

INFORME DE 27 DE MARZO DE 2019 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA A LA EXIGENCIA REGLAMENTARIA DE ANTIGÜEDAD DE LOS VEHÍCULOS DEDICADOS AL TRANSPORTE PÚBLICO DE MERCANCÍAS (UM/027/19).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

En fechas 18 y 19 de marzo de 2019 tuvieron entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) tres escritos de reclamación al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), dirigidos contra las previsiones del Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, en materia de antigüedad de los vehículos dedicados a la actividad de transporte público de mercancías por carretera en vehículo pesado¹.

El contenido de dichas reclamaciones, coincidente en esencia, puede resumirse en que el artículo 2, apartado veintidós, del citado Real Decreto 70/2019, por el que se modifica el artículo 44.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, exige un requisito de 5 meses de antigüedad al vehículo, a efectos de la obtención de la autorización de transporte público, que se considera innecesario y desproporcionado, además de constituir un condicionante de naturaleza económica.

Tras decretar una ampliación de plazo, por correo de 19 de marzo de 2019, la SECUM dio traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

Las siguientes consideraciones distinguen, 1) el régimen jurídico del transporte terrestre; y 2) el análisis de la reclamación desde el punto de vista de la unidad de mercado.

II.1) Régimen jurídico del transporte pesado de mercancías

El artículo 149.1.21^a de la Constitución Española reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia del transporte terrestre que transcurra por el

¹ Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y otras normas reglamentarias en materia de formación de los conductores de los vehículos de transporte por carretera, de documentos de control en relación con los transportes por carretera, de transporte sanitario por carretera, de transporte de mercancías peligrosas y del Comité Nacional del Transporte por Carretera.

territorio de más de una Comunidad Autónoma². En vista de que la reclamación se refiere a un real decreto, a dicho ámbito presta atención este informe³.

En ejecución de ese título competencial se dictó la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, desarrollada por el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, y cuya última redacción procede del Real Decreto 70/2019, norma objeto de este informe.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), debe atenderse al Reglamento (CE) nº 1071/2009, a tenor del cual los requisitos para ejercer la profesión de transportista por carretera se limitan a tener un establecimiento en un Estado miembro, gozar de honorabilidad, poseer la capacidad financiera apropiada y tener la competencia profesional requerida. Por lo que se refiere a los medios materiales para llevar a cabo la actividad, el artículo 5 se limita a la exigencia de que se disponga de uno o más vehículos “matriculados o puestos en circulación” con arreglo a la legislación del Estado miembro correspondiente⁴. El requisito de capacidad financiera se limita a garantizar que la empresa podrá hacer frente a sus obligaciones⁵. El Reglamento de la UE no establece requisitos en materia de antigüedad de los vehículos.

En el orden interno, los requisitos para la obtención de autorización de transporte figuran tanto en la Ley 16/1987 como en el ROTT.

El artículo 42 de la Ley 16/1987 exige estar en posesión de una autorización para el ejercicio de la actividad de transporte público. Y el art. 43.1.d) exige disponer de uno o más vehículos, según se determine reglamentariamente, en atención a principios de proporcionalidad y no discriminación:

Disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir

² Y ello sin perjuicio de la delegación de facultades a las comunidades autónomas en materia autorizaciones sujetas a normativa estatal, según prevé la Ley Orgánica 5/1987, cuyo art. 5 señala: “Respecto a los servicios de transporte público discrecional de [...] mercancías, prestados al amparo de autorizaciones cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, se delegan en la Comunidad Autónoma que resulte competente con arreglo a las normas que se establecen en el artículo siguiente las siguientes funciones: a) El otorgamiento de autorizaciones para la prestación de dichos servicios”.

³ El art. 148.1.5ª de la Constitución asigna a las comunidades autónomas el transporte intracomunitario, es decir, que no salga del ámbito territorial de una comunidad autónoma.

⁴ Artículo 5.b): “[...] una vez concedida la autorización, disponer de uno o más vehículos, matriculados o puestos en circulación de otra manera con arreglo a la legislación de ese Estado miembro, ya sea en plena propiedad, ya en virtud de otro título, por ejemplo un contrato de compraventa a plazos, un contrato de arrendamiento o un contrato de arrendamiento financiero (leasing)”.

⁵ Así, artículo 7.1: “A fin de cumplir el requisito establecido en el artículo 3, apartado 1, letra c), una empresa deberá ser capaz de hacer frente permanentemente a sus obligaciones financieras a lo largo del ejercicio contable anual. A tal efecto, la empresa demostrará que, sobre la base de sus cuentas anuales aprobadas por un auditor o una persona debidamente acreditada, dispone, cada año, de capital y reservas por un importe total mínimo de 9000 EUR cuando se utilice un solo vehículo y de 5000 EUR por cada vehículo adicional utilizado”.

las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de proporcionalidad y no discriminación.

El ROTT se refiere a las condiciones de carácter personal para el ejercicio de la actividad de transporte por carretera en los artículos 33 y ss. Dichos requisitos son los de capacidad profesional, capacidad técnica y honorabilidad. En la redacción dada por el Real Decreto 70/2019, el artículo 44.2 incluye el requisito de antigüedad de los vehículos, objeto de reclamación:

2. Quien pretenda obtener una autorización de transporte público de mercancías nueva deberá acreditar que dispone, en los términos previstos en el artículo 38⁶, al menos de un vehículo que, en el momento de solicitar la autorización, no podrá superar la antigüedad de cinco meses, contados desde su primera matriculación.

La adscripción de nuevos vehículos a una autorización de transporte público de mercancías ya existente, así como la sustitución de alguno de los que ya se encontraban adscritos, deberá ser autorizada por el órgano competente mediante su anotación registral. El otorgamiento de dicha autorización estará condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) El nuevo vehículo deberá cumplir las condiciones señaladas en el artículo 38.
- b) La capacidad financiera de la empresa deberá ser suficiente en relación con el número de vehículos resultante de la nueva adscripción.
- c) La antigüedad media de la flota adscrita a la autorización después de la incorporación del nuevo vehículo o la sustitución de uno de los que se encontraban adscritos, no podrá superar la que dicha flota tenía antes de la nueva adscripción o sustitución.

No se tendrá en cuenta lo dispuesto en la letra c) cuando los nuevos vehículos que se pretenden adscribir a la autorización sean todos los que hasta ese momento se hallaban adscritos a otra autorización de transporte público a la que su titular renuncie simultáneamente.

Así pues, en lo que interesa a este informe, el ejercicio de la actividad de transportista por cuenta propia, singularmente en el caso del transporte pesado, se vería obstaculizado por la exigencia normativa de que el acceso a la actividad exige disponer de un vehículo que no tenga una antigüedad superior a cinco meses desde su primera matriculación en el momento de la solicitud.

⁶ Art. 38, cit.: “1. Las autorizaciones de transporte habilitan para realizar transporte exclusivamente con los vehículos que se les hayan vinculado mediante la inscripción de su matrícula en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte”.

2. A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.1.d) de la LOTT, habrá de resultar acreditado que los vehículos con capacidad de tracción propia que se vayan a utilizar para realizar transporte al amparo de la autorización se encuentran matriculados en España y su titular dispone de ellos en propiedad, arrendamiento financiero o arrendamiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 de la LOTT.

En la comprobación del cumplimiento de este requisito, el órgano competente deberá atenderse exclusivamente a los datos obrantes en los registros de la Jefatura Central de Tráfico.

Cuando el titular de la autorización pretenda adscribir a esta un vehículo del que disponga en arrendamiento ordinario, deberá acreditar documentalmente la existencia del oportuno contrato con una empresa arrendadora.”

II.2) Examen de la reclamación a tenor de la LGUM

1) Necesidad y proporcionalidad en el ámbito autorizatorio

El artículo 5 de la LGUM establece el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, con carácter general:

Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Las aludidas razones imperiosas de interés general son las incluidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009⁷.

Además de necesarias, las medidas que limiten las actividades económicas deben ser idóneas, es decir, adecuadas al motivo u objeto de protección. La idoneidad o adecuación de una medida al objetivo de interés general pretendido exige que la medida persiga el objetivo invocado de forma coherente y sistemática (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 11 de junio de 2015, *Berlington Hungary*, C-98/14, apartado 64; y de 23 de diciembre de 2015, *Gebhart Hiebler*, C-239/14, apartado 65)⁸. Asimismo, las medidas deben ser las menos restrictivas posibles, al no existir otras que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa para los operadores económicos.

Para el concreto ámbito autorizatorio, objeto de este informe, la regulación del principio de necesidad y proporcionalidad figura en el artículo 17 LGUM, dedicado a los títulos habilitantes para el acceso a una actividad. A tenor de dicho artículo, en esencia, las razones imperiosas de interés general que permiten considerar necesario y proporcionado un régimen autorizatorio se reducen a las de seguridad, salud y orden públicos, así como la protección del medio ambiente:

⁷ Dichas razones son las siguientes: «*el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*».

⁸Esta última STJUE señaló que «*una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática*».

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

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

A ello debe añadirse la exigencia del artículo 9.b) LGUM consistente en que, no solo el régimen de acceso a la actividad mediante autorización, sino también los concretos requisitos que se exijan en dicho régimen autorizador, deban ser conformes con los principios de la LGUM, incluyendo el de necesidad y proporcionalidad, citado:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior: [...]

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

En este caso, el requisito de antigüedad de cinco meses del vehículo para obtención de la autorización no es necesario ni proporcionado, al no ser adecuado ni el menos restrictivo posible. Además, puede constituir un requisito de naturaleza económica, según se razona a continuación.

2) Falta de adecuación del requisito considerado

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 3 de abril de 2014 (C-428/12) declaró el incumplimiento de España en la regulación de la obtención de autorización de transporte privado complementario de mercancías por carretera, al imponer el artículo 31 de la Orden FOM/734/2007 la exigencia de que el primer

vehículo de la flota no tuviese una antigüedad de más de cinco meses (caso idéntico al aquí considerado) desde su primera matriculación⁹.

En dicho asunto, España justificó el requisito de antigüedad, fundamentalmente, en razones de seguridad vial y de protección del medio ambiente, además de en la mayor solvencia de las empresas autorizadas¹⁰. En este caso, el preámbulo del Real Decreto 70/2019 no proporciona explicación alguna sobre las razones por las que se establece el requisito en cuestión. En vista de que es idéntico al que fue objeto de la STJUE, cabe presumir que las razones sean las mismas.

El TJUE rechazó las explicaciones del Reino de España porque no se había justificado la adecuación de la medida para la consecución de los objetivos pretendidos en materia de seguridad vial o medio ambiente¹¹:

36. Pese a que, según jurisprudencia reiterada, un obstáculo a la libre circulación de mercancías puede estar justificado por exigencias imperativas relativas a la mejora de la seguridad vial o a la protección del medio ambiente (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Snellers, C-314/98, EU:C:2000:557, apartado 55), resulta obligado observar, en primer lugar, que el Reino de España no demuestra concretamente que el requisito establecido en la disposición controvertida relativo a la antigüedad máxima del primer vehículo de la flota sea adecuado para garantizar la consecución de tales objetivos.

En particular, no se había justificado que la antigüedad de cinco meses fuese determinante en cuanto a la aptitud para circular o al nivel de emisiones:

37. En efecto, el Reino de España no ha probado en absoluto que la antigüedad de cinco meses de un vehículo desde su primera matriculación sea determinante desde el punto de vista de la aptitud técnica para circular o del nivel de emisiones contaminantes provocadas por dicho vehículo.

También se rechazaron los motivos sobre la supuesta mayor “solvencia de la empresa”, pues ello no constituye una razón imperiosa de interés general:

⁹ Dicho artículo 31 de la Orden FOM/734/2007, en su redacción anterior, señalaba: “1. Quien pretenda obtener una autorización de transporte privado complementario nueva deberá acreditar, junto al cumplimiento del resto de los requisitos señalados en el artículo 30, que dispone, al menos, de un vehículo en alguna de las modalidades previstas en el artículo 5.2 cuya antigüedad no sea superior a cinco meses contados desde su primera matriculación”.

¹⁰ Apartado 35: “En el caso de autos, el Reino de España sostiene que es preciso reducir la antigüedad media de la flota de vehículos destinados al transporte privado complementario por razones de seguridad vial y de protección del medio ambiente. Además, dicho Estado miembro invoca otros intereses específicos del sector en el que se desarrolla la actividad de transporte privado complementario”. Apartado 21, “Por otra parte, según dicho Estado miembro, el requisito en cuestión es indicativo de una mayor solvencia de la empresa y fomenta una mejor explotación de los vehículos para el transporte privado complementario de mercancías”.

¹¹ La sentencia también señaló que la medida considerada tenía un efecto equivalente a una restricción cuantitativa de las importaciones entre Estados miembros contraria al art. 34 TFUE (apartado 29): “[...] una medida, aun cuando no tenga por objeto ni como efecto tratar menos favorablemente a productos procedentes de otros Estados miembros, está incluida en el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en el sentido del artículo 34 TFUE si obstaculiza el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos originarios de otros Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Italia, C-110/05, EU:C:2009:66, apartado 37)”.

40. Por lo que respecta, en segundo lugar, a las demás justificaciones invocadas por el Reino de España, que se enuncian en el apartado 21 de la presente sentencia, como la indicación de una mayor solvencia de la empresa o incluso el fomento de una mejor explotación de los vehículos para el transporte privado complementario de mercancías, no constituyen ni razones de interés general en el sentido del artículo 36 TFUE ni exigencias imperativas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En sentido similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018 (recurso 438/2017), descartó que motivos asociados al mayor tamaño o solvencia de la empresa, que pueden tener la virtualidad de excluir a pequeños empresarios (se trataba en ese caso de un requisito de flota mínima a la actividad de VTC), puedan constituir razones imperiosas de interés general a considerar en el ámbito autorizatorio¹².

Aunque la STJUE se refiriese al transporte privado complementario, el Consejo de Estado ha considerado tales consideraciones extensibles al transporte de mercancías. Así lo manifestó en el Dictamen al proyecto de orden que modificó la Orden FOM/734/2007 [Orden FOM/1996/2014], entre otros motivos, para suprimir el requisito de antigüedad que había declarado inaplicable el TJUE¹³:

La regulación prevista en el artículo único para la obtención de las autorizaciones de transporte público de mercancías contempla que los vehículos afectos a la actividad no superen una determinada antigüedad -que se determina de forma indirecta al referirse unas veces al vehículo más moderno, a la antigüedad del vehículo sustituido, etc.-. Estas previsiones tienen por objeto mantener las actuales exigencias y requisitos. No han sido objeto de declaración de incompatibilidad con el ordenamiento comunitario por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2014. El pronunciamiento jurisdiccional ciñe su ámbito al transporte privado complementario. Ahora bien, las mismas razones contenidas en dicha sentencia para declarar que la exigencia del requisito de antigüedad de los vehículos para desarrollar la actividad de transporte privado complementario es incompatible con el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea son predicables también respecto de las autorizaciones para transporte público de mercancías. Por consiguiente, la nueva regulación que se haga de éstas debe tomar en consideración esta circunstancia¹⁴.

¹² FJ 9º: “*Tampoco resultan convincentes las razones ofrecidas en la memoria de impacto normativo, pues no se alcanza bien a comprender por qué exigir un tamaño mínimo a las empresas que se dediquen a la actividad supone una mejor protección de los derechos de los usuarios o incrementa la seguridad de las transacciones financieras, ni por qué se iba a producir necesariamente una constante aparición y desaparición de microempresas (como se afirma que ocurriría) y por qué, de producirse tal circunstancia (que sucede en muchos sectores económicos), se oscurecería la seguridad jurídica y económica en las relaciones comerciales, como también se asegura [...]. De lo anterior se concluye que la exigencia de una flota mínima de siete vehículos constituye una limitación a la actividad de VTC que excluye a pequeños empresarios del ejercicio de la misma y que carece, sin embargo, de una razón de interés general o de necesidad que la justifique*”.

¹³ Dictamen 782/2014, sobre el *Proyecto de orden por la que se modifica la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo de 2007, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera* (28 de julio de 2014).

¹⁴ El mismo dictamen hizo hincapié en la necesidad de que la regulación de las autorizaciones de transporte tenga en cuenta lo previsto en la LGUM: “*b) La regulación proyectada, por otra parte, ignora completamente la incidencia de la Ley 20/2013, de 4 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado en el ámbito de los transportes terrestres y, en*



En definitiva, aunque el TJUE ha declarado inaplicable un plazo idéntico al previsto por el Real Decreto 70/2019, lo cual debería tomarse en consideración a efectos del transporte público de mercancías según el Consejo de Estado, la autoridad competente no ha justificado en modo alguno la adecuación de la medida adoptada a la protección de unos supuestos intereses que no ha hecho explícitos.

3) En particular, falta de coherencia de la medida normativa

Según lo señalado, la jurisprudencia del TJUE exige que una medida normativa que imponga limitaciones al acceso a una actividad pretenda el logro de los intereses a salvaguardar de manera coherente y sistemática¹⁵. Dicho de otro modo, una medida como la considerada, que limita el acceso a una actividad para el logro de determinados intereses generales (cabe pensar que vinculados a la seguridad vial y al medio ambiente), deberá hacerlo de manera coherente y sistemática.

Las previsiones del nuevo artículo 44.2 del Reglamento de la LOTT en materia de antigüedad son incoherentes. Dicho artículo dispone que, quien pretenda obtener una autorización de transporte público de mercancías nueva, deberá acreditar que dispone de un vehículo que, en el momento de solicitar la autorización, no podrá superar la antigüedad de cinco meses, contados desde su primera matriculación. Sin embargo, en caso de incorporación de nuevos vehículos o sustitución de uno de los adscritos, no se exige tal antigüedad. Dicho nuevo vehículo incorporado o que sustituya a otro anterior podrá tener más de cinco meses con tal de que se mantenga la antigüedad media de la flota adscrita a la autorización. Cuando se sustituya una autorización por otra, tampoco rigen las exigencias de antigüedad de cinco meses:

c) La antigüedad media de la flota adscrita a la autorización después de la incorporación del nuevo vehículo o la sustitución de uno de los que se encontraban adscritos, no podrá superar la que dicha flota tenía antes de la nueva adscripción o sustitución.

No se tendrá en cuenta lo dispuesto en la letra c) cuando los nuevos vehículos que se pretenden adscribir a la autorización sean todos los que hasta ese momento se hallaban adscritos a otra autorización de transporte público a la que su titular renuncie simultáneamente.

concreto, no tiene en cuenta las derogaciones que la aprobación de esta norma ha producido en la Ley 16/1987, de 30 de julio. En virtud de sus previsiones y, en especial, de lo dispuesto en sus artículos 17 y 18, el acceso al ejercicio de las actividades económicas es libre, sólo puede limitarse conforme a lo establecido en la regulación de la Unión Europea y en los tratados o convenios internacionales y únicamente puede exigirse autorización administrativa para su ejercicio cuando concurren los criterios de necesidad y proporcionalidad -en la forma establecida en los propios artículos citados-. El Consejo de Estado considera que la regulación proyectada tiene que valorar y tener en cuenta la incidencia de la mentada Ley 20/2013, de 4 de diciembre, pues no cabe regular el régimen de autorizaciones del transporte público de mercancías como si esta norma legal no estuviere vigente”.

¹⁵ Citadas Sentencia de 11 de junio de 2015, Berlington Hungary, C-98/14, apartado 64; y de 23 de diciembre de 2015, Gebhart Hiebler, C-239/14, apartado 65.

La anterior redacción de la Orden FOM/743/2007 contenía una previsión similar que también fue objeto de la citada Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2014, pues cabía añadir otros vehículos a la flota sin respetar el requisito de antigüedad de cinco meses¹⁶. El TJUE consideró que ello determinaba la falta de coherencia de la regulación establecida:

38. Además, en el caso de autos, el Reino de España no demuestra que la normativa controvertida, que permite añadir nuevos vehículos a la flota sin restricciones en cuanto a su antigüedad, su estado técnico o su seguridad, siempre que la antigüedad media de la misma no supere los seis años, responda verdaderamente al interés de alcanzar los objetivos perseguidos de forma coherente y sistemática.

Otra incoherencia del régimen autorizador en materia de transporte público de mercancías consiste en que la antigüedad exigida para el transporte público de viajeros en autobús (2 años) es superior a la de dicho transporte de mercancías (5 meses). Así resulta del artículo 44.1:

Quien pretenda obtener una autorización de transporte público de viajeros en autobús nueva deberá acreditar que dispone, en los términos previstos en el artículo 38, al menos de un vehículo que, en el momento de solicitar la autorización, no podrá superar la antigüedad de dos años, contados desde su primera matriculación.

Si el objetivo pretendido al establecer una antigüedad de cinco meses fuese la seguridad pública, la medida sería, como poco, desproporcionada. Sin perjuicio de ello, es, sin duda, incoherente. Así lo ha entendido el Consejo de Estado en su Dictamen al Real Decreto 70/2019, en su fase de proyecto, incidiendo asimismo dicho Dictamen en la incoherencia de que en supuestos de transmisión de autorizaciones se pueda operar con vehículos de cualquier antigüedad¹⁷:

A falta de conocimiento de las razones justificativas que la amparan -toda vez que no constan en el expediente, como ha señalado el Ministerio de Economía-, la regulación proyectada no deja de suscitar algunas perplejidades: que la antigüedad máxima de los vehículos para operar el sector de viajeros sea superior -dos años- a la de mercancías en el caso de nuevas autorizaciones -cinco meses-; que, en los casos de transmisión de autorizaciones, se pueda operar con vehículos de cualquier antigüedad; y, en fin, que, en casos de

¹⁶ En particular cabía adscribir nuevos vehículos a la autorización siempre que no se superase una antigüedad media de seis años (artículo 32, en su redacción anterior: “Las nuevas copias solicitadas únicamente se expedirán cuando la antigüedad media de la flota ya adscrita a la autorización más los nuevos vehículos que se pretenden adscribir no supere los seis años, o, en caso contrario, que cada uno de los nuevos vehículos no supere los cinco meses de antigüedad”).

¹⁷ Dictamen 857/2018, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y otras normas reglamentarias en materia de autorizaciones de transporte por carretera, de formación de los conductores de los vehículos de transporte por carretera, de documentos de control en relación con los transportes por carretera, de transporte sanitario por carretera, de transporte de mercancías peligrosas y del Comité Nacional del Transporte por Carretera (24 de enero de 2019).

aumento de vehículos, los nuevos no puedan tener una antigüedad superior a la del último incorporado a la empresa.

El Consejo de Estado no alcanza a vislumbrar un principio rector y ordenador en la nueva regulación, que no guarda el principio de proporcionalidad al establecer las diferentes exigencias.

En definitiva, el régimen normativo del Real Decreto 70/2019 es inadecuado para la protección de supuestos intereses generales debido a las incoherencias en que incurre. Así, si bien exige disponer de un vehículo de menos de 5 meses para acceder a la actividad, permite incorporar vehículos a la flota sin dicha antigüedad y exime del requisito de antigüedad de 5 meses los casos de transmisión de autorizaciones. Además, determina la antigüedad máxima de los vehículos a efectos de la obtención de la autorización en términos más exigentes que para el transporte de viajeros en autobús.

4) Falta de proporcionalidad del requisito de antigüedad

Según lo indicado, el Reglamento (CE) nº 1071/2009 no contiene requisito alguno de antigüedad de los vehículos a efectos del acceso a la actividad de transporte público de mercancías. Como también se dijo, no solo la LGUM, sino también la propia Ley 16/1987, exigen la proporcionalidad de los requisitos que se impongan en sede reglamentaria a los vehículos afectos a autorizaciones de transporte¹⁸. A pesar de lo anterior, el Real Decreto 70/2019 ha fijado la antigüedad máxima del vehículo, a efectos de acceso a la actividad, en 5 meses desde su primera matriculación. Ello resulta claramente desproporcionado.

En particular, el requisito exigido no es el menos restrictivo posible. Sería más proporcionado someter los vehículos a las pertinentes pruebas técnicas. Así lo declaró la citada Sentencia del TJCE en el asunto C-428/12, al señalar que España no había demostrado que la superación de pruebas técnicas no fuese un medio igualmente eficaz a los fines propuestos:

39. Por otra parte, debe ponerse de relieve, como hace la Comisión, que el Reino de España tampoco demuestra que los objetivos perseguidos no puedan garantizarse de forma igualmente eficaz con medidas menos restrictivas, como el reconocimiento de las pruebas expedidas en otro Estado miembro que acrediten que el vehículo ha superado con éxito una inspección técnica.

También el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha rechazado la posibilidad de denegar autorizaciones de transporte en aplicación del requisito de antigüedad de cinco meses¹⁹. La sentencia del TSJ de la

¹⁸ Artículo 43.1.d): “Disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de proporcionalidad y no discriminación”.

¹⁹ El Tribunal se pronunció sobre dicho requisito en los términos en que venía establecido en el citado artículo 31.1 de la Orden FOM/734/2007 (hoy sustituido por el artículo 44.2 del Real Decreto 70/2019).

Comunidad Valenciana de 27 de junio de 2018 (recurso 42/2017) confirmó la sentencia estimatoria del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 9 de Valencia, por la que se declaró el derecho a la obtención de la oportuna autorización de transporte, señalando expresamente, con relación al requisito de antigüedad, que la autorización debería concederse “*siempre que los vehículos estén en condiciones legales de circular*”.

En definitiva, el requisito de antigüedad de cinco meses del vehículo a efectos de la obtención de una autorización de transporte público de mercancías debe considerarse desproporcionado. Según lo comentado, su desproporción salta a la vista, desde la perspectiva de la seguridad vial, si se compara con la antigüedad de dos años del vehículo exigido para el acceso a la actividad de transporte público de viajeros en autobús. Por otro lado, la autoridad competente no ha demostrado que se trate de la medida menos restrictiva posible, y en particular no ha razonado por qué no bastaría a los efectos de salvaguardar determinados intereses, particularmente en materia de seguridad vial, la superación de pruebas técnicas.

5) Prohibición de requisitos de naturaleza económica

Si los intereses generales a salvaguardar por la medida considerada fuesen los de seguridad vial o medio ambiente, la autoridad competente no habría acreditado su adecuación a tales objetivos. De otro lado, el Real Decreto 70/2019 contiene una regulación incoherente, y con ello inadecuada para el logro de tales supuestos objetivos. Además, la medida es manifiestamente desproporcionada, según lo ya indicado.

Lo anterior lleva a pensar que lo pretendido por la autoridad competente sea garantizar la solvencia de las empresas que accedan a la actividad de transporte público de mercancías. Con ello se estaría imponiendo un requisito de estructuración o de planificación económica del sector. La exigencia de mayor capacidad económica excluiría de manera injustificada a operadores de menor potencia económica.

Si así fuese, se trataría de un requisito contrario al artículo 18.2.g) LGUM, el cual prohíbe “*Requisitos de naturaleza económica [...] en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) [...] del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*”. El citado artículo 10.e) dispone:

En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: [...]

e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente

o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.

Ello conecta con la doctrina del Tribunal Supremo en la citada sentencia de 4 de abril de 2018 (recurso 438/2017), a tenor de la cual no resulta justificada una medida cuyo propósito sea excluir a pequeños empresarios²⁰.

En definitiva, si el requisito de antigüedad obedeciese al propósito de excluir a operadores de menor tamaño, ello constituiría una razón de planificación económica o de estructuración del sector que no puede emplearse en el otorgamiento de títulos habilitantes, a tenor del artículo 18.2.g) de la LGUM.

III. CONCLUSIÓN

1. La exigencia de una antigüedad máxima de cinco meses del vehículo desde su primera matriculación para la obtención de una autorización de transporte público de mercancías, contenida en el artículo 2, apartado veintidós, del Real Decreto 70/2019, por el que se modifica el artículo 44.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, se considera innecesaria y desproporcionada, en tanto no es adecuada a los supuestos intereses generales que se pretenderían proteger, y no es la medida menos restrictiva posible. Además, puede constituir un requisito de naturaleza económica.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto C-428/12 condenó por incumplimiento al Reino de España debido a un requisito idéntico al aquí considerado para el ámbito del transporte privado complementario. En particular, el TJUE consideró que no se había acreditado que la antigüedad de cinco meses del vehículo fuese adecuada para salvaguardar intereses sobre seguridad vial o medio ambiente, y negó que la eventual mayor solvencia de las empresas fuese una razón de interés general que pueda admitirse. Ello debería tenerse en cuenta al regular el transporte público de mercancías, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 782/14. A pesar de dicha declaración de inaplicabilidad de una medida análoga, y de su necesaria toma en consideración al regular el transporte de mercancías, la autoridad competente no ha justificado en modo alguno la adecuación de la medida a la protección de unos supuestos intereses generales que, por otro lado, no se han hecho explícitos.

3. El Real Decreto 70/2019 es inadecuado para la protección de supuestos intereses generales debido a las incoherencias en que incurre. Así, si bien exige

²⁰ FJ 9º: “Tampoco resultan convincentes las razones ofrecidas en la memoria de impacto normativo, pues no se alcanza bien a comprender por qué exigir un tamaño mínimo a las empresas que se dediquen a la actividad supone una mejor protección de los derechos de los usuarios o incrementa la seguridad de las transacciones financieras [...] la exigencia de una flota mínima de siete vehículos constituye una limitación a la actividad de VTC que excluye a pequeños empresarios del ejercicio de la misma y que carece, sin embargo, de una razón de interés general o de necesidad que la justifique”.

disponer de un vehículo de menos de 5 meses para acceder a la actividad, permite incorporar vehículos a la flota sin tal exigencia, y exime del requisito de antigüedad de 5 meses los casos de transmisión de autorizaciones de transporte público de mercancías. Además, determina una antigüedad máxima de los vehículos a efectos de la obtención de la autorización en términos más exigentes que para el transporte de viajeros en autobús (2 años).

4. El requisito de antigüedad establecido en el 2, apartado veintidós, del Real Decreto 70/2019 es, en todo caso, desproporcionado. Si lo pretendido es garantizar la seguridad, la autoridad competente debería justificar por qué no es posible el logro de dicho objetivo mediante medidas menos gravosas, como la superación de pruebas técnicas. La falta de proporcionalidad resulta, asimismo, de modo evidente, del hecho de que el requisito de antigüedad se exija en términos más estrictos (5 meses) que para el transporte público de viajeros en autobús (2 años).

5. Si la verdadera razón de imponer un requisito de antigüedad fuese limitar el acceso a operadores de mayor tamaño o solvencia económica, excluyendo a los pequeños operadores, se trataría de un requisito de naturaleza económica vinculado a la planificación o la estructuración del sector, que estaría prohibido por el artículo 18.2.g) de la LGUM.