

INFORME DE 27 DE OCTUBRE DE 2014 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA A AUTORIZACIONES DE TRANSPORTE PESADO (UM/051/14).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 26 de septiembre de 2014 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de un particular, presentada al amparo del art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), relativa al acceso a la actividad de transportista por carretera por cuenta propia, singularmente en el ámbito del transporte pesado. A dicha reclamación se acumularon, de conformidad con el art. 73 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las presentadas el 8 y el 9 de octubre de 2014 por otros operadores del sector de transporte por carretera, debido a la íntima conexión e identidad sustancial que guardaban las nuevas reclamaciones con la inicial a la que se acumulan. El contenido de las reclamaciones puede resumirse en estos términos:

- Que existe una barrera para *“los cooperativistas de transporte de este país y todos los ciudadanos que desean acceder al sector del transporte como profesionales individuales”*.
- Que la regulación de dicho sector [Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo] *“impide que un ciudadano español pueda obtener la autorización de transporte con 1 único vehículo y le obliga a tener que obtener 3 de menos de 5 meses para su obtención”*.
- Que dicho requisito *“limita el acceso de las personas autónomas que deseen ejercer su profesión a título individual, limitando y cerrando el mercado para todos a diferencia del resto de los países de la unión que al no estar limitados abarcan las deficiencias que los españoles no pueden por esta causa”*.
- En vista de ello, la reclamación solicita *“que se elimine la petición de los 3 vehículos de transporte para que un ciudadano español a título unipersonal pueda optar por trabajar en el sector del transporte sin ser abocado a una inversión que no puede acceder y con ello no trabajar en el sector que desee”*.
- Que dicho requisito de disponer de tres camiones con menos de cinco meses de antigüedad no existe en otros países de la UE.

Con las reclamaciones se aportó la siguiente documentación relevante a efectos del presente informe:

1. Escrito presentado el 11 de diciembre de 2013 ante la DG de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento relativo a la regulación de la 'tarjeta de transporte' en la Ley 9/2013, de 4 de julio.
2. Escrito presentado el 30 de diciembre de 2013 ante el Servicio de Seguridad y Ordenación del Transporte de la Generalitat Valenciana por el que se solicita que: *"El conductor individual (autónomo) que provenga de una cooperativa de trabajo asociado, podrá obtener única y exclusivamente la autorización de transporte para uso individual e intransferible, que será retirada en el momento que el conductor cese la actividad o incumpla alguno de los requisitos por los que obtuvo el permiso"*.
3. Escrito presentado el 11 de diciembre de 2013 ante la DG de Transportes y Logística de la Generalitat Valenciana por el que se solicita: *"La abolición de las Tarjetas de Transporte"*.
4. Escrito presentado el 7 de enero de 2014 ante la DG de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento por el que se exponen ciertas irregularidades en el ámbito del cooperativismo de transporte y se solicita que: *"El conductor individual (autónomo) que provenga de una cooperativa de trabajo asociado, podrá obtener única y exclusivamente la autorización de transporte para uso individual e intransferible..."*
5. Escrito de 13 de enero de 2014 a la Consejera de Transportes de la Generalitat Valenciana por la que se solicita audiencia (con copia a diferentes autoridades de dicha Comunidad Autónoma). El escrito pone de manifiesto, en síntesis, la situación en que habrían quedado las cooperativas de transportistas tras la Ley 9/2013, de 4 de julio.
6. Escritos presentados el 20 de enero de 2014 ante diferentes autoridades autonómicas (Consejera de Transportes, DG de Transportes y Logística, Secretario Autonómico de Transportes) en los que se solicita *"acceso a las autorizaciones de transporte con 1 sólo vehículo..."*
7. Escritos presentados el 21 de febrero y el 26 de marzo de 2014 ante distintos órganos autonómicos (Servicio de Seguridad y Ordenación del Transporte, Gabinete de la Consellera de Transportes) relativos a la situación de los cooperativistas de transporte de la Comunidad Valenciana.
8. Escrito de 21 de febrero de 2014 dirigido a la Consellera de Transportes de la Generalitat Valenciana por el que se adelanta el contenido de las reclamaciones sobre la situación de los cooperativistas de transporte que se le pretenden transmitir en la reunión prevista para ese día.
9. Oficio de 19 de mayo de 2014 del Ministerio de Fomento por el que se informa al reclamante sobre la remisión de un escrito de alegaciones al centro directivo oportuno.

10. Escrito de 8 de mayo de 2014 a la Ministra de Fomento por la que se denuncia que en la nueva regulación del sector pendiente de publicar no se contempla *“ninguna aportación en referencia a la posibilidad, de que los cooperativistas de Transportes, puedan adquirir una nueva autorización a título individual y así salir de la cooperativa”*. La reclamación añade que, en las actuales circunstancias, la única solución sería *“que se concedan a los cooperativistas autorizaciones de transporte (que en estos momentos está restringida para que sólo accedan transportistas que aporten 3 vehículos) y seguir ejerciendo la actividad”*.
11. Escrito y fax de 3 de abril y 14 de enero de 2014 a la Ministra de Fomento (con copia a diversas autoridades) por la que se insiste en el problema derivado del cese del cooperativismo en el sector de transportes.
12. Escrito de 8 de enero de 2014 al Síndic de Greuges (Defensor del Pueblo) de la Comunitat Valenciana por el que se expone el problema del sector del transporte terrestre expuesto en escritos anteriores, así como acuse de recibo del escrito anterior de 9 de enero siguiente.
13. Contestación de 20 de marzo de 2014 del Síndic de Greuges por el que adjunta un informe de la DG de Transportes y Logística de la Generalitat Valenciana que señala que *“La regulación del otorgamiento de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera de ámbito nacional es competencia del Estado (Ministerio de Fomento) y se ejecuta por las Comunidades Autónomas por delegación”*. En tal medida, el informe remite al Ministerio de Fomento con relación al análisis de los efectos de la Ley 9/2013 en el ámbito de las cooperativas de transporte. La citada Ley 9/2013 modificó el art. 22 de la Ley 16/1987 para señalar que *“únicamente podrá contratar la realización de servicios de transporte terrestre de mercancías en concepto de porteador y emitir factura en nombre propio por su prestación, quien previamente sea titular de una licencia o autorización que habilite para realizar transportes de esta clase, o en otro caso, de una autorización de operador de transporte de mercancías”*.
14. Escrito (sin fechar) al Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana por el que se insiste en el efecto de la Ley 9/2013, de 4 de julio, sobre la facturación de servicios de transporte.
15. Oficio de 9 de julio de 2014 del Defensor del Pueblo por el que se acusa recibo de un escrito del Síndic de Greuges.
16. Oficios de 21 y 22 de julio de 2014 del Defensor del Pueblo, por los que se indica que se ha recibido un escrito de la Secretaría de Estado de Transportes *“indicando que la supresión de la exigencia de contar con tres camiones será objeto de regulación mediante un Real Decreto que se aprobará en los próximos meses”*, cuestión sobre la que se recabaría

información adicional que se pondría a disposición de los reclamantes. El oficio añade la sugerencia de acudir al mecanismo del art. 28 LGUM.

17. Escrito de 27 de enero de 2014 dirigido a la Comisión Europea, por el que se denuncia el incumplimiento del Derecho de la UE por parte del Ministerio de Fomento en relación con la exigencia de disponer de tres camiones para el ejercicio de la actividad de transportista. Acuse de recibo de 28 de julio de 2014 del escrito anterior.
18. Escrito de 14 de abril de 2014 al Consejo Valenciano del Cooperativismo por el que se expone que la Ley 8/2013, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, permitía ejercer la actividad de transporte a quien no dispusiera de autorización de transporte a título individual, pues bastaba con que tal requisito se cumpliera por la cooperativa. Tal situación se ha visto afectada por la Ley 9/2013, de 4 de julio. Acuse de recibo de 24 de abril de 2014 del citado Consejo.
19. Escrito (sin fechar) dirigido a la Federación de Cooperativas de Transporte por el que se exponen diversas opciones de que disponen los cooperativistas en atención a la situación derivada de la Ley 9/2013.
20. Escrito presentado el 3 de abril de 2014 ante el Ministerio de Hacienda por el que se adjunta un "Informe de situación económico social realizado por Cooperativistas del Transporte" (3 de abril de 2014). El informe se refiere al "*cooperativismo pantalla en transportes (bajo el paraguas de la cooperativa se incluían socios que sin tarjeta y sin título actuaban en el mismo marco legal que el resto de Transportistas con un solo vehículo y sin comprar la tarjeta accedían al sector en igualdad de condiciones que el resto)*". Añade que la Ley 9/2013, al exigir que la facturación de un porte se realice por el titular de una licencia de transporte, determina que el socio sin autorización "*debe pasar a ser, en su caso, trabajador real de la cooperativa*", a lo cual no estarían dispuestas las cooperativas, que en su lugar ofrecerían asimilar los antiguos cooperativistas a 'intermediarios de comercio', lo que reduce sus ingresos drásticamente. En una propuesta de modificación de la Orden FOM/734/2007 el Ministerio pretendería facilitar el acceso a antiguos socios de cooperativas que se constituyan en persona jurídica¹. En su lugar, el informe propone que se suprima la exigencia de disponer de uno o más vehículos para solicitar autorización de transporte, pues la misma no figura ni el Reglamento (CE) nº 1071/2009 ni en la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, de modo que el art. 19.1.a) de la Orden FOM/734/2007 sería contrario a la libertad de empresa y a la libre competencia.

¹ A través de fuentes públicas de información se ha tenido acceso a dicho proyecto de Orden que, como señala el escrito, facilita el acceso a personas jurídicas cuyos socios sean antiguos cooperativistas, con ciertas condiciones, al no exigir antigüedad máxima de los vehículos. Adicionalmente, el proyecto de Orden suprime la exigencia de capacidad mínima de carga útil (ahora fijada en 60 toneladas) y se limita a exigir que los vehículos superen las 3,5 toneladas.

21. Oficio de 13 de febrero de 2014 del Ministerio de Hacienda sobre la tributación mediante estimación directa en la actividad de transporte.
22. Correos electrónicos de febrero de 2014 de contestación al anterior oficio del Ministerio de Hacienda.

El 1 de octubre de 2014 la SECUM dio traslado a la CNMC de la primera reclamación, informando los días 8 y 9 siguientes de su acumulación con otras dos reclamaciones, todo ello a los fines del artículo 28 de la LGUM.

Los reclamantes argumentan, en síntesis, que los requisitos para la obtención de una autorización de transporte para el ejercicio de la actividad por cuenta propia serían contrarios a la LGUM. En particular, se refieren a la autorización de transporte pesado, para cuya obtención se exige disponer de tres vehículos que representen una capacidad de carga útil de 60 toneladas que no rebasen una antigüedad de cinco meses.

De la documentación adjunta a una de las reclamaciones resultaría que tales exigencias habrían agravado la situación de antiguos cooperativistas que desearían acceder a la actividad a título individual, al disponer de un vehículo. En concreto, al amparo de normas autonómicas (como la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Comunidad Valenciana), los cooperativistas sin autorización de transporte facturaban a la cooperativa (titular de la autorización) por los portes realizados en su vehículo, como profesionales autónomos (tributando mediante un régimen de estimación objetiva de IRPF y simplificado de IVA). A su vez, la cooperativa recibía el precio del cliente final y lo reembolsaba al socio. Tras la Ley 9/2013, los socios sin autorización de transporte no pueden facturar a la cooperativa, lo que habría forzado su cese como cooperativistas². En tal situación se les presentan dificultades para obtener la autorización para prestar servicios por cuenta propia, pues además de su vehículo, la normativa les exige disponer de otros dos, teniendo los tres una antigüedad inferior a cinco meses.

² Art. 22 de la Ley 16/1987 en redacción por la Ley 9/2013: *“Únicamente podrá contratar la realización de servicios de transporte terrestre de mercancías en concepto de porteador, y emitir facturas en nombre propio por su prestación, quien previamente sea **titular de una licencia o autorización** que habilite para realizar transportes de esta clase o, en otro caso, de una autorización de operador de transporte de mercancías”*. En consecuencia, el nuevo art. 140.2 Ley 16/1987 sanciona: *“La contratación como porteador o la facturación en nombre propio de servicios de transporte sin ser previamente titular de autorización de transporte o de operador de transporte. En todo caso, incurrirán en esta infracción quienes, aun siendo integrantes de una persona jurídica titular de una autorización de transporte o de operador de transporte, contraten o facturen en nombre propio la prestación de servicios de transporte a terceros **o a la propia persona jurídica** de la que formen parte sin ser ellos mismos, a su vez, titulares de tal autorización”*. Ello deja como alternativa, o bien la fórmula de cooperativa de trabajo asociado, según la cual los trabajadores sin autorización de transporte tienen una relación de dependencia laboral con la cooperativa titular de la autorización, o bien la cooperativa de transportistas, en la que todos los socios disponen de dicha autorización de transporte. En el primer caso, el sujeto pasivo del IAE sería la cooperativa, en el segundo, los socios (Base de datos ‘Informa’ AEAT, Consulta nº 134027).

El presente informe, emitido de conformidad con el art. 28 de la LGUM, se limitará al examen de la única cuestión objeto de reclamación: el análisis de los requisitos exigidos para el acceso a la actividad de transporte **por cuenta propia** desde el punto de vista de los principios y garantías de la unidad de mercado.

II. CONSIDERACIONES

Estas consideraciones distinguen los siguientes apartados: **II.1)** Régimen jurídico del transporte terrestre; **II.2)** 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 territorio de más de una Comunidad Autónoma³. En vista de que la reclamación se refiere al ámbito estatal, será dicho ámbito al que preste atención este informe⁴.

En ejecución de ese título se ha dictado la **Ley 16/1987**, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; el RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (**ROTT**) y la **Orden FOM/734/2007**, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el ROTT en materia de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera.

En atención a los principios de primacía y efecto directo, la anterior normativa estatal debe acomodarse al **Reglamento (CE) 1071/2009**⁵. Dicho Reglamento establece que, para ejercer la profesión de transportista por carretera, se debe disponer de domicilio en la UE, gozar de honorabilidad, poseer capacidad financiera y tener la competencia profesional requerida (art. 3.1). Aunque el Reglamento no exige un número mínimo de vehículos con cierta antigüedad, en el art. 3.2 añade:

Los Estados miembros podrán decidir imponer requisitos adicionales, los cuales serán proporcionados y no discriminatorios, que las empresas [personas físicas

³ 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”.

⁴ El art. 148.1.5^a de la Constitución asigna a las comunidades autónomas el transporte intracomunitario, es decir, que no salga del ámbito territorial de una comunidad autónoma.

⁵ Reglamento (CE) nº 1071/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/25/CE del Consejo.

o jurídicas, a tenor del Reglamento] *deberán cumplir para ejercer la profesión de transportista por carretera.*

En el orden interno, la regulación de los requisitos para la obtención de autorización de transporte figuran tanto en la **Ley 16/1987** como en el ROTT y en la **Orden FOM/734/2007**.

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

El **ROTT** se refiere a las condiciones previas 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 particular, en lo relativo a la capacidad económica, el art. 40.3 del ROTT permite determinar un número mínimo de vehículos:

El Ministro de Fomento podrá determinar, asimismo, condiciones de capacidad económica específicas, fundamentalmente de número mínimo de vehículos, medios materiales exigibles, volumen o capacidad de la empresa y garantía o solvencia de la misma. Dicho Ministro establecerá, además, en su caso, la exigencia del cumplimiento de otras condiciones que, de conformidad con la normativa de la Unión Europea, resulten exigibles.

El desarrollo de lo anterior se promulga la citada Orden FOM/734/2007. Entre los requisitos de capacidad económica figuran los de disponer de un capital de 9.000€ (acreditado mediante declaración del impuesto de patrimonio o, en caso de estar exento, mediante certificación de entidad financiera o declaración responsable); el cumplimiento de las obligaciones fiscales, laborales y sociales (acreditado mediante certificación administrativa cuando proceda o documentos de alta); y disponer de un número mínimo de vehículos, requisito que, como se dijo, cuestiona singularmente la reclamación. Sobre esto último el art. 19.1 de la Orden establece:

Quien pretenda obtener una autorización de transporte público nueva deberá acreditar, junto al cumplimiento del resto de los requisitos señalados en el artículo 10, que dispone, al menos, de los siguientes vehículos en alguna de las modalidades previstas en las letras a) y b) del artículo 5.2 [propiedad o arrendamiento]⁶:

⁶ El citado art. 10 de la Orden FOM/734/2007 (desarrollado en los artículos siguientes) señala los requisitos consistentes en ser persona física o jurídica de un Estado de la UE; tener capacitación profesional (acreditado mediante certificado de capacitación profesional o a través de la información del Registro General de Transportistas) y honorabilidad (no haber sido condenado o

a) Tres vehículos, que representen al menos una capacidad de carga útil de 60 toneladas, si se solicita una autorización habilitante para realizar transporte con cualquier clase de vehículo. A los efectos aquí previstos, las cabezas tractoras se computarán por su capacidad de arrastre, hasta un máximo de 25 toneladas.

b) Un vehículo, si se solicita una autorización que exclusivamente habilite para realizar transporte con vehículos ligeros.

Tales vehículos no podrán rebasar la antigüedad máxima de cinco meses, contados desde su primera matriculación, en el momento de formularse la solicitud.

Así pues, 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 disponer de tres camiones con una antigüedad inferior a cinco meses. Tal cuestión es objeto de examen en el apartado siguiente.

II.2) Examen de la reclamación a tenor de la LGUM y de la Ley 17/2009

II.2.1) Transporte por carretera con cualquier clase de vehículo (vehículos pesados): excluido del ámbito de la Ley 17/2009 e incluido en el de la LGUM

La exclusión que figura en el artículo 2, apartado 2, letra d) de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, abarca los servicios de transporte que entren en el ámbito de aplicación del título V del Tratado CE. En consecuencia, comprende los servicios de transporte de mercancías por carretera (vid considerando 21). Tal exclusión se traslada asimismo a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que en su artículo 2 d) exceptúa del ámbito de aplicación de la misma los servicios de transporte.

El transporte de mercancías por carretera constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, al tener ésta un ámbito de aplicación más amplio que el de la Ley 17/2009⁷.

II.2.2) La exigencia de disponer de un número mínimo de tres vehículos para ser titular de una autorización de transporte de mercancías por carretera.

sancionado, acreditado mediante declaración responsable), además de disponer de capacidad económica, así como cumplir las obligaciones fiscales y laborales que correspondan. El art. 10 h) añade el requisito de “Disponer, al menos, del número mínimo de vehículos que en cada caso corresponda con arreglo a lo establecido en esta orden”.

⁷ Artículo 2 de la LGUM y apartado b) del Anexo de la misma, relativo a la definición de actividad económica. En particular la Exposición de Motivos de la ley señala: “Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte [...])”. En este sentido, Informe de 20 de octubre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, relativa a la normativa reglamentaria de transporte sanitario por carretera (UM/048/14).

La reclamación plantea la compatibilidad con la LGUM del requisito establecido por la **Orden FOM/734/2007**, relativo a contar con al menos tres vehículos de como máximo cinco meses de antigüedad, para poder recabar y mantener la pertinente autorización de transporte de mercancías por carretera.

Ello exige analizar si la exigencia cuantitativa que afecta a la dotación mínima de vehículos pueda generar una barrera innecesaria y desproporcionada para el acceso y ejercicio de la actividad económica de prestación del servicio de transporte de mercancías por carretera.

Hay que recordar que, conforme a la previsión **del art. 5 de la LGUM**:

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.

De acuerdo con dicho precepto, la imposición de requisitos a una actividad económica debe fundarse en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general de las incluidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, debiendo ser proporcionados los requisitos fijados al motivo u objeto de protección. 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.

Dado que la norma de rango legal correspondiente, la LOTT, remite a desarrollo reglamentario la determinación, en su caso, del **número de vehículos mínimo y otras condiciones específicas necesarias, atendiendo a razones de interés general, a principios de proporcionalidad y no discriminación** (art. 43.1 LOTT), resulta exigible que se explicita la razón de interés general que justifique la fijación de límites cuantitativos mínimos al número de vehículos que deben disponer los agentes económicos para el acceso y ejercicio de la actividad de transporte de mercancías por carretera.

El establecimiento de un número mínimo de vehículos como requisito de acceso y de ejercicio de la actividad de transporte de mercancías por carretera, no previsto por el Reglamento (CE) nº 1071/2009⁸ ni previsto como tal en la LOTT, ha venido siendo repetidamente objeto de críticas por la Autoridad de competencia española, por sus posibles efectos restrictivos de la competencia. En particular, tales críticas destacan la falta de justificación o de necesidad de tal medida.

Efectivamente, en fecha reciente, el 30 de enero de 2014, el Consejo de la CNMC, en el marco del análisis del **Proyecto de Real Decreto que modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (IPN/DP/002/14)** señaló lo siguiente en relación al proyectado *requisito de acceso a la actividad de alquiler de vehículos con conductor vinculado a la disposición de un número mínimo de vehículos*:

El requisito de disponer de un mínimo número de vehículos supone una barrera económica de entrada al mercado, dado que las inversiones necesarias para poder operar y el tamaño de los operadores vienen condicionados por la obligación de cumplir con esa obligación. En consecuencia, se puede dejar fuera del mercado a potenciales operadores, sin que se justifiquen las razones de la necesidad de esta medida.

Ese mismo análisis se repite en el Informe del Consejo de la CNMC al **Proyecto de Orden por la que se modifica la orden FOM/36/2008 de arrendamiento de vehículos con conductor (IPN DP/003/14)**, también de 30 de enero de 2014:

III.2.1 Requisitos de acceso a la actividad (disposición de un local, un número mínimo de vehículos y de conductores).

Estos requisitos introducidos en el art. 5, letras e), f) y g) suponen una barrera económica de entrada al mercado para los potenciales operadores. Asimismo, suponen una restricción a la organización de éstos, que limita el ofrecimiento de sus servicios en un sector sin fallos de mercado aparentes, tal y como ya se señalaba en el Informe 41/10.

[...]

La determinación de un número mínimo de diez vehículos configura un tamaño de la flota que implica una no desdeñable inversión inicial para operar, máxime si tenemos en cuenta que para obtener la autorización hay que ser persona física (artículo 5 a)). Es más, el precepto del ROTT anulado por el TS exigía un umbral mínimo posible muy inferior, de cuatro vehículos que ahora se ha aumentado de forma considerable.

En cuanto a la necesidad de acreditar la existencia del número de conductores, de forma adicional a lo exigido por la modificación propuesta del ROTT, la redacción que propone el POM para el artículo 12.1 de la Orden FOM/36/2008 añade, en el artículo 12 una restricción adicional: “Será preciso un conductor adicional cuando la división del número de autorizaciones entre tres, arroje un resto superior a uno”.

⁸ Reglamento (CE) nº 1071/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, citado *supra*.

[...]

Todas estas restricciones suponen una barrera económica de entrada al mercado para los potenciales operadores, dado que las inversiones necesarias para poder operar y el tamaño de los operadores vienen condicionados por dicha obligación. Asimismo, supone una restricción a la auto-organización de éstos, que limita el ofrecimiento de sus productos en el mercado.

A falta de una justificación fundada de todas estas circunstancias se propone su eliminación.

Adicionalmente, en el marco específico del transporte público sanitario, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a través del **Informe IPN 41/10 relativo a los Reales Decretos ómnibus y al Reglamento de Transporte Terrestre, de mayo de 2010**, realizó la siguiente observación, en lo que aquí interesa:

C.3) Transportes sanitarios (artículos 137 ROTT)

En la regulación de los transportes sanitarios, el artículo 137 ROTT establece un requisito para poder operar que se considera injustificado: la disposición de un número mínimo de vehículos a determinar por Orden Ministerial (el número mínimo no puede ser superior a 10).

Un número mínimo de vehículos supone una barrera económica a la entrada que puede hacer que se encarezca o dificulte la prestación del servicio en determinadas zonas del territorio, donde podrían instalarse operadores de pequeño tamaño. Así, esta restricción puede resultar insalvable para muchos operadores potenciales, que pueden ver cerrado su acceso al mercado. Asimismo, no se presenta justificación alguna de la razón por la que se ha determinado ese número mínimo y no otro.

Este requisito constituye una barrera económica de acceso al mercado, supone una restricción a la organización de los operadores y limita las posibilidades de los operadores de ofrecer sus servicios en el mercado.

No se encuentra justificación razonable suficiente para esta restricción. Se recomienda su supresión.

Ese mismo informe **IPN 41/10**, en relación al alquiler de vehículos con conductor, señalaba lo siguiente:

La necesidad de disponer de un número mínimo de vehículos supone una barrera de entrada económica al mercado, dado que las inversiones necesarias para poder operar y el tamaño de los operadores vienen condicionados por la obligación de cumplir con esa obligación, que, en consecuencia, puede dejar fuera del mercado a un número de potenciales operadores, sin que por otra parte se justifiquen las razones de la necesidad de esta medida.

Tampoco se menciona justificación objetiva alguna para fijar el número mínimo de vehículos en cuatro, mientras que la posibilidad de que el Ministro modifique dicho mínimo “en función de las circunstancias del mercado”, agrava la situación

de los operadores una vez se encuentren desarrollando su actividad en el mercado, y, en todo caso, sustrae esta decisión al mercado.

Se recuerda, además que la referencia al análisis de las circunstancias del mercado implica la aplicación por la Administración de tests económicos sobre las decisiones de los operadores, lo que supone un elemento de control de la oferta del mercado que está prohibido por la Directiva de Servicios. Una modificación en línea con el espíritu de dicha Directiva debería conducir a su eliminación.

La preocupación de la Autoridad de la competencia española sobre esta materia es relativamente antigua, en cuanto a que ya el Tribunal de Defensa de la Competencia, en un Informe de 2002, hubo de atender a esta cuestión, a raíz de un escrito de la Asociación de Transportistas Autónomos que denunciaba la previgente Orden que regulaba esta materia⁹. Por su interés se reproducen a continuación, en lo que aquí interesa, las conclusiones del **Informe del TDC I 99/02 Restricciones legales a la competencia en el transporte de mercancías por carretera**:

*El transporte de mercancías por carretera se caracteriza por una estructura de equilibrio en la que un significativo número de empresas compiten entre sí. Esto ha supuesto que históricamente los ingresos se encuentren muy ajustados a costes, lo que redundaba en unos beneficios muy contenidos. **Esta situación ha propiciado que desde la Administración se hayan promulgado medidas que restringieran el acceso al mercado y que propiciaran el aumento del tamaño medio del sector.***

Aunque el sector cuenta con un elevado número de empresas pequeñas, la atomización es menor de la que ofrecen los datos a simple vista ya que tanto las agencias como las grandes empresas, en un intento de reducir costes y adaptarse a la demanda, acuden en gran medida a la subcontratación.

*La normativa española del sector ha ido evolucionando, siguiendo las pautas impuestas desde la Unión Europea, hacia una progresiva liberalización. Sin embargo, aún cuando la Directiva relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías sienta unos mínimos que permitan homogeneizar el acceso al mercado de transporte por carretera público pesado, **la normativa vigente en España impone unos requisitos mayores que exigen la disponibilidad de tres vehículos con antigüedad inferior a dos años y cuya carga útil conjunta supere las 60 toneladas.***

[...]

Por lo demás, se desconoce por qué el requisito de acceso al mercado para el transporte público pesado es el mencionado y no otro en el que podrían ser más o menos vehículos con una carga útil conjunta mayor o menor.

⁹ Orden de 24 de agosto de 1999, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de autorizaciones de transportes de mercancías por carretera. El artículo 17 preveía la necesidad de contar con tres vehículos de antigüedad inferior a dos años para obtener autorizaciones para realizar transporte en vehículo pesado con ámbito nacional. Si el ámbito era local la exigencia de número de vehículos descendía a dos.

*De acuerdo con la información a la que ha podido acceder este Tribunal **este requisito no se exige en países de nuestro entorno**. Esto supone que, aunque no pueda considerarse que la normativa española otorgue un trato discriminatorio a operadores pertenecientes a la Unión Europea, ya que estos requisitos se exigen por igual a cualquier transportista residente en territorio español, sí que puede afirmarse **que las empresas españolas no compiten en iguales condiciones que sus homólogas comunitarias al exigírseles unas condiciones más severas**. Además, mientras las empresas comunitarias del sector buscan la eficiencia expuestas a los rigores del mercado, las empresas españolas se enfrentan a un mercado desfigurado por la intervención regulatoria.*

Ciertamente, estas condiciones a la entrada afectan a las decisiones empresariales que no pueden responder con igual flexibilidad y eficiencia a los cambios en las decisiones de localización o a las nuevas técnicas de producción que a su vez influyen en la demanda.

*Por ello **se estima conveniente la eliminación de la exigencia** recogida en el artículo 17 de la mencionada Orden de 24 de agosto de 1999 que resulta inadecuada en un sector donde es posible la libre competencia dado que no existen o son mínimas las barreras económicas a la entrada.*

La liberalización no significa ausencia de regulación pero ésta debe circunscribirse a aspectos como la exigencia de capacitación profesional o la seguridad vial en los que el incremento del bienestar total de la sociedad compensa los costes de la intervención estatal.

Asimismo, el **Informe de la SECUM de 24 de septiembre de 2014 (Ref. 28/1408)** señala:

*Así, respecto a los requisitos exigidos para el acceso a la profesión de transportista con vehículos ligeros en la normativa de la Comunidad Autónoma de Canarias se han observado **diversos requisitos** para el acceso a la actividad de transporte de mercancías con vehículos ligeros que **podrían no ser coherentes con la debida necesidad y proporcionalidad** establecidas en el citado artículo 5 de la LGUM. En particular los siguientes: [...] la **necesidad de disponer de al menos tres vehículos**. [énfasis añadido]*

En cuanto al juicio de proporcionalidad respecto del concreto requisito mínimo de tres vehículos establecido en el art. 19.1 de la Orden FOM/734/2007 para el otorgamiento y mantenimiento de una autorización para transporte pesado de mercancías por carretera, debe señalarse que no se advierte la proporcionalidad de tal medida con una posible razón imperiosa de interés general ni que se cumplimente la obligada exigencia de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica (art. 5.2 LGUM).

Ese control de proporcionalidad respecto de las limitaciones introducidas por las administraciones competentes al acceso a una actividad económica o su ejercicio, cuando se justifique además por una imperiosa razón de interés general, se contiene asimismo en el artículo 39 bis LRJ-PAC, que dispone igualmente que las “*Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de*

derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de un actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva (...) así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen (...)”.

El criterio de proporcionalidad, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia comunitaria en el marco de la determinación de la validez de medidas nacionales restrictivas de las libertades de circulación de mercancías y servicios, exige que la medida limitativa en cuestión sea “*adecuada para garantizar la realización del objetivo que se pretende lograr*” y que, al tiempo, no vaya “*más allá de lo necesario para alcanzarlo*”¹⁰, en el sentido de que no existan acciones alternativas viables, que restrinjan en menor medida la libertad de empresa.

Esta Comisión no advierte que se justifique de la forma debida la idoneidad del requisito de un mínimo de tres vehículos de una antigüedad máxima de cinco meses para alcanzar un objetivo de protección del interés general que la norma analizada no declara expresamente ni tampoco justifica en base a una razón imperiosa de interés general de las contenidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 (y art. 51 LGUM).

En este contexto, conviene recordar que los límites al acceso y ejercicio de una actividad no pueden justificarse con base exclusivamente en razones de naturaleza estrictamente económica, ni encubrir requisitos de planificación obligatoria [art. 10 letra e) Ley 17/2009 y, por remisión, art. 18.2 letra g) LGUM]:

*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.***

En síntesis, este requisito cuantitativo o restricción limitativa por parte de la Orden FOM/734/2007, en ausencia de una justificación expresa de necesidad, justificación conforme además a los principios de proporcionalidad y no discriminación, genera en el caso concreto injustificadas barreras efectivas al acceso y ejercicio de la actividad de transporte de mercancías para ciertos operadores del sector del transporte por carretera de menor tamaño relativo y menor potencia económica, y en tal medida vulnera el principio de proporcionalidad exigido por el artículo 5 LGUM.

Finalmente, debe hacerse una referencia a la posibilidad, teóricamente residual, de desarrollar la actividad de transporte pesado por carretera, sin la exigencia de

¹⁰ Vid., por todas, sentencia TJCE de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite*, (asunto C-390/1999), especialmente apartado 33, y sentencias allí citadas.

un número mínimo de vehículos, al amparo de una autorización recibida por transmisión de un anterior titular.

Efectivamente, pese a la exigencia del art. 19.1 a) en relación con el art. 10 h) de la Orden FOM/734/2007 de disponer de un número mínimo de tres vehículos para ser titular de una nueva autorización de transporte de mercancías pesadas por carretera, el art. 26 de la misma Orden regula la transmisión de autorizaciones, previendo lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 118 del ROTT, las autorizaciones de transporte público podrán ser transmitidas a otros titulares, siempre que la Administración así lo posibilite, realizando la correspondiente novación subjetiva a favor de los adquirentes. Dicha novación subjetiva estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

*a) Que el adquirente no sea previamente titular de una autorización de transporte igual a la que pretende adquirir y cumpla todos los requisitos previstos en el artículo 10, **con excepción del señalado en la letra h).***

Se excepciona, por tanto, de los requisitos que obligadamente el adquirente de la autorización de transporte debe cumplimentar, precisamente el de disponer, al menos, del número mínimo de vehículos que en cada caso corresponda.¹¹

Ello supone que, al menos con carácter temporal, es posible que en el mismo mercado de transporte de mercancías por carretera mediante vehículos pesados estén operando tanto agentes económicos habilitados con autorización al efecto para la que no se exige el requisito adicional de disponer de tres vehículos (al ser cesionarios de autorizaciones anteriores) con otros agentes (los titulares de nuevas autorizaciones) a los que se exige cumplimentar el requisito cuantitativo de disponer de al menos tres vehículos. La situación descrita puede generar una **discriminación injustificada** entre unos y otros operadores. Las reclamaciones de las que trae causa este informe se refieren en diversos de los documentos que las acompañan a esta circunstancia vinculada a la existencia de un mercado relativamente opaco de adquisición de autorizaciones de transporte (*“ciudadanos obligados a tener que acceder al mercado negro de venta de tarjetas y tener que pagar un precio desorbitado”*).

¹¹ En tal sentido, el borrador de 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, al que nos hemos referido *supra* en nota a pie 1, prevé, una modificación respecto al actual régimen de transmisión de autorizaciones de transporte en el siguiente sentido: *“Se modifica el contenido de la letra a) del artículo 26.1, que queda redactado de la siguiente manera: “a) Que el adquirente no sea previamente titular de una autorización de transporte igual a la que pretende adquirir y cumpla todos los requisitos previstos en el artículo 10. Cuando el número de los vehículos adquiridos de conformidad con lo señalado en la letra f) de este apartado no alcance al que se exige en la letra a) del artículo 19.1, **el adquirente deberá acreditar que dispone de los que faltan para alcanzar dicho número, los cuales deberán cumplir el requisito de antigüedad que en ese artículo se señala.**”*

Con independencia de los reparos que puedan plantearse al reseñado régimen de transmisión de autorizaciones de transporte, lo cierto es que el diferente tratamiento de unos y otros casos pone de manifiesto la ausencia de la debida ponderación adecuada de los intereses en presencia a la hora de establecer, sólo para unos casos, requisitos no motivados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM.

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión la exigencia de un número mínimo de vehículos (tres) establecida en el artículo 19.1 Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el ROTT en materia de autorizaciones de transporte pesado de mercancías por carretera **no cumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013**, de Garantía de la Unidad de Mercado y supone un obstáculo injustificado para el acceso y ejercicio de esta actividad.