

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 317/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1218/2020

M.REF.: 9256
LETRADO: SR FERNANDEZ PRIETO
S.REF.: *
FECHA NOTIFICACIÓN:29/9/20
VENCIMIENTO:

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

- D. Eduardo Espín Templado, presidente
- D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
- D. Eduardo Calvo Rojas
- D^a. María Isabel Perelló Doménech
- D. José María del Riego Valledor
- D. Diego Córdoba Castroverde
- D. Fernando Román García

En Madrid, a 28 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo n.º 317/2019 interpuesto por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, bajo la dirección letrada de D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja, contra el artículo 2, apartado veintidós, del 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 complementarias 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.

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado; la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, representada por la procuradora D.^a María Jesús Ruiz Esteban, bajo la dirección letrada de D. David Chaves Pastor; y el Comité Nacional del Transporte por Carretera. Departamento de Mercancías, representada por el procurador D. Íñigo Muñoz Durán, bajo la dirección letrada de D. José Luis Fernández-Prieto González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) interpuso recurso contencioso-administrativo contra el artículo 2, apartado veintidós, del 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 complementarias 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 mediante escrito presentado el 26 de julio de 2019, y por diligencia de ordenación de fecha 29 de julio del mismo año se admitió a trámite el recurso y se ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicando a la Sala que:

«[...] declare la nulidad del artículo 2, apartado veintidós, del Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero (por el que se modifica el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres) en el inciso relativo a la antigüedad máxima de cinco meses de los vehículos a efectos de la obtención de una autorización de transporte de mercancías por carretera. Con condena en costas.»

Por Primer Otrosí solicita se acuerde el recibimiento del proceso a prueba, que habrá de versar sobre los puntos de hecho indicados.

Por Segundo Otrosí interesa el trámite de conclusiones.

Por Tercer Otrosí manifiesta su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley a los efectos del artículo 243 LOPJ y 138 LJCA.

Por Cuarto Otrosí fija como indeterminada la cuantía del presente recurso.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 4 de noviembre de 2019, se acordó tener por formalizada la demanda y dar traslado de la misma al Abogado del Estado para su contestación, lo que efectuó en escrito presentado el 11 de noviembre de 2019, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, solicitó: «[...] que habiendo presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y tener por cumplido los trámites conferidos y, previos los que sean procedentes, dictar sentencia desestimando el recurso. fija como indeterminada la cuantía del presente recurso.»

La representación procesal del Comité Nacional del Transporte por Carretera. Departamento de Mercancías, contestó a la demanda en escrito presentado en fecha 13 de diciembre de 2019, en el que terminó suplicando que: «[...] en su día y por sus trámites la desestime con condena en costas a la actora. Por primer otrosí fija como indeterminada la cuantía del presente recurso y por segundo otrosí solicita se acuerde el recibimiento del proceso a prueba, que habrá de versar sobre los puntos de hecho indicados.»

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 7 de enero de 2020, se tuvo por precluido en el trámite de contestación a la demanda a la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, al no haber evacuado el trámite conferido.

QUINTO.- Mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia de fecha 10 de enero de 2020, se fijó la cuantía del presente recurso como

indeterminada y, por auto de fecha 17 de enero de 2020, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, admitiéndose la documental propuesta por las partes, con el resultado que obra en las actuaciones.

SEXTO.- Tras los escritos de conclusiones presentados por la parte actora, el Abogado del Estado y la codemandada Comité Nacional del Transporte por Carretera. Departamento de Mercancías, por diligencia de ordenación de fecha 2 de marzo de 2020 quedaron concluidas las actuaciones, pendientes de señalamiento para votación y fallo.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de fecha 15 de julio de 2020, se designó nuevo Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló para la votación y fallo el día 15 de septiembre de 2020, fecha en que tuvo lugar, de forma conjunta con los recursos números 136/2019, 134/2019, 140/2019, 141/2019, 144/2019 y 143/2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

En este recurso contencioso-administrativo se impugna el primer inciso del artículo 2, apartado veintidós, del Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y otras normas complementarias 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.

La cuestión controvertida se centra, por tanto, en determinar si es o no ajustado a Derecho el mencionado inciso, cuyo tenor literal es el siguiente:

«2. Quien pretenda obtener una autorización de transporte público de mercancías 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 cinco meses, contados desde su primera matriculación.

(...)».

SEGUNDO.- El principio de libertad de la actividad económica y su proyección al ámbito del transporte: normativa aplicable.

El artículo 38 de la Constitución Española establece el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

En coherencia con esta previsión constitucional, bajo la rúbrica “*Garantías al libre establecimiento y circulación*”, la LGUM dispone en su artículo 16 que “*El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales*”.

En este marco general hay que situar el caso ahora enjuiciado, referido a la actividad de transporte, que es objeto de regulación específica en el Reglamento (CE) nº 1071/2019, en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres 16/1987 (LOTT) y en su Reglamento (ROTT), aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, sobre cuya modificación en virtud del Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero gira, precisamente, la cuestión debatida en este recurso.

El Reglamento comunitario nº 1071/2019 regula tanto los requisitos para ejercer la actividad de transportista por carretera como los medios materiales para llevar a cabo dicha actividad, limitándose a este respecto en el artículo 5 a exigir que se disponga de uno o más vehículos matriculados o puestos en circulación con arreglo a la legislación del Estado correspondiente, sin establecer requisito alguno en materia de antigüedad de los vehículos.

Por su parte, la LOTT establece en su artículo 42 que la realización de transporte público de viajeros y mercancías estará supeditada –con carácter general y salvo las excepciones que prevé- a la posesión de una autorización que habilite para ello.

Y en su artículo 43 condiciona el otorgamiento de esa autorización de transporte público a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los requisitos que establece, entre los que incluye, en el apartado 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”*.

Por su parte, el ROTT (tras la modificación introducida en virtud del RD 70/2019) dispone en su artículo 34:

«La obtención y mantenimiento de las distintas clases de autorizaciones de transporte público de viajeros o mercancías por carretera estará supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 43 de la LOTT que en cada caso correspondan».

Y, más adelante, en su artículo 44.2 establece:

«2. Quien pretenda obtener una autorización de transporte público de mercancías 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 cinco meses, contados desde su primera matriculación.

(...)».

TERCERO.- Doctrina jurisprudencial sobre el establecimiento de límites a la actividad económica de transporte o a su ejercicio.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre el establecimiento de límites a la actividad económica de transporte o a

su ejercicio con ocasión de la impugnación de normas reglamentarias reguladoras de dicha actividad.

Así, en las SSTS nº 332/2020, de 6 de marzo y nº 349/2020, de 10 de marzo, entre otras dictadas en el mismo sentido, hemos establecido: “El artículo 5.1 LGUM requiere que los poderes públicos justifiquen los límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, o la exigencia de requisitos para su desarrollo, debiendo justificar que sean necesarios para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de acceso a las actividades de servicio”.

Respecto de esas razones añadíamos en esas sentencias: “(...) conviene precisar que las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la imposición de limitaciones a una actividad económica no son exclusivamente las enumeradas en el artículo 17.1.a) LGUM (orden público, seguridad pública, salud pública o protección de medio ambiente), que son las contempladas para la exigencia de la medida más restrictiva, la exigencia de autorización previa –que, por lo demás, también puede fundarse en las circunstancias enumeradas en la letra 17.1.c), que comprende la utilización del dominio público, la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas y la limitación del número de operadores económicos del mercado-, sino que debe atenderse al más amplio listado de razones imperiosas de interés general que se contiene en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009”.

También señalábamos que “(...) las limitaciones y requisitos que pudieran establecerse han de ser proporcionados y lo menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica (artículo 5.2 LGUM)” y precisábamos: “(...) si no está justificada la existencia de una razón imperiosa de interés general ni, por tanto, la necesidad de la medida (artículo 5.1 LGUM), es obligado concluir que resulta también vulnerada la exigencia de proporcionalidad (artículo 5.2 LGUM), pues la proporcionalidad que exige el precepto viene referida precisamente a aquella la razón imperiosa de interés general que no ha sido justificada. Ello hace innecesario que entremos a examinar si, en caso de que hubiese quedado justificada la razón imperiosa de interés general, la Administración podría haber establecido otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

Y, en línea con lo expuesto, dijimos también: “La adecuación y proporcionalidad de la medida elegida es una exigencia contenida tanto en el artículo 4.1 de la ley 40/2015 -las Administraciones públicas que exijan el cumplimiento de requisitos para el

desarrollo de una actividad «deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias»- como en el artículo 5.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, al establecer este precepto que «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».

CUARTO.- Aplicación al caso enjuiciado de la normativa y doctrina jurisprudencial referidas. Alegaciones y pretensiones de las partes.

Resulta evidente que la exigencia del requisito de tener, al menos, un vehículo con una antigüedad que no supere los cinco meses contados desde su primera matriculación para poder obtener una licencia de transporte público de mercancías nueva representa un óbice limitativo al principio de libertad de la actividad económica en materia de transporte. Por ello, es preciso examinar si la introducción de ese requisito en el Real Decreto impugnado se ha ajustado o no a las exigencias legales y jurisprudenciales en la materia.

Al respecto, las partes personadas mantienen posiciones discordantes:

(i) La parte recurrente (CNMC) pretende que se declare la nulidad del referido inciso del precepto impugnado, alegando que el requisito de antigüedad máxima de cinco meses del vehículo o vehículos exigidos para la obtención de una autorización nueva de transporte de mercancías por carretera es contrario a la Ley de Garantía de Unidad de Mercado (LGUM) y, más concretamente, a sus artículos 5, 9, 17 y 18.2 (este último en relación con el artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre) por los motivos que resume del siguiente modo:

«-No consta la menor motivación sobre el mismo en el expediente.

-Aunque pudiese ampararse formalmente en la protección de intereses generales sobre seguridad vial o medio ambiente, tal medida no sería adecuada ni proporcionada a tales fines.

-La medida es inadecuada porque está desconectada de dichos supuestos intereses generales a proteger. Ni un solo dato del expediente corrobora que tal antigüedad sea determinante desde el punto de vista de la seguridad vial o el medio ambiente. Además, dichos objetivos de interés general no se perseguirían de forma coherente y sistemática, pues la misma norma:

- Fija en dos años la antigüedad máxima de los autobuses a efectos de la obtención de una autorización de transporte público de viajeros.*
- Excluye requisitos de antigüedad máxima de los vehículos para el transporte privado complementario.*
- Permite incorporar vehículos de cualquier antigüedad a una flota con tal de que se mantenga su antigüedad media (sea cual sea).*
- Prescinde de todo requisito de antigüedad en caso de incorporación de una flota completa anteriormente adscrita a otra autorización.*
- Da por cumplido el requisito de capacidad económica si se dispone de un vehículo pesado de hasta doce años de antigüedad.*

-La medida es desproporcionada al no ser la menos restrictiva posible. La superación de pruebas técnicas periódicas garantiza la seguridad y la protección del medio ambiente. Si se pretende una protección reforzada del medio ambiente, debería atenderse a exigencias sobre el nivel de emisiones, lo cual no siempre depende de la antigüedad de los vehículos.

-La medida introduce una importante distorsión en el mercado generando una barrera de entrada a los nuevos operadores en forma de sobrecostes por tener que adquirir un vehículo seminuevo, lo que afectará a la competencia efectiva, desincentivando la inversión de los operadores incumbentes en la progresiva modernización de su flota y consiguiendo un efecto contrario al deseado.

-Las consideraciones del TJUE en un asunto análogo (relativo al transporte privado complementario) llevan a concluir que el requisito es contrario al principio de necesidad y proporcionalidad de la LGUM».

(ii) Por contra, la Abogacía del Estado, que defiende y representa en este pleito a la Administración General del Estado demandada, se opone a las alegaciones y pretensiones de la parte actora, defendiendo que se trata de un requisito que no es nuevo, ni se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento, puesto que ya se establecía en la Orden FOM/734/2007, señalando, además, que su introducción en este RD encuentra justificación *ad*

hoc en el expediente en la contestación a las observaciones formuladas por el Ministerio de Economía.

Indica también que es un requisito necesario y proporcionado, así como que “*se trata de una exigencia que acredita en mayor medida la capacidad de la empresa que accede al mercado, lo que, consecuentemente, incrementará la seguridad de las transacciones comerciales garantizando en mayor grado los derechos de los acreedores y de los destinatarios de los servicios, finalidades que están comprendidas en el concepto comunitario de razones imperiosas de interés general*”. Considera, además, que es una exigencia mínimamente restrictiva, que no representa ninguna incoherencia con otras exigencias de antigüedad recogidas en la misma norma y que carece de incidencia apreciable en el mercado de vehículos usados, enfatizando que mediante la exigencia de este requisito no se pretende específicamente proteger la seguridad vial ni el medio ambiente, sino la seguridad de las transacciones comerciales en un sector estratégico, sin vulnerar ningún precepto de la LGUM ni de la Ley 17/2009.

(III) La parte codemandada, COMITÉ NACIONAL DEL TRANSPORTE POR CARRETERA, también se opone a las alegaciones y pretensiones de la recurrente y sostiene –en esencia- que estamos ante una medida que se justifica en el rejuvenecimiento de la flota de las empresas de transporte que lleva más de diez años en vigor, que se implica en objetivos de eficacia, seguridad vial y medioambientales, que no responde a ninguna planificación económica, ni persigue intervenir en el mercado más allá de favorecer la renovación de la flota, sin que se haya justificado que dicha medida pueda afectar al mercado de vehículo usado.

CUARTO.- Sobre la ausencia de motivación expresa en el texto del Real Decreto y en la Memoria definitiva respecto de la necesidad del requisito cuestionado.

Como primera objeción, la parte actora alega que la inclusión en el Real Decreto 70/2019 del requisito de antigüedad que estamos examinando, tardíamente introducido en el procedimiento, carece de la necesaria

motivación y que, pese a las observaciones desfavorables efectuadas por la CNMC, por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y, también, por el Consejo de Estado en su dictamen, la Memoria final del proyecto omitió cualquier mención al indicado requisito, *“el cual no fue objeto de la menor motivación”*, no habiendo tenido lugar *“ni siquiera, una explicación lacónica”*.

Frente a estas consideraciones, las partes demandada y codemandada alegan que no era necesaria la motivación, puesto que ese requisito de antigüedad se había introducido doce años antes, en la regulación anterior (concretamente, en la Orden FOM/734/2007). A ello añade el Abogado del Estado que *“en la contestación a las observaciones formuladas por el Ministerio de Economía sí se justificó el requisito, por lo que el propio expediente contiene una justificación ad hoc”*.

Pues bien, tras examinar el expediente, la Sala constata que la razón asiste a la parte recurrente.

En efecto, antes hemos recordado que la Constitución Española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y que, en línea con ello, la LGUM consagra como regla general la libre iniciativa económica, aunque excepcionalmente permita su válida limitación cuando se cumplan las exigencias que establece. Así, en primer lugar, se exige una motivación suficiente que justifique la necesidad de la limitación, que deberá sustentarse en la concurrencia de alguna de las razones imperiosas de interés general a las que hemos aludido con anterioridad; y, en segundo lugar, se exige que las concretas medidas limitativas que se pretendan establecer sean adecuadas y proporcionadas.

Por tanto, dado que en este caso la imposición del mencionado requisito de antigüedad constituía con toda evidencia una limitación al acceso y ejercicio de la actividad de transporte, era precisa –como primera exigencia– una motivación suficiente para poder introducirlo en el Real Decreto 70/2019.

Sin embargo, basta la simple lectura del texto del Real Decreto y de su Memoria para constatar la ausencia de motivación expresa del requisito de antigüedad aquí cuestionado.

Esta omisión no puede ser salvada alegando que no se trata de una medida nueva, sino que ya había sido introducida en una norma que anteriormente estuvo vigente, la Orden FOM/734/2007. Aceptar tal alegación sería tanto como permitir que, en virtud de las disposiciones contenidas en una norma reglamentaria de 2007, pudieran quedar sin efecto las exigencias que para la válida limitación del libre acceso y ejercicio de las actividades económicas se han establecido con posterioridad en normas de superior rango, como son el Reglamento (CE) nº 1071/2009, la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la LGUM de 2013.

Esta conclusión, por otra parte, es sustancialmente coincidente con la que alcanzamos ante una alegación parecida en la citada STS nº 332/2020, en la que dijimos:

«(...) El Abogado del Estado justifica esta medida afirmando que esta previsión no añade nada nuevo a la obligación de cumplimentar y conservar una “hoja de ruta” de cada servicio, que se contenía en el artículo 24 de la Orden FOM/36/2008. La única novedad radica, a su entender, en que ahora la comunicación debe hacerse utilizando medios electrónicos, pero ello estaría justificado al tratarse de un mecanismo más eficiente para ejercer el control del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 182.5 del ROTT.

Este argumento no ampara la justificación de la necesidad de esta medida ni su proporcionalidad, pues la reiteración de una limitación o carga que ya se contenía en una norma anterior no legitima dicha medida si esta es contraria a derecho».

Tampoco sirve para paliar eficazmente la ausencia de motivación expresa la alegación de la codemandada de que “(...) tal medida se ha visto respaldada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de febrero de 2018, que se pronunció acerca del artículo 19 de la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, dejando subsistente el requisito de la antigüedad”, pues la lectura de la citada sentencia nos lleva a concluir que tal aseveración no se corresponde exactamente con lo sucedido; de esa lectura se desprende que no es que el

TJUE dejara subsistente el requisito de la antigüedad en esa sentencia, sino que en realidad no se pronunció sobre dicho requisito, al impugnarse en aquella ocasión únicamente el requisito relativo a la flota mínima para poder acceder al sector, conforme al cual se exigía tener al menos tres camiones para poder obtener la autorización de transporte público de mercancías por carretera.

Y, del mismo modo, debemos rechazar la afirmación del Abogado del Estado sobre la existencia de una justificación *ad hoc* en el expediente respecto de este requisito de la antigüedad, por constituir aquélla una mera aseveración, vaga y apodíctica, que no ha sido objeto de concreción en el escrito de contestación a la demanda ni en el de conclusiones y que, en consecuencia, no puede considerarse apta para acreditar la concurrencia de una motivación *ad hoc* en el expediente que permitiera entender que la introducción del cuestionado requisito de antigüedad había sido debidamente justificada.

QUINTO.- Falta de adecuación y de proporcionalidad del requisito cuestionado.

Las partes demandada y codemandada han procurado suplir en este pleito la carencia de motivación expresa que se aprecia en el texto de la norma, intentando fundamentar en sus respectivos escritos la existencia de razones imperiosas de interés general que pudieran dar cobertura al requisito cuestionado.

Así, el Abogado del Estado afirma que este requisito no pretende proteger la seguridad vial ni el medio ambiente, sino la seguridad de las transacciones comerciales, garantizando en mayor grado los derechos de los acreedores y de los destinatarios de los servicios, finalidades que -según sostiene- están comprendidas en el concepto comunitario de razones imperiosas de interés general.

Y, por su parte, el Comité Nacional del Transporte por Carretera, sostiene que este requisito persigue rejuvenecer la flota de transporte, con las consecuencias que ello comporta, no solo para la seguridad vial y el medio ambiente, sino también para la calidad del servicio que se ofrece al consumidor final.

Sin embargo, como ahora veremos, estos intentos para encontrar cobertura al requisito cuestionado en la seguridad vial, el medio ambiente, la seguridad de las transacciones comerciales o la calidad del servicio ofrecido al consumidor final no pueden tener el efecto pretendido.

A) En principio, desde una perspectiva teórica, cabe admitir que un obstáculo al libre acceso o al libre ejercicio de la actividad de transporte pueda estar justificado por exigencias imperativas relativas a la mejora de la seguridad vial o a la protección del medio ambiente.

Ahora bien, el amparo formal en una razón imperiosa de interés general no basta -como con acierto sostiene la CNMC- para justificar una limitación a una actividad, pues para ello es necesario que se cumpla la segunda de las exigencias a las que antes aludíamos: que la medida limitativa que se pretenda adoptar sea adecuada y que sea proporcionada.

(i) Respecto de la adecuación, cabe apreciar, de entrada, que no consta en el expediente, ni se ha aportado en esta instancia judicial, ningún informe que permita alcanzar la conclusión de que el simple hecho de que un vehículo tenga una antigüedad superior a cinco meses desde su primera matriculación sea determinante desde el punto de vista de su aptitud técnica para circular o del nivel de emisiones contaminantes que pudiera provocar, ni -menos aún- que dicha antigüedad pudiera comprometer o perjudicar de manera relevante la seguridad vial o el medio ambiente.

Por otro lado, no se ha explicado a este respecto el motivo por el que se ha elegido como límite máximo el de cinco meses desde la primera matriculación de un vehículo, en lugar de otro inferior o superior. Tampoco se

ha probado que ese concreto plazo de cinco meses permitiera, por sí mismo, lograr una adecuada protección de la seguridad vial y del medio ambiente o, en su caso, que la misma protección no se pudiera alcanzar estableciendo otra antigüedad superior desde la primera matriculación.

Y, en línea con lo anterior, tampoco se ha explicado por qué, si se consideraba que el de cinco meses era el límite temporal más adecuado para la protección de la seguridad vial y el medio ambiente, sólo se impone tal límite a uno de los vehículos de la flota y no a todos ellos.

Por otra parte, conviene recordar que el TJUE tiene establecido que “las restricciones impuestas por los Estados miembros deben cumplir los requisitos de proporcionalidad derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es decir, que sean adecuadas para garantizar el cumplimiento del objetivo perseguido y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, debe recordarse en este contexto que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado si responde efectivamente al propósito de lograrlo de forma coherente y sistemática” (en este sentido se pronuncian las SSTJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-98/14, apartado 64 y de 23 de diciembre de 2015, asunto C-293/14, apartado 65).

Pues bien, trasladando esa doctrina al presente caso podemos constatar que el Real Decreto contiene diferentes previsiones normativas sobre el requisito de la antigüedad de los vehículos, pero sin que se apunte expresamente en el texto de la norma, ni se atisbe siquiera, cuál pudiera ser el criterio rector empleado al respecto. En consecuencia, al no apreciar que el Real Decreto esté dotado en este extremo de la necesaria coherencia, no podemos tener por demostrado que la normativa controvertida responda verdaderamente al objetivo de proteger la seguridad vial y el medio ambiente de forma congruente y sistemática, como exige el TJUE en las sentencias citadas.

Así lo pone de manifiesto con precisión la CNMC cuando ejemplifica en su escrito de demanda que, además de introducir el requisito ahora cuestionado, el Real Decreto: (a) fija en dos años la antigüedad máxima de los

autobuses a efectos de la obtención de una autorización de transporte público de viajeros; (b) excluye requisitos de antigüedad máxima de los vehículos para el transporte privado complementario; (c) permite incorporar vehículos de cualquier antigüedad a una flota con tal de que se mantenga su antigüedad media, sea cual sea; (d) prescinde de todo requisito de antigüedad en caso de incorporación de una flota completa anteriormente adscrita a otra autorización; y (e) da por cumplido el requisito de capacidad económica si se dispone de un vehículo pesado de hasta doce años de antigüedad.

Por tanto, conforme a lo expuesto, no puede considerarse probado que el requisito de antigüedad cuestionado sea adecuado para proteger la seguridad vial y el medio ambiente.

(ii) Decíamos antes que la medida limitativa, además de adecuada, debe ser proporcionada, esto es, debe permitir alcanzar el objetivo deseado de la forma menos restrictiva posible. O, dicho desde otra perspectiva: no debe haber otras medidas que permitan lograr el mismo objetivo de forma menos gravosa.

Pues bien, a este respecto constatamos que no ha quedado demostrado que la protección de la seguridad vial y el medio ambiente no pueda garantizarse de forma igualmente eficaz con otras medidas menos restrictivas, como el reconocimiento de pruebas que acrediten que el vehículo ha superado con éxito una inspección técnica (como la ITV) o el reconocimiento de pruebas referidas al control de emisiones (teniendo en cuenta, además, que éstas no siempre guardan directa relación con la antigüedad de los vehículos).

En consecuencia, conforme a lo razonado hasta ahora debemos declarar que no ha quedado acreditado que el requisito cuestionado sea adecuado y proporcionado para proteger los intereses públicos en materia de seguridad vial y medio ambiente.

B) Por otra parte, tampoco puede aceptarse como justificación del establecimiento del requisito el que éste *“acredita en mayor medida la capacidad de la empresa que accede al mercado lo que, consecuentemente, incrementará la seguridad de las transacciones comerciales, garantizando en mayor grado los derechos de los acreedores y de los destinatarios de los servicios”*, pues la indicación de una mayor capacidad, tamaño o solvencia de la empresa no constituye una razón imperiosa de interés general.

Así lo dijimos en nuestra STS nº 921/2018, de 4 de junio, en la que, ante la alegación de la CNMC -referida al requisito de flota mínima en la actividad de VTC- de que *“la seguridad de las transacciones comerciales no es una de las razones imperiosas de interés general a las que se refiere el artículo 17.1.a) LGUM ni la jurisprudencia comunitaria”*, establecimos:

«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. Se trata de afirmaciones apodícticas carentes de explicación (...).».

Esta conclusión es, a su vez, del todo coherente con la alcanzada por el TJUE en el apartado 40 de su sentencia de 3 de abril de 2014 (asunto C-428/12), en el que se decía:

«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».

Conviene precisar, además, que en esa sentencia se analizó el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de

España como consecuencia de la introducción de un requisito idéntico al ahora cuestionado en una norma reglamentaria española reguladora del transporte privado complementaria de mercancías. Se da, además, la circunstancia de que esa norma, la Orden FOM/734/2007, constituye el antecedente normativo del Real Decreto 70/2019 invocado en este extremo por las partes demandada y codemandada en este recurso. En consecuencia, siendo las razones expresadas en la sentencia del TJUE predicables también en este supuesto, pese al distinto tipo de autorización de transporte analizado en uno y otro caso, resulta útil recordar que el pronunciamiento del TJUE fue el siguiente:

“El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 34 2TFUE al imponer en el artículo 31 de 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, para los vehículos cuya masa máxima autorizada exceda de 3,5 toneladas, el requisito de que, para obtener una autorización de transporte privado complementario de mercancías, el primer vehículo de la flota de una empresa no deba tener más de cinco meses de antigüedad contados desde su primera matriculación”.

C) Finalmente, tampoco podemos aceptar como justificación del requisito cuestionado la alegación de que mediante su establecimiento se persigue el rejuvenecimiento de la flota, con las consecuencias que ello comporta, no solo para la seguridad vial y el medio ambiente, sino también para la calidad del servicio que se ofrece al consumidor final.

A este respecto, damos por reproducidas las consideraciones que hemos hecho antes sobre la seguridad vial y el medio ambiente y, además, señalamos ahora que no se ha acreditado con la concreción exigible por qué debe alcanzarse la conclusión de que la calidad del servicio ofrecido al consumidor final se garantizará con la introducción de este requisito y, en su caso, por qué deberíamos entender que ese objetivo no puede alcanzarse mediante la introducción de otras medidas menos restrictivas.

SEXTO.- Conclusión: estimación del recurso e imposición de costas.

A la vista de lo razonado en los Fundamentos precedentes, alcanzamos la conclusión de que el requisito cuestionado supone una injustificada barrera de acceso a la actividad en el sector del transporte que, además, introduce una evidente distorsión en el mercado y afecta a la competencia efectiva, al exigir a quienes intenten convertirse en nuevos operadores los sobrecostes correspondientes a la adquisición de un vehículo de una antigüedad no superior a cinco meses, en claro beneficio de aquellos operadores ya instalados en el mercado y todo ello sin que se haya demostrado la existencia de una razón imperiosa de interés general que haga necesario introducir en la normativa reguladora la referida medida limitativa.

Por tanto, en atención a lo expuesto, el recurso debe ser estimado y, en consecuencia, debemos anular por no ser ajustado a Derecho, el precepto impugnado en el inciso siguiente: *"2. Quien pretenda obtener una autorización de transporte público de mercancías 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 cinco meses, contados desde su primera matriculación"*.

Conforme a lo previsto en el artículo 139 LJCA, procede imponer -por mitad- las costas de este recurso a las partes demandada y codemandada, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, limita a cuatro mil euros (4.000 €) la cantidad máxima a reclamar por la parte demandante por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, si procediere.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.- Estimar el recurso contencioso-administrativo n.º 317/2019 interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra el artículo 2, apartado veintidós, del 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 complementarias en materia de formación 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.

Segundo.- Anular el artículo 2, apartado veintidós, del Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, en el inciso impugnado, referido en el fundamento de Derecho Sexto, por no ser ajustado a Derecho.

Tercero.- Imponer las costas de este proceso a las partes demandada y codemandada, en los términos señalados en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado

D. José M. Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª Mª Isabel Perelló Doménech

D. José Mª del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Román García, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.