construcción de la Escuela de Burdeos, principalmente de Léon DUGUIT). El acto administrativo que opera como acto-condición (en este caso, la autorización de funcionamiento) «es un título jurídico que coloca al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria, cuyo contenido (...) hay que referir en cada momento a la normativa en vigor». La autorización de funcionamiento es así «un título de constitución de un *status* complejo»⁷⁸.

Precisamente ENTRENA CUESTA consideró que la autorización que faculta para prestar el servicio de taxis es un acto-condición que coloca a los sujetos a los que se otorga en una situación legal o reglamentaria, es

⁷⁴ J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa...*, cit., p. 311.

⁷⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., p. 140.

⁷⁶ Para Santiago MUÑOZ MACHADO, que también trata la distinción entre concesiones y autorizaciones, «no resulta fácil distinguir el régimen de estas autorizaciones (llamadas operativas porque la Administración se mantiene vigilante durante todo el tiempo que dura la actividad autorizada), de los principios clásicos de las concesiones, en *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*, ed. Civitas, 1998, p. 310.

⁷⁷ Para R. PARADA es muy difícil distinguir las autorizaciones que en estos casos legitiman la actividad privada respecto de la concesión de servicio público; a su entender, la distinción entre la autorización y la concesión resulta evidente cuando no hay limitación en el número de autorizaciones (ejercicio de la actividad hospitalaria o de enseñanza), pero no cuando las autorizaciones son objetivamente limitadas por la reglamentación correspondiente (farmacias) o por criterios de estricta oportunidad (taxis, bancos), en *Derecho Administrativo...*, cit., p. 498.

⁷⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de...*, cit., pp. 36 y 139 a 140.

decir, en el ámbito de una situación jurídica general o, dicho de otra forma, en el sí de un ordenamiento jurídico seccional (GIANNINI)⁷⁹; los titulares de la autorización son, en este sentido, sujetos de dicho ordenamiento por el hecho de desarrollar una actividad determinada (el servicio de taxis)⁸⁰. Esto ha sido confirmado por el Tribunal Supremo que ha reiterado en varias ocasiones que este servicio es:

«una actividad privada reglamentada administrativamente en razón al interés público concurrente, y los titulares de licencia de autotaxis, al solicitarla, aceptan el estatuto legal y reglamentario que regula la prestación del servicio» (Sentencias de 15 de julio de 1988 —Ar. 4386— y 29 de septiembre de 1988 —Ar. 7280—).

B) Autores como ENTRENA CUESTA, GARCÍA MACHO y LÓPEZ BENÍTEZ han puesto de relieve que el beneficiario del acto-condición (el titular de la autorización) «queda situado en la esfera de una relación de general sujeción»⁸¹, y no en la de una relación de especial sujeción, tal como afirmó en su momento FRANCHINI (a diferencia de lo mantenido por ENTRENA CUESTA)⁸² y ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina en numerosas ocasiones⁸³, como veremos.

Efectivamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha incluido varias veces el servicio de taxis en una relación de especial sujeción con el fundamento de que se trata de un servicio público. Los pronunciamientos jurisprudenciales entronizan así el sector del taxi en el peligroso terreno de estas relaciones con la finalidad de relajar las exigencias del principio de legalidad —particularmente en materia de sanciones— y para justificar la falta de aplicación del principio *non bis in idem* o la legitimidad del reglamento independiente⁸⁴. Como dicen las Sentencias de 15 de julio de 1988 (Ar. 4386) y de 29 de septiembre de 1988 (Ar. 7280):

⁷⁹ Al respecto, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO señala que el «acto autorizatorio en estos casos no se estructura atendiendo la relación clásica entre titularidad de un derecho y posibilidad de su ejercicio. Por el contrario, guarda una marcada relación con los actos de habilitación de clara naturaleza organizativa, en cuanto supone el acceso del sujeto autorizado a un determinado ordenamiento seccional; esa autorización suministra a su titular en estos casos el auténtico *fiat* creador para el desempeño de una determinada actividad económica que, si no, no puede llevar a cabo, en *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, ed. La Ley, 1988, p. 193.

⁸⁰ R. ENTRENA CUESTA, «El servicio...», cit., pp. 52 y 53.

⁸¹ Ricardo GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, ed. Tecnos, 1992, pp. 213 a 214.

⁸² R. ENTRENA CUESTA, «El servicio...», cit., pp. 51 y 52.

⁸³ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 236.

⁸⁴ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 241; R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de...*, cit., pp. 212 a 214.

«la relación entre el titular de la licencia y el Ayuntamiento es una relación de especial sujeción, y la exigencia de legalidad se entiende en estos casos cumplida en la forma en que aquí lo está. (...) un servicio municipal impropio como es el de autotaxi, dado que aunque se trate por el contenido de una actividad cuasi-privada, no deja de estar reglamentada por razón del interés público en cuanto sometida a régimen de autorización (...).»

O como estima la Sentencia de 2 de abril de 1991 (Ar. 2862), recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional ⁸⁵:

«La reserva de ley pierde aquí parte de su fundamentación material por cuanto aquellas relaciones son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación perfectamente distinta del *ius puniendi*, y predomina la garantía de seguridad jurídica de que el administrado sujeto especialmente (como lo es el funcionario público, el interno de un centro penitenciario o el contratista de obras públicas), disponga de un catálogo de infracciones y sanciones a que atenerse. Basta con ello con que exista una base o habilitación con rango de Ley para sancionar, y no se precisa (...) que, además, esta Ley tenga contenido material propio (...) la organización de los servicios públicos cae de lleno en el campo de las relaciones de sometimiento especial del administrado, en este caso el titular de una licencia de auto-taxi (...) y es por ello que el principio de legalidad invocado se satisface con las invocaciones normativas a preceptos como el contenido en el artículo 21 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/85 de 2 de abril (...) y en tales disposiciones legales se contempla la posibilidad de que se establezcan sanciones por la infracción de bandos, ordenanzas y reglamentos.»

Afortunadamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha modificado últimamente sus planteamientos sobre las relaciones de especial sujeción, vinculándose más adecuadamente a la Constitución, y, en este sentido, éstos han dado un giro importante, sobre todo, a partir de la Sentencia Constitucional 61/1990, de 29 de marzo (en este caso, frente a la revocación de una licencia para el ejercicio de la pro-

⁸⁵ Sobre esta doctrina, véase Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, ed. Civitas, 1994, pp. 251 a 254. Como señala el autor, el Tribunal Constitucional se ha definido en torno a la incidencia de las relaciones de sujeción especial en el principio de legalidad. La primera vez lo hace en la STC 2/87, de 21 de enero, dictada como consecuencia de un recurso planteado en una de las relaciones de especial sujeción clásica (los internos en prisión). El recurso se plantea al considerar que las sanciones establecidas en el Reglamento Penitenciario han sido objeto de una remisión no acorde con el principio de legalidad en materia sancionadora. Ante esta pretensión, la sentencia señala que «el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución». Al respecto, I. LASAGABASTER HERRARTE critica que se haya sustentado la reducción del alcance del principio de legalidad en un concepto tan tenue, diciendo a continuación que si la Ley Orgánica Penitenciaria establece una tipificación de sanciones que se remite a una norma reglamentaria, parece que sería necesario justificar la remisión en concreto realizada, sin resolverla mediante una argumentación tan general. Véase también R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de...*, cit., pp. 245 y 246.

fesión de detective privado con la cobertura normativa de una Orden Ministerial, el Tribunal Constitucional, admitiendo que se trata de una relación de especial sujeción, dispone que una Orden sin cobertura legal mínima no es admisible ni aun en el caso de una relación de este tipo, puesto que se están restringiendo derechos fundamentales)⁸⁶. Así, en dos casos más recientes relativos al servicio de taxis, el Tribunal Supremo ha estimado que si bien el servicio de taxis sigue enmarcado dentro de las relaciones de especial sujeción, ya no puede una Ordenanza Municipal ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador:

«La consideración del servicio de autotaxis como un servicio impropio y la estimación de que su prestación implica una relación de sujeción especial con la Administración permite una mayor amplitud en la regulación reglamentaria de un régimen de infracciones y sanciones previamente establecidas en la Ley, lo que no significa que en estos casos pueda por vía reglamentaria establecerse un cuadro de infracciones y sanciones distintos de los previstos en la Ley» (Sentencias de 13 de noviembre de 1995 —Ar. 8597—, y 10 de febrero de 1997 —Ar. 1407—).

A la vista de lo que se acaba de exponer, es preciso poner de relieve que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera, efectivamente, que el servicio de taxis queda situado en la esfera de una relación de especial sujeción, por tratarse de un servicio público —aunque sea calificado de impropio—; y que la inclusión de este colectivo en dicho ámbito permite, en consecuencia, una mayor amplitud en la regulación reglamentaria, siempre y cuando, y en virtud de la última jurisprudencia, aquélla se ciña a lo previsto expresamente en la Ley.

C) Por otro lado, la jurisprudencia ha declarado expresamente, y en numerosas ocasiones, que el concesionario de servicio público está inmerso también en una relación de especial sujeción con la Administración (Sentencias de 21 de diciembre de 1987 —Ar. 9138—, 5 de febrero de 1988 —Ar. 178— o 13 de febrero de 1988 —Ar. 885—, entre otras). Para LÓPEZ BENÍTEZ (que ha realizado un estudio completo de las relaciones de especial sujeción⁸⁷), la inclusión del concesionario en una relación de este tipo implica una situación un tanto sorprendente, que es la incorporación efectiva y duradera del titular de la concesión a la organización administrativa para el desempeño de las funciones que tiene asignadas. Sin embargo, como bien explica el autor, una situación como

⁸⁶ R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de...*, cit., pp. 230 a 234.

⁸⁷ Sobre el tema, hay que resaltar también el trabajo de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *RAP*, núm. 34 (1961), donde se plantea una reflexión interesante sobre dichas relaciones especiales.

ésta no es en absoluto posible por una razón fundamental, que es la relativa a la cualidad básica de empresario que tiene el concesionario ⁸⁸.

Como es sabido, los postulados básicos a los que conduce la *publicatio* de una actividad es que ésta queda asumida por el Estado (se declara formalmente como servicio público), con la consecuencia de que en lo sucesivo es una actividad vedada a los particulares, que sólo podrán realizarla en el caso de que obtengan una concesión administrativa, precisamente por la Administración titular del servicio público (sistema de gestión indirecta) ⁸⁹. El otorgamiento de la concesión —escribe LÓPEZ BENÍTEZ— no se traducirá en una pérdida para la Administración de los poderes internos de dirección, modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aun sobre la propia organización misma que la realiza ⁹⁰, ahora bien —añade—, ello no puede dejar en el olvido la cualidad de empresario del concesionario, cualidad que siempre se toma en consideración en todas las formas de gestión indirecta de los servicios públicos y, muy especialmente, en la concesión ⁹¹.

El citado autor finalmente concluye que si el concesionario es un empresario (también así lo ha estimado la jurisprudencia del Tribunal Supremo), es decir, aquella «persona física o jurídica que se encuentra al frente de una empresa, adoptando las decisiones económicas concernientes a la organización en cuestión y beneficiándose, o padeciendo, en su propio peculio las consecuencias positivas o negativas derivadas de la explotación empresarial» (GARRIGUES), ello significa que es titular de su empresa, sin que en ningún momento lleguen a confundirse empresario y empresa. En consecuencia —escribe—, la calificación del concesionario como empresario implica que éste no se integra en la organización administrativa, porque, como empresario que es, cuenta con su propia organización —con su empresa— y organiza el trabajo de un conjunto de personas y predispone los medios apropiados a la finalidad de producir aquellos bienes o servicios que se demandan; por tanto, el concesionario no

⁸⁸ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 222 a 225.

⁸⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., p. 497.

⁹⁰ Como apunta G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., p. 496, la actividad de servicio público, frente a la acción de policía o de fomento, en que la Administración queda siempre fuera de la gestión, es una actividad de prestación, en la que la Administración asume directamente, por organización propia o por delegación (concesionario) la prestación: la Administración es primariamente responsable (aun en el caso de gestión por concesión). Al respecto, R. PARADA dice que mediante la concesión administrativa se permite organizar y dirigir los servicios sin gestionarlos, en *Derecho Administrativo...*, cit., p. 482.

⁹¹ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 225.

queda vinculado con la Administración por una relación de especial sujeción, no se integra en la organización administrativa ⁹², sino que más propiamente lo que hace es suplantar a ésta para gestionar una actividad previamente publicada. En otras palabras —remata el LÓPEZ BENÍTEZ—, en los servicios públicos concedidos (gestión indirecta por concesión), la organización es privada (el concesionario es un empresario privado que organiza su empresa) pero la actividad es pública (porque se trata de una actividad que ha sido declarada formalmente servicio público, se ha producido la *publicatio* de la misma) ⁹³.

D) Si los concesionarios de servicios públicos no quedan integrados en la organización administrativa (como ha demostrado LÓPEZ BENÍTEZ), con mayor razón habrá de ser también así, a juicio de este autor, con los titulares de las autorizaciones destinadas a prestar esos servicios públicos denominados impropios, como el caso del servicio de taxis, toda vez que en estos casos el despegue de la actividad respecto al Estado es más acentuado (como es sabido, estas actividades se caracterizan porque no se ha producido la *publicatio*, es decir, no han sido asumidas por el Estado), al igual que el perfil empresarial de quienes ejercen estas actividades (como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, por todas, Sentencia de 30 de octubre de 1987 —Ar. 9204—) ⁹⁴.

IV. CONCLUSIÓN

Para terminar, podemos concluir que el servicio de taxis aunque no ha sido objeto de *publicatio* (por lo tanto, formalmente, no es servicio público), no puede considerarse como una auténtica actividad privada. Es, en mi opinión, una actividad pública (casi de servicio público), y como con-

⁹² Al respecto, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR escribe que se ha producido una peligrosa tendencia a ampliar insensiblemente el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, llegando a preconizarse que dicha relación existiría siempre que se produjera una conexión entre la Administración y un ciudadano que no fuera predicable de la totalidad de éstos: una conexión consistente, por ejemplo, en un vínculo contractual o en el sometimiento a una determinada autorización administrativa. Para dicho autor tal extensión es inadmisibles, por cuanto llevaría a una inversión absurda de los términos de la clasificación: como todos los ciudadanos sufrimos algún tipo de vínculo o conexión especial con la Administración en alguna de nuestras actividades personales (como profesionales, como conductores...) resultaría que las reglas de sujeción especial constituirían la regla general, y la relación general, la excepción. El concepto, pues, debe reconducirse para ser aplicado exclusivamente a la situación de todas aquellas personas que, de modo transitorio o permanente, se insertan en la organización administrativa, en *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 792.

⁹³ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 225 y 226.

⁹⁴ M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 235.

secuencia de ello la Administración ha establecido algunas reglas restrictivas que rigen su prestación: fijación de tarifas, horarios de actividad, condiciones de prestación del servicio, establecimiento de turnos, etc.

Uno de los mayores argumentos que sirven para reforzar esta idea (es decir, la naturaleza pública de la actividad en cuestión) es que se trata de un servicio que ha sido formalmente reservado a los municipios (art. 86.3 LBRL), reserva que supone la atribución de la titularidad del servicio al municipio correspondiente (efecto estable de la reserva), lo cual significa que éste asciende el último peldaño de la escala de intervencionismo en esta actividad económica. Para algunos autores, con esta declaración de reserva se produce, incluso, la *publicatio* de la actividad (concepto subjetivo de servicio público a partir del cual la reserva de un servicio convierte a éste en servicio público de titularidad pública). Aquí debemos resaltar la importancia de esta declaración de reserva, pues no todos los servicios llamados servicios públicos impropios, virtuales o de interés público han sido objeto de reserva (no lo han sido ni la enseñanza privada ni la banca ni la profesión farmacéutica).

Como muestra de este *dominus* alcanzado (titular de la actividad), y en la medida que lo considere oportuno, el municipio titular podrá prohibir a los particulares acceder o mantener su condición de empresarios en el ámbito de la actividad reservada, es decir, podrá excluir a la iniciativa particular (éste sería el efecto variable de la reserva); pero el único efecto estable que produce esta reserva, llamada latente o de ejecución diferida, es la atribución de titularidad de la actividad reservada en favor del municipio, sin que esto signifique *per se* la asunción de titularidad sobre aquellas empresas que operaban en el sector reservado. Es decir, en el servicio de taxis la actividad es pública, pero la organización (la empresa) sigue siendo privada: la atribución de titularidad no supone directamente gestión pública. El empresario, pues, no se integra en la organización administrativa y, por lo tanto, no queda inmerso en una relación de especial sujeción; más propiamente, lo que hace el titular de la autorización para prestar el servicio de taxis es suplantar a la organización administrativa con su propia empresa; esto significa entonces que la organización o gestión del servicio de taxis es privada, no pública.

Al ser una actividad prestada o gestionada por los particulares (taxistas), éstos gozan del derecho de libertad de empresa, del que no podrán ser desposeídos. Sin embargo, el municipio titular de la actividad reservada puede modular el derecho de libertad de empresa, es decir, el derecho de ejercer la actividad libremente y sin condiciones; en consecuencia,

el municipio puede introducir restricciones tanto a la libertad de iniciar libremente esa actividad (autorización) como a la libertad de prestarla sin intervenciones administrativas (intensas potestades de intervención y de organización del servicio).

Esta autorización a la que hacemos referencia es una autorización de las llamadas «de funcionamiento», es decir, un acto que crea una vinculación y sujeción específica, permanente y constitutiva en el *intus gestionis* de la actividad autorizada; es, en otras palabras, una autorización administrativa de carácter constitutivo (no declarativo, no mera remoción de límites, no simple declaración de licitud) frente a la cual no hay un derecho subjetivo de los particulares a su obtención.

En fin, la titularidad pública de la actividad reservada modula la organización y el contenido de la libertad de empresa, el cual nunca podrá llegar a ser ignorado, pero tampoco nunca podrá ser ejercido con absoluta libertad, es decir, sin intervenciones administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Ed. Comares, Granada, 1999.

DÍAZ LEMA, José Manuel, *Los monopolios locales*, ed. Montecorvo, 1994.

ENTRENA CUESTA, Rafael, «El servicio de taxis», *RAP* núm. 27 (1958).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier, *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, ed. Civitas, 1995.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *RAP*, núm. 150 (1999).

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *RAP*, núm. 34 (1961).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», *REDA*, núm. 5 (1975).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, ed. Civitas, quinta ed., 1998.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, ed. Tecnos, 1992.
- GIMENO FELIÚ, José María, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas», *RAP*, núm. 135 (1994).
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «El régimen general de los centros privados de enseñanza», *RAP*, núm. 70 (1973).
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, ed. Civitas, 1994.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ed. Civitas, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, «Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias», *RAP*, núm. 24 (1957).
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, ed. La Ley, 1988.
- MEILÁN GIL, José Luis, «El régimen jurídico de las centrales lecheras», *RAP*, núm. 72 (1973).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*, ed. Civitas, 1998.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I*, Parte General, ed. Marcial Pons, 1998.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- VILLALBA PÉREZ, Francisca, *La profesión farmacéutica*, ed. Marcial Pons, 1996.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964.