

INFORME DE 24 DE FEBRERO DE 2015 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 AUTORIZACIONES DE TRANSPORTE PESADO (UM/012/15).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 13 de febrero de 2015 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de un particular, presentada al amparo del art. 26 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. Tras un requerimiento de subsanación, atendido con fecha 18 de febrero de 2015, la reclamación se consideró correctamente presentada. El 19 de febrero siguiente, el reclamante presentó información complementaria. Su contenido puede resumirse en estos términos:

- Que el particular pertenece a una cooperativa de trabajo asociado de transporte de mercancías por carretera. Y que, tras los cambios que afectan a dichas cooperativas, no puede continuar prestando servicios, como cooperativista, de manera individual.
- Que, en vista de ello, el 19 de enero de 2015 solicitó autorización de transporte de mercancías con vehículos pesados, acreditando, a tal fin, estar en posesión de un vehículo con una carga útil de 25 toneladas y una antigüedad de tres años y dos meses.
- Que el 12 de febrero de 2015 recibió denegación de autorización con base en que, para obtener la autorización, es necesario disponer de tres vehículos con menos de cinco años de antigüedad, de conformidad con lo establecido en la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo.
- Que el reclamante considera dicho requisito “*una injustificada barrera a la libertad de empresa*”, contraria al art. 5 LGUM. Y que “*el Reglamento europeo no estipula nada al respecto solo indica que los Estados miembros podrán imponer requisitos adicionales, los cuales serán necesarios y no discriminatorios*”.
- Que el mencionado requisito puede ser discriminatorio en vista de que otros operadores que han obtenido la autorización por cesión del anterior titular no están sujetos al mismo.
- Que el reclamante no contempla la posibilidad de solicitar una autorización formando una persona jurídica con otros dos socios, como permite la regulación transitoria, pues tal solución le impone una asociación que no desea y que no le permite actuar como trabajador autónomo.

- Que su reclamación se fundamenta en precedentes tales como el Dictamen del Consejo de Estado a la Orden de modificación de la Orden FOM/734/2007 y la Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2014.

La reclamación inicial se acompañó de la solicitud de autorización de transporte de 19 de enero de 2015 y de la resolución denegatoria de 12 de febrero de 2015. El 19 de febrero siguiente, el reclamante aportó documentación complementaria¹.

El 18 de febrero de 2015 la SECUM dio traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

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 Autónoma². En vista de que la reclamación se refiere al ámbito estatal, será dicho ámbito al que preste atención este informe³.

En ejecución de ese título se ha dictado:

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

¹ En concreto: certificados de una cooperativa de aportación de un vehículo, documentación fiscal relativa a dicho vehículo, certificados de que el interesado está al corriente de sus obligaciones fiscales y de seguridad social, certificado de competencia profesional a favor del interesado, escritura de compraventa de vivienda por parte del interesado, declaraciones de honorabilidad y de capacidad económica del interesado, permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo, así como documentación fiscal relativa a la finca anterior.

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

- 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**⁴. 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 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

⁴ 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.

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]⁵:

- 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

⁵ 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 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”.

La exclusión que figura en el artículo 2.2.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 de su ámbito de aplicación 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 17/2009⁶.

II.2.2) La exigencia de disponer de un número mínimo de tres vehículos

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.

En los apartados siguientes se justifican los motivos por los que esta Comisión considera que el requisito en cuestión: **1)** no es necesario; **2)** no es proporcionado, ni siquiera tras la modificación normativa que permite obtener

⁶ 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).

una autorización para antiguos cooperativistas recurriendo a fórmulas asociativas; **3)** puede consistir en un requisito de naturaleza económica prohibido por la LGUM; y **4)** podría ser discriminatorio.

II.2.2.1) Falta de necesidad del requisito en cuestión

De acuerdo con el citado art. 5 LGUM, 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 1071/2009 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.

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” [...]

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 Informe de la CNMC 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.

Asimismo, tanto la CNMC como la SECUM se han pronunciado recientemente, en asuntos específicamente de unidad de mercado, en contra de requisitos reglamentarios relativos a un número mínimo de vehículos para el ejercicio de la actividad de transporte.

En concreto, el informe de la CNMC en el asunto UM/048/14, sobre transporte sanitario, concluyó que la exigencia de un número mínimo de vehículos, entre otros requisitos, para la obtención de autorización de transporte sanitario por carretera, era contraria al artículo 5 de la LGUM:

A juicio de esta Comisión la exigencia de un número mínimo de vehículos (ocho) y un número mínimo de trabajadores (quince) establecida en el artículo 10 letras f) y g) de la Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el ROTT en materia de transporte sanitario por carretera, no cumple los requisitos de necesidad y de proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM. Se trata de un requisito especialmente dañino que supone un obstáculo injustificado para el

acceso y ejercicio de esta actividad para empresas adecuadamente dimensionadas para los servicios que pretenden prestar.

Con relación a ese mismo asunto, la SECUM, en términos similares, concluyó en su informe de 26 de noviembre de 2014 (Ref. 28/28) que la necesidad (y proporcionalidad) de tal requisito no quedaba justificada:

Así, esta Secretaría considera que cabría cuestionar la necesidad y proporcionalidad de los requisitos referidos por el interesado -disponer, de al menos, ocho vehículos, y de quince trabajadores adscritos a la plantilla de la empresa- en la medida en que la razón imperiosa de interés general invocada (la salud pública) podría estar de hecho convenientemente salvaguardada por otras previsiones contenidas en la norma.

La misma SECUM ya había cuestionado en un informe anterior, de 24 de septiembre de 2014 (Ref. 28/20), la posible falta de necesidad de requisitos sobre disponibilidad de un número mínimo de vehículos:

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.

En definitiva, no se aprecia la necesidad, fundada en una razón imperiosa de interés general, del requisito de disponer de tres vehículos de determinada antigüedad para obtener la autorización de transporte de mercancías por carretera.

II.2.2.2) Ausencia de proporcionalidad del mencionado requisito

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:

Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo

de una actividad, deberán 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*”⁷, 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. 5.1 LGUM).

Al respecto de esto último cabe citar los citados informes de la CNMC (UM/048/14) y de la SECUM relativos a la exigencia de un número mínimo de vehículos para el transporte sanitario. Dichos informes aluden no sólo a la falta de necesidad, sino también a la falta de proporcionalidad de la medida en cuestión.

También puede servir de pauta interpretativa la Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2014 (C-428/12), citada por la reclamante. Dicha Sentencia 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 tenga una antigüedad de más de cinco meses desde su primera matriculación. La Sentencia declaró tal requisito tanto innecesario como desproporcionado:

[E]l Reino de España no demuestra que la normativa controvertida [...] responda verdaderamente al objeto de alcanzar los objetivos perseguidos de forma coherente y sistemática [...] el Reino de España tampoco demuestra que los objetivos perseguidos no puedan garantizarse de forma igualmente eficaz con medidas menos restrictivas [...]

Tampoco puede considerarse, como señala la reclamante, que la falta de proporcionalidad del requisito aquí examinado (la disponibilidad de tres vehículos de ciertas características) se haya solucionado mediante la aprobación del Real Decreto 937/2014, de 7 de noviembre, por el que se establece un régimen transitorio para el otorgamiento de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera para antiguos socios de cooperativas titulares de autorizaciones de transporte.

⁷ Vid., por todas, sentencia TJCE de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite*, (asunto C-390/1999), especialmente apartado 33, y sentencias allí citadas.

A tenor de este último Real Decreto, los antiguos socios de cooperativas podrán obtener la autorización cuando las mismas sean solicitadas por personas jurídicas, en los siguientes términos:

1.No se requerirá el cumplimiento de la exigencia de una antigüedad máxima de los vehículos, para el otorgamiento de nuevas autorizaciones de transporte público de mercancías habilitantes para realizar transporte con cualquier clase de vehículos, contenida en la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, 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, cuando dichas autorizaciones sean solicitadas por personas jurídicas que acrediten el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Que el 25 de julio de 2013, todos los socios de la persona jurídica solicitante de la autorización, eran socios de una cooperativa titular de una autorización de transporte público de mercancías habilitante para realizar transporte con cualquier clase de vehículos.

b) Que los vehículos a los que se pretenda adscribir las copias de la nueva autorización se encontraban, el 25 de julio de 2013, adscritos a copias de la autorización de que era titular la cooperativa a que se hace referencia en la letra anterior, o son los que han venido a sustituir a los que en ese momento se encontraban adscritos.

c) Que se cumplen todos los demás requisitos exigidos en la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, 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.

A juicio de esta Comisión, la medida en cuestión no resuelve la falta de necesidad y de proporcionalidad del requisito aquí analizado, consistente, en esencia, en disponer de tres vehículos, pues:

- Mantiene la señalada exigencia de que la sociedad disponga de tres vehículos.
- Obliga a asociarse, sin la debida justificación, a empresarios que podrían no estar interesados en una fórmula asociativa, como afirma la reclamante ser su caso.

Al respecto de esto último conviene recordar que, a tenor del artículo 15 de la Directiva 2006/123/CE, todo requisito que obligue al prestador a constituirse adoptando una fórmula jurídica particular, debe estar justificado en términos de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. En el presente asunto, tal examen no está presente, pues el citado Real Decreto no aclara los motivos por los que impone una fórmula asociativa.

Más bien, el requisito de que la sociedad que se constituya disponga de tres vehículos, parece una exigencia económica, o de planificación del sector,

aspectos que no deberían contemplarse para el otorgamiento de títulos habilitantes. De ello se ocupa el apartado siguiente.

II.2.2.3) Restricciones prohibidas al acceso

Los límites al acceso y ejercicio de una actividad no pueden justificarse con base exclusivamente en razones de naturaleza económica, ni encubrir requisitos de planificación obligatoria.

Así, el artículo 18.2.g LGUM señala que serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento o circulación, los actos disposiciones y medios de intervención que incluyan requisitos de naturaleza económica, en los términos previstos en el art. 10.e Ley 17/2009. Y este último artículo señala lo siguiente:

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 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. Este último objetivo de programación o planificación del sector figura en diferentes documentos y disposiciones aprobados por el Ministerio de Fomento. Así, por ejemplo:

- El Plan Estratégico de Actuación para el Transporte de Mercancías por Carretera (PETRA II), aprobado por el Ministerio de Fomento en junio de 2008, contiene numerosas afirmaciones sobre el dimensionamiento óptimo de las empresas del sector que pueden interpretarse en el sentido del señalado propósito de programación económica. Así, por ejemplo:

El nivel de atomización empresarial existente en el sector (dimensión media de 3,3 vehículos/empresa a nivel nacional, y de 3,7 vehículos/empresa a nivel internacional) conlleva la existencia de serios problemas en la capacidad de gestión empresarial, que repercuten tanto en la calidad de los servicios como en la rentabilidad empresarial.

Esto provoca su menor competitividad, reduciendo la capacidad de: Obtener economías de escala en las compras (vehículos, combustibles, etc.). Alcanzar la capacidad financiera y organizativa necesaria para realizar procesos de expansión exterior [...]

Por esta razón se ve necesaria la promoción y puesta en práctica de aquellas fórmulas de colaboración empresarial más adecuadas para la proyección futura de las empresas (pág. 90) [...]

En España el transporte de mercancías por carretera se caracteriza por una estructura de desequilibrio de oferta/demanda [...]. Esta situación ha propiciado que desde la Administración se hayan promulgado medidas que restringieran el acceso al mercado (a través de aspectos de dimensión empresarial mínimo, edad del parque...) y que propiciaran el aumento de tamaño medio de las empresas del sector (pág. 174).

- Esta última voluntad de imponer una determinada dimensión mínima y edad del parque móvil resulta evidente en diversas disposiciones relativas a obtención de autorizaciones de transporte. Así, el preámbulo de la Orden de 23 de julio de 1997 justifica el requisito de disponer de un número mínimo de autobuses para obtener una autorización de transporte discrecional (requisito que se ampara en una redacción del artículo 115 del ROTT no vigente) en razones de estructuración del sector:

[E]n aplicación del nuevo artículo 115 del ROTT, resulta conveniente para asegurar la más correcta estructuración del sector y en aras a garantizar unos niveles suficientes y uniformes de calidad en la prestación ofertada a los usuarios, el exigir una dimensión mínima a las empresas, mediante la disposición en todo caso, de un número mínimo de autobuses.

Teniendo en cuenta la actual estructura del sector empresarial de transporte discrecional de viajeros en autobús, así como lo manifestado por las asociaciones profesionales integradas en el Comité Nacional del Transporte por Carretera, se ha considerado que la referida dimensión mínima debía cifrarse en cinco vehículos y un número de plazas no inferior a noventa.

En definitiva, según resulta de diferentes documentos y disposiciones del Ministerio de Fomento, el requisito de estar en disposición de un número mínimo de vehículos obedecería a razones económicas o de estructuración del sector. Sin embargo, tales razones no pueden emplearse en el otorgamiento de títulos habilitantes, al venir ello vedado por el artículo 18.2.g) de la LGUM.

II.2.2.4) Posible carácter discriminatorio del requisito exigido

Finalmente, debe hacerse una referencia a la posibilidad, teóricamente residual, de desarrollar la actividad de transporte pesado por carretera, sin la exigencia de 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 corresponda⁸.

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. La reclamación objeto de informe alude a la existencia de un mercado relativamente opaco de adquisición de autorizaciones de transporte (lo cual, dice el reclamante, “*fomenta la economía sumergida de este país*”).

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.

⁸ 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.*”

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión:

- 1.- 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 LGUM** y supone un obstáculo injustificado para el acceso y ejercicio de esta actividad.
- 2.- Adicionalmente, en cuanto supone un condicionante de naturaleza económica o de estructuración del sector, sería contrario al artículo 18.2.g LGUM, en relación con el art. 10.e Ley 17/2009.
- 3.- En vista de lo anterior, esta Comisión considera que el requisito cuestionado no debería impedir la obtención de la correspondiente autorización de transporte a favor del reclamante.