

Helena Villarejo Galende\*

# LICENCIAS COMERCIALES: SU PERSISTENCIA TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

*La transposición de la Directiva de Servicios a nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto que la apertura de los establecimientos comerciales de menos de 300 m<sup>2</sup> no pueda someterse a autorización previa. No obstante, la regulación de prácticamente todas las Comunidades Autónomas sigue manteniendo un régimen autorizatorio para los grandes establecimientos comerciales. La situación recuerda a la fantasía onírica que Dalí plasmó en uno de sus cuadros más conocidos y fascinantes, «La persistencia de la memoria» (1931). Así como los relojes derretidos dalinianos, las normativas autonómicas se han reblandecido por el paso del tiempo y los efectos de la Directiva, aunque todavía persisten.*

**Palabras clave:** Directiva de Servicios, regulación comercial, autorizaciones, grandes establecimientos comerciales.

**Clasificación JEL:** K23; L59; L81; L88.

## 1. Recordatorio de la Directiva de Servicios

La incorporación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ha despertado un extraordinario interés. Aparte del enorme número de normas que han sido y serán modificadas (se ha llegado a hablar de 8.000), los cambios habrán de ser significativos —también y sobre todo— desde una perspectiva cualitativa. Ahora bien, lo cierto es que la envergadura de la adaptación administrativa

generada por la Directiva de Servicio (en lo sucesivo, DS) no es una cuestión pacífica y que, de hecho, ha generado una notable controversia en la disciplina del Derecho administrativo, sin parangón en el Derecho comparado. Hay quienes han hablado de «revolución administrativa» (Muñoz Machado, 2009: 297 y Jiménez Asensio, 2010: 96), de «hito de la historia europea» que generará el «advenimiento de un nuevo Derecho administrativo para el Siglo XXI» (Fernández Rodríguez, 2007: 197)<sup>1</sup> o, incluso, de «mutación constitucional» (Parejo, 2009: 38 y De la Quadra-Salcedo, 2009:

---

\* Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Valladolid.

---

<sup>1</sup> Por su parte, E. LINDE (2008: 87) ha hablado de «cataclismo en el núcleo central del Derecho administrativo».

60)<sup>2</sup>. Y quienes, por el contrario, han relativizado su importancia y considerado que se trata de una norma descafeinada de alcance limitado y efectos, como mucho, lampedusianos (Laguna de Paz, 2009 y Salvador, 2010). Asimismo, otros muchos autores se sitúan en posiciones equidistantes, sin exagerar pero sin trivializar tampoco las consecuencias de la norma europea en nuestro derecho interno (Rivero, 2009a).

No es este el lugar para desentrañar las cuestiones planteadas, ni tampoco para analizar el proceso de transposición de manera profunda y rigurosa. En mi opinión, y dejando al margen los resabios ideológicos, parte de la polémica procede de una cierta confusión en el análisis de tres estadios del proceso que deberían ser bien diferenciados: la propuesta Bolkestein, el texto final de la Directiva y el modo en que el legislador español ha incorporado la norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico. Porque, aunque resulte una obviedad, una cosa es lo que la Directiva quiso decir, otra lo que realmente dice y otra muy distinta lo que nuestros legisladores han querido hacerle decir.

Es sobradamente conocido que lo que se pretendía con la aprobación de la DS era crear un «auténtico mercado interior de servicios para el año 2010». A tal efecto, era preciso establecer un marco jurídico que suprimiera los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento y circulación de los prestadores de servicios, así como mejorar la calidad de los servicios. Y tal marco jurídico descansa, principalmente, en un programa de simplificación administrativa y en una serie de reglas relativas a los regímenes de autorización establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios, que habrán de ser la excepción y no la regla. Digamos que, aunque la Directiva no prohíbe las autorizaciones, las somete a una «presunción de culpabilidad» que obliga a los Estados

miembros a probar su inocencia<sup>3</sup>. De tal manera que el sometimiento de una actividad a un régimen de autorización previo sólo será legítimo cuando supere el denominado «triple test»: *i*) que no sea discriminatorio, *ii*) que sea necesario (motivación de los requisitos que limiten el ejercicio de una actividad en la protección de razones imperiosas de interés general) y *iii*) que cumpla con el principio de proporcionalidad (adecuación a los fines que se persiguen y elección de la medida menos restrictiva)<sup>4</sup>. Además, la norma comunitaria precisa los requisitos que, por ser considerados especialmente restrictivos, estarán prohibidos (esta «lista negra» del art. 14 DS incluye las pruebas económicas o la participación de los competidores en el procedimiento, de gran relevancia para el sector comercial) y también aquellos otros requisitos que, por considerarse potencialmente restrictivos, se encuentran sometidos a evaluación para justificar que no son discriminatorios y son necesarios y proporcionales (en la «lista gris» del art. 15 DS se encuentran, por ejemplo, los límites fijados en función de la población o de distancias geográficas mínimas entre prestadores o los requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular).

Asimismo, se establecen una serie de condiciones respecto a los requisitos autorizatorios: habrán de delimitar la facultad de apreciación de las autoridades competentes para evitar la arbitrariedad (art. 10.1 DS), serán claros e inequívocos, discriminatorios, justificados en una razón imperiosa de interés general y proporcionados a ella, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles (art. 10.2 DS). Tendrán que evitarse duplicidades o solapamientos con requisitos y controles equivalentes de otros Estados miembros o del mismo Estado miembro (art. 10.3 DS). Con carácter

<sup>2</sup> Más recientemente, A. NOGUEIRA (2012) ha dirigido una obra colectiva bajo el expresivo título *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*.

<sup>3</sup> Según L. PAREJO (2009:34), la Directiva coloca bajo «sospecha de restricción indebida» a «cualquier regulación jurídico-pública del acceso al mercado».

<sup>4</sup> Este triple test es reflejo de una asentada jurisprudencia comunitaria sobre el artículo 49 TFUE (anteriormente art. 43 TCE). Véase SALVADOR y VILLAREJO (2007).

general, la autorización debe concederse por período ilimitado y permitir prestar la actividad en todo el territorio nacional, salvo justificación para autorización específica (art. 10.4 DS). La denegación o retirada de la autorización debe ser motivada e impugnada mediante recurso judicial. Se establece el silencio positivo con carácter general (art. 13.4 DS) y el derecho a recibir «acuse de recibo» lo antes posible (art. 13.5 DS).

Si bien es cierto que la mayor parte de esos requisitos ya se contemplaban en nuestro procedimiento administrativo, no cabe duda de que las obligaciones impuestas por la norma comunitaria habrían de implicar un profundo cambio de mentalidad en los Estados miembros a la hora de limitar o condicionar el ejercicio de las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Esta nueva filosofía regulatoria habrá de manifestarse, en la práctica, reduciendo o eliminando determinadas barreras o limitaciones legales y facilitando el acceso a los trámites y a la información, preferentemente por vía electrónica.

## 2. La Normativa comercial española en el punto de mira

El comercio interior, como actividad de servicios, entra dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria<sup>5</sup>. De hecho, bajo la denominación «distribución» se encuentra expresamente incluido en la lista de servicios a los que la DS resulta aplicable de acuerdo con el considerando 33. Es sabido que la afectación de la legislación comercial, en buena medida, ha protagonizado en nuestro país el debate en torno a la transposición de la norma, aun cuando evidentemente la DS no es la «Directiva de Comercio», puesto que es una norma de carácter transversal u horizontal que afecta a otros muchos sectores (Sánchez Armas, 2009). Los efectos de la Directiva sobre la or-

denación de la distribución comercial se centran en el régimen de autorizaciones administrativas a las que se someten las actividades comerciales, que van desde la licencia comercial específica para los grandes establecimientos comerciales, hasta las licencias para la apertura de establecimientos medianos o de descuento duro, pasando, entre otros, por los registros de comerciantes y las autorizaciones municipales para el ejercicio de la venta ambulante o las homologaciones de máquinas expendedoras. En principio, la DS no interfiere en otras facetas de la política comercial como los horarios comerciales o la promoción de ventas.

Entre los aspectos de la legislación comercial afectados por la DS destaca la normativa que regula la implantación de los grandes establecimientos comerciales. Si en el ordenamiento jurídico español había unas autorizaciones «especialmente sospechosas», éstas eran las licencias específicas autonómicas que se exigían a los mencionados formatos. Sospechosas, antes incluso de que se aprobara la DS, pues la Comisión Europea había abierto dos procedimientos de infracción contra el Reino de España, al considerar que tanto la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, como diversas normas comerciales de Cataluña y Andalucía, contenían restricciones al establecimiento de superficies comerciales incompatibles con el Derecho comunitario<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Por cierto, el alcance material de la norma comunitaria es controvertido y está envuelto en la incertidumbre, debido en gran medida a la existencia de un mosaico de excepciones, exclusiones y «no aplicaciones» que se contemplan. Para más detalle, VILLAREJO (2009: 34 y ss).

<sup>6</sup> Se trata del procedimiento de infracción núm. 4332/2003 (asunto C-400/08), en el que la Comisión Europea interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia, solicitando que se declare que el Reino de España ha incumplido el artículo 49 TJUE (antiguo art. 43 TCE) por las restricciones al establecimiento de superficies comerciales resultantes de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, y las siguientes normas de Cataluña: Ley 18/2005, de equipamientos comerciales; Decreto 378/2006, por el que se desarrolla aquella ley; y Decreto 379/2006, por el que se aprueba el Plan Sectorial de Equipamientos Comerciales. El 24 de marzo de 2011 el Tribunal de Justicia dictó Sentencia, declarando que algunas de las disposiciones impugnadas son contrarias a la libertad de establecimiento. En el segundo procedimiento de infracción (núm. 4067/2008), se ventila la compatibilidad con el artículo 49 TFUE de la Ley autonómica 1/1996, de 10 de enero, de comercio interior de Andalucía —modificada por la Ley 6/2002— y el Decreto 208/2007, de 17 de julio, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Orientación Comercial 2007-2010 y se regulan los criterios de evaluación para el otorgamiento de licencia comercial de grandes establecimientos comerciales.

Evitar la condena de la Comisión y transponer el contenido de la DS en el sector comercial conminaba ineludiblemente a demostrar la inocencia de estos regímenes autorizatorios. Todo esto implicaba llevar a cabo un cambio del modelo de ordenación comercial que conocíamos hasta ahora, con la consiguiente reforma de la Ley estatal y de las legislaciones de comercio de todas las Comunidades Autónomas.

En principio, de acuerdo con lo establecido por la DS, las limitaciones a la apertura de centros comerciales podrán mantenerse, siempre que sean no discriminatorias, resulten proporcionales y estén justificadas. De hecho, la propia Directiva en su considerando 47 hace referencia expresa a las autorizaciones para grandes establecimientos comerciales, lo cual indica que la norma comunitaria contempla la subsistencia de este tipo de autorizaciones. Sin embargo, a tenor de la DS, los requisitos que se establezcan en el análisis previo de las autorizaciones de nuevos establecimientos comerciales deberán estar objetivamente justificados en una «razón imperiosa de interés general». Y es en este contexto en el que resulta discutible que las razones de política comercial, como la protección del pequeño comercio frente a la gran distribución, que de manera más o menos velada los Estados miembros han venido aduciendo para exigir que los grandes formatos comerciales obtengan una autorización administrativa especial para acceder al mercado, puedan enmarcarse en el concepto de «razón imperiosa de interés general».

En el ámbito estatal, la autorización comercial para la instalación de grandes superficies que había introducido la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) con carácter básico, era una autorización de naturaleza económica, que pretendía conseguir el mantenimiento de la competencia, el equilibrio entre las distintas formas comerciales<sup>7</sup>. Ello

podía deducirse de los criterios a los que la norma aludía para decidir la autorización o, en su caso, denegación. En concreto, la LOCM establecía que los poderes públicos competentes —las Comunidades Autónomas (art. 7)— habían de ponderar «la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla» (art. 6.2)<sup>8</sup>. Pues bien, ninguno de estos dos criterios se encuentra entre las denominadas «razones imperiosas de interés general» susceptibles, según la DS, de justificar los regímenes de autorización y sus requisitos. El verdadero objetivo de esta medida era proteger al pequeño comercio, un objetivo de carácter económico que no puede justificar una restricción de la libertad de establecimiento. De la clara incompatibilidad con la norma comunitaria se derivaba, pues, la necesidad de proceder a una reforma de la legislación básica estatal<sup>9</sup>.

En el ámbito autonómico, la mayoría de las leyes de comercio y sus desarrollos reglamentarios, en especial los diversos planes de equipamientos comerciales elaborados por varias CC AA, presentaban claros puntos de fricción con la norma comunitaria. Así, y sin ánimo de ser ahora exhaustivos, pueden indicarse algunos aspectos especialmente conflictivos. En cuanto al procedimiento administrativo para el otorgamiento de las licencias comerciales, cabe señalar que, en términos generales, la regulación contenida en la normativa autonómica era ciertamente compleja, por lo que de manera inexorable se veía afectada por el mandato de simplificación administrativa de la norma comunitaria. En particular, son varios los aspectos concretos del procedimiento que debían de ser revisados. En la

<sup>7</sup> Así, en la exposición de motivos, el legislador declaraba: «La Ley aspira a ser la base de la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia».

<sup>8</sup> Ambos criterios habían de ser ponderados «especialmente», según señalaba el artículo 6.2 de la LOCM, lo que no excluía la incorporación de otros criterios complementarios en la legislación autonómica. Véase REBOLLO (1999: 42) y CASES y PONS (1998: 120).

<sup>9</sup> Para un análisis más detallado de las repercusiones de la norma comunitaria en la ordenación comercial, véanse DEL PINO (2007), SALVADOR y VILLAREJO (2007), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008a y 2008b), TORNOS (2009), LÓPEZ PÉREZ (2009), NOGUERA (2011), VILLAREJO (2011) y BLÁZQUEZ (2012).

*fase de iniciación*, se hacía necesario facilitar el acceso a los trámites y a la información preferentemente por vías electrónicas, a través del establecimiento de ventanillas únicas para simplificar los trámites y para que el prestador pueda resolver todas las gestiones a través de un único punto de contacto. Deberían, además, ser tomados en consideración el derecho a la información o el deber de acuse de recibo, revisarse la tasa por tramitación o la extensa documentación que ha de acompañar a la solicitud. En buena parte de los procedimientos autonómicos se contemplaba, durante la *fase de instrucción*, la participación de comisiones consultivas mediante la emisión de un informe, en general, de carácter preceptivo y no vinculante. La participación de estos órganos —en cuya composición predominaban representantes de los intereses del comercio local ya instalado— entraba en colisión con el artículo 14.6 DS que prohíbe la intervención directa o indirecta de los competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones. En la *fase de terminación de procedimiento* era necesario examinar tanto los plazos para resolver como el sentido del silencio administrativo.

Pero, quizás, el punto más controvertido de la normativa autonómica se refería a los criterios materiales en los que se fundamentaba la resolución. Como se ha señalado con anterioridad, por mandato de la DS, los requisitos que se establezcan en el análisis previo de las autorizaciones de nuevos establecimientos comerciales deberán estar objetivamente justificados por «razones imperiosas de interés general» y se prohíbe la aplicación, caso por caso, de una «prueba económica», consistente —según el art. 14.5 DS— en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de la necesidad económica o de una demanda de 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 objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente. En este contexto, algunos de los criterios de evaluación previstos en la legis-

lación autonómica tenían que ser revisados para dar cumplimiento a la norma comunitaria. Igualmente, era necesario cuestionar las condiciones de equilibrio que algunas Comunidades Autónomas establecían en sus planes de equipamientos comerciales, a partir de los cuales, mediante diversas fórmulas, se determinaba el impacto socioeconómico que el proyecto comercial podía producir en la zona en la que pretendía instalarse<sup>10</sup>. En la medida en que las cuotas de mercado máximas y los criterios aplicables a la concesión de licencias se referían a la estructura del mercado, a las repercusiones sobre el comercio local existente, y tenían un objetivo puramente económico, no representaban justificaciones válidas de la restricción a la libertad de establecimiento.

En conclusión, el urbanismo comercial español tenía los días contados.

Puesto que las autorizaciones de las implantaciones comerciales ya no podrán descansar en criterios de naturaleza económica, había de ser evaluada la posibilidad de que, caso de considerarse necesario mantener una legislación específica de urbanismo comercial, pudieran encontrarse otros criterios que sí tuvieran acomodo en el concepto de «razón imperiosa de interés general», como el mantenimiento de una competencia efectiva, que evite los abusos de posición dominante; la ordenación del territorio, que favorezca el comercio de proximidad y fomente el equilibrio social y urbano entre el centro y la periferia, entre zonas urbanas y rurales; la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la calidad del urbanismo desde el punto de vista esté-

<sup>10</sup> En varias CC AA, estos planes ordenaban la apertura de grandes comercios mediante la identificación por el propio planificador de áreas de desequilibrio o, lo que es lo mismo, «huecos de mercado», tras cuantificar la oferta y la demanda comercial, los déficits y los superávits, los porcentajes del gasto comercializable y los crecimientos admisibles. En esta línea, por ejemplo, los hoy derogados Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de Cataluña (aprobado por Decreto 379/2006, de 10 de octubre), *Modelo territorial de grandes establecimientos comerciales de Navarra* (aprobado por Decreto Foral 150/2004, de 29 de marzo) o *Plan Regional de ámbito sectorial de equipamientos comerciales de Castilla y León* (aprobado por Decreto 104/2005, de 29 de diciembre).

tico y paisajístico; o la satisfacción de las necesidades de los consumidores, garantizando una oferta diversificada o la inclusión social (Villarejo, 2008b) .

### 3. Los cambios provocados en la legislación estatal. En especial la modificación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

El proceso de transposición de la DS en el ámbito estatal se inició con la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida coloquialmente como «Ley Paraguas»)<sup>11</sup>. Se trata de una norma de carácter transversal u horizontal que incorpora formalmente, sin grandes diferencias, mediante el sistema de transposición por transcripción, el contenido de la DS a nuestro ordenamiento jurídico. En realidad, con la aprobación de la «Ley Paraguas», no se agota la transposición de la DS, tan solo se da cobertura —de ahí su denominación— a un proceso de reformas y actuaciones concretas dirigidas a aplicar la DS<sup>12</sup>.

Un mes más tarde, se aprobó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes sectoriales, con el fin de adecuarlas a la Ley Paraguas (más conocida como Ley Ómnibus). La Ley —que afecta a cerca de 50 normas estatales de rango legal— acomete una serie de modificaciones legislativas —que incluso exceden el ámbito de aplicación de la DS<sup>13</sup>— dirigidas a

alcanzar una mayor simplificación de los procedimientos, reducir las trabas y cargas administrativas y eliminar los requisitos que no respeten los principios de no discriminación, justificación y proporcionalidad<sup>14</sup>.

Sin embargo, decidió dejarse fuera de la Ley Ómnibus la modificación de la LOCM, lo que al final terminó retrasando su publicación al mes de marzo de 2010, ya fuera del plazo establecido para la transposición (28 de diciembre de 2009). Se trata de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. ¿Por qué razón la legislación básica estatal en materia de comercio se reformó de forma independiente? La respuesta puede encontrarse en el vértigo experimentado por el legislador estatal ante la multitud de circunstancias que giraban a su alrededor: la importancia del sector de la distribución comercial en nuestro país, la presencia de importantes intereses económicos y políticos en juego, el desasosiego generado por la DS en ciertos formatos comerciales, la repercusión mediática que estaba teniendo la reforma comercial, el enfrentamiento entre distintos sectores de la distribución. Además, la Comisión Europea seguía de cerca los pasos del Gobierno español, avisada como estaba, de las limitaciones a la libertad de establecimiento en algunas Comunidades Autónomas. Y, por último, como siempre, planeaba la cuestión competencial. Era necesario encontrar un punto de equilibrio que permitiera al Estado cumplir las obligaciones supranacionales con pleno respeto de las competencias autonómicas<sup>15</sup>.

A pesar de este asfixiante clima, nada justifica, desde una perspectiva jurídica, la tramitación por separa-

<sup>11</sup> No puede dejar de mencionarse que con anterioridad en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, se habían incluido algunos preceptos con la intención de transponer parcialmente ciertos aspectos de la DS en materia de simplificación administrativa. Sobre el intento frustrado de esta norma, *vid.* VILLAREJO (2009).

<sup>12</sup> Como señalara el Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de la Ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, punto IV. A partir de críticas de similar contenido, destacados autores concluyen que una Ley como la «Paraguas» era innecesaria: MUÑOZ MACHADO (2009: 315), PAREJO (2009: 34) y RIVERO (2009b: 323).

<sup>13</sup> Como manifestara el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009, sobre el anteproyecto de Ley Ómnibus. La aplicación expansiva de la Ley Ómnibus a sectores excluidos del ámbito de aplicación de la DS fue aplaudida por la Comisión Nacional de la Competencia en su informe IPN 08/2009, de 22 de abril, sobre el anteproyecto de Ley Ómnibus, p. 6.

<sup>14</sup> Muy críticos con la técnica legislativa elegida, RIVERO (2009b: 327 ss.) y FUERTES (2011: 67).

<sup>15</sup> Sobre las circunstancias que afectaron a los trabajos de transposición, véase SÁNCHEZ ARMAS (2010). En la exposición de motivos de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, la reforma independiente de la del resto de normas estatales se justifica «por la extraordinaria relevancia del sector de que se trata, más acusada si cabe en la actual coyuntura económica y por la complejidad de la distribución competencial en la materia, lo que motiva que se trate de alcanzar el máximo consenso posible tanto con las Comunidades Autónomas como con los operadores comerciales».

do de la reforma de la LOCM, que en buena lógica y técnica jurídica debería haber sido incorporada en el paquete de reformas sectoriales de la Ley Ómnibus. No resulta fácil argumentar cuáles son las especificidades que reviste la materia de comercio interior para no incluirla entre las demás actividades de servicios que se ven afectadas por la Ley Ómnibus<sup>16</sup>.

Volviendo a la reforma operada en la LOCM por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, se exponen a continuación de manera sintética las principales novedades.

En la nueva redacción que se le da al artículo 2 LOCM, se modifica la definición de establecimientos comerciales (añadiendo el inciso «ya sea de forma individual o en un espacio colectivo») y se elimina el apartado 3 del artículo 2 LOCM, lo que supone la supresión de la categoría de «gran establecimiento comercial».

El artículo 6 LOCM es objeto de una profunda modificación. En su nueva dicción, comienza advirtiendo con aparente rotundidad que «con carácter general, la instalación de establecimientos no estará sujeta a régimen de autorización comercial». Ahora bien, a continuación se indica que podrá exigirse una autorización cuando, una vez aplicado el juicio de proporcionalidad y el principio de no discriminación, concurren «razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial»; en ningún caso —se dice— se entenderán como tales las razones de índole económica (apartado 1 del art. 6 LOCM).

Los apartados 2 y 3 del nuevo artículo 6 LOCM regulan —de manera a veces bastante repetitiva— los requisitos que podrán fundamentar la exigencia de una autorización de instalación de establecimientos

comerciales. Descartados los de naturaleza económica, se enumeran algunas de las «razones imperiosas de interés general» —relacionadas con la distribución comercial, se agrega— que se mencionan en el artículo 4.8 de la Directiva, a saber, protección del medio ambiente y del entorno urbano, ordenación del territorio y conservación del patrimonio histórico y artístico<sup>17</sup>. Resulta criticable, a mi entender, que la Ley no haya incluido la protección de los consumidores entre las razones imperiosas de interés general, toda vez que se trata de una de esas razones que se mencionan expresamente en la DS y que podría justificar una restricción de la libertad de establecimiento. Además, no se olvide, por mandato constitucional (art. 51.3 CE), debe guiar teleológicamente toda ordenación que se haga del sector comercial<sup>18</sup>. Sin embargo, a la protección de los consumidores tan solo se hace referencia en la exposición de motivos y se le da entrada, de manera indirecta, a través de algunas de las disposiciones adicionales que se comentarán más abajo. El posible uso torticero que pueda hacerse de un criterio como el de la «protección de los consumidores» no es un argumento válido que pueda servir para justificar su exclusión de la lista de «razones imperiosas de interés general», que legítimamente pueden ser invocadas por las CC AA al establecer sus regímenes de autorización<sup>19</sup>. Además de que su inclusión resulta imperativa por los motivos constitucionales que antes se apuntaban, un recorrido por algunas experiencias del Derecho comparado

<sup>16</sup> En esta línea, *vid.* Consejo de Estado, Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, punto 4, apartado A; y, también, Consejo Económico y Social, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y otras normas complementarias, 20 de mayo de 2009, p. 6.

<sup>17</sup> Sobre la particular y restrictiva transposición del concepto «razón imperiosa de interés general» a nuestro ordenamiento volveremos más adelante.

<sup>18</sup> En palabras de TORNOS (1989: 239): «Parece que el constituyente de 1978 quiso poner como guía de la ordenación del comercio la tutela del consumidor». Más recientemente, nos ha recordado la necesidad de vincular la regulación comercial a la protección de los consumidores R. RIVERO (2010).

<sup>19</sup> Hipotéticamente, cualquiera de los otros criterios —la protección del medio ambiente o la ordenación del territorio— podrían también ser empleados como pretexto para proteger determinados intereses económicos o determinados formatos comerciales y no por ello se duda de la legalidad con que pueden ser invocados.

nos hace caer en la cuenta de la importancia de este criterio en otros países de nuestro entorno<sup>20</sup>.

Como sucedía en la Ley ahora reformada, la regulación del procedimiento de autorización sigue correspondiendo a las CC AA, que se encargarán de determinar, en primer lugar, si la competencia para resolver las solicitudes de autorización les corresponde a ellas o a los ayuntamientos. El apartado 4 del artículo 6 LOCM contiene una serie de previsiones básicas relativas al procedimiento (dictadas al amparo de los artículos 149.1.13<sup>a</sup> y 149.1.18<sup>a</sup> CE, según la disposición final primera): «coordinará» todos los trámites administrativos necesarios para la instalación y deberá resolverse en el plazo máximo de seis meses<sup>21</sup>; el sentido del silencio será positivo, con excepción de los supuestos que se recogen en el artículo 6 de la Ley Paraguas. El otorgamiento de la autorización no podrá supeditarse a la intervención directa o indirecta de los competidores en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones, incluso en órganos consultivos. Las autorizaciones serán libremente transmisibles por su titular, previa comunicación a la Administración.

En otro orden de cosas, se modifica el artículo 38.2 LOCM, relativo a las ventas a distancia, sustituyendo la exigencia de inscripción previa en el registro de ventas a distancia por la obligación de comunicación

en el plazo de tres meses<sup>22</sup>. Se suprime también la exigencia de autorización comercial para la venta automática del apartado tercero del artículo 49 LOCM. Asimismo, en el párrafo segundo del artículo 49 se sustituye la homologación máquina a máquina por la simple homologación de los modelos de máquina. El artículo 50 determina la información que obligatoriamente ha de constar en la máquina expendedora para protección de consumidores y usuarios. Se le da una nueva redacción al artículo 54 LOCM, relativo a las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante. La competencia para su otorgamiento corresponde al ayuntamiento; las autorizaciones no podrán ser por tiempo indefinido, y deberán permitir en todo caso la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa. El procedimiento de selección deberá garantizar la transparencia e imparcialidad, y tener la publicidad adecuada, desde el inicio al fin del proceso<sup>23</sup>. Igualmente, recibe nueva redacción el artículo 62.2 LOCM, relativo a la regulación del régimen de franquicia. El régimen de inscripción previa en el registro se sustituye por otro de comunicación, que deberá llevarse a cabo en el plazo de tres meses<sup>24</sup>. Asimismo, son objeto de modificación los artículos 65.1, 68 y 69 LOCM, relativos, respectivamente, a la definición de los tipos de infracciones graves, la cuantía de las sanciones y la graduación de éstas.

<sup>20</sup> En Francia, la Ley de Modernización de la Economía, de 4 de agosto de 2008, que para transponer la DS introduce modificaciones en el urbanismo comercial francés, permite que la Comisión Departamental de Ordenamiento Comercial, que decide sobre las autorizaciones de las implantaciones comerciales, valore los efectos del proyecto «en materia de ordenamiento territorial, de desarrollo sostenible y de protección de los consumidores» (art. 102, XVI). En el Reino Unido, el *Planning Policy Statement 4: Planning for Sustainable Economic Growth* (PPS4), de 29 de diciembre de 2009, que sustituye al anterior *Planning Policy Statement 6: Planning for Town Centres* (PPS6) de 2005, ha introducido una «evaluación de impacto» (*impact assessment*) para establecimientos de más de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie, con el objetivo de promover centros urbanos competitivos y facilitar que los consumidores tengan diferentes opciones de compra. Sobre los sistemas francés y británico, *vid.* MONNET (2009) y GUY (2009).

<sup>21</sup> En opinión de la Abogada General en sus conclusiones sobre el asunto C-400/08 (Comisión vs. Reino de España), el plazo de seis meses que contemplaba la anterior regulación catalana es «apropiado y proporcionado» (pág. 132).

<sup>22</sup> El régimen de esta comunicación se contiene en el Real Decreto 200/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, para su adaptación a la DS.

<sup>23</sup> Mediante la Disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley 1/2010, se prorrogan temporalmente todas las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y se establece, al mismo tiempo, que su duración no podrá extenderse más allá de los plazos de vigencia que establezcan las Administraciones públicas competentes en su respectivo ámbito territorial. La regulación de esta modalidad de venta ha sido desarrollada reglamentariamente a través del Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.

<sup>24</sup> Desarrollado reglamentariamente mediante Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.



Finalmente, son dignas de mención alguna de las cinco disposiciones adicionales que se añaden a la Ley. Como ya lo hiciera la Disposición final cuarta de la Ley Paraguas, la Disposición adicional séptima reitera la advertencia de aplicar un mecanismo de compensación de deudas en caso de responsabilidad de las Administraciones públicas por incumplimiento de lo dispuesto en la ley o en el derecho comunitario afectado.

En la Disposición adicional novena se establece la necesidad de que los establecimientos comerciales respeten condiciones de accesibilidad y no discriminen en el acceso y utilización a las personas con discapacidad.

Con anterioridad se ha criticado que la protección de los consumidores no apareciese entre las razones que podían justificar un régimen autorizatorio para determinados establecimientos comerciales. Sin embargo, los intereses de los consumidores son tomados en consideración en la Disposición adicional décima, fruto de una enmienda transaccionada del Grupo Socialista y Convergència i Unió en el Senado, ya en los momentos finales de la tramitación parlamentaria<sup>25</sup>.

Bajo el título «planificación urbanística de los usos comerciales» allí se señala que en el diseño de la planificación urbanística habrá de atenderse a «los problemas de movilidad y desplazamientos derivados de las concentraciones comerciales fuera de los núcleos urbanos» y tenerse en cuenta «el abastecimiento inmediato y adecuado de la población, facilitando la satisfacción de las necesidades de compra en un entorno de proximidad, con especial atención a aquellos ciudadanos que por cualesquiera razones tienen dificultades de desplazamiento». Aunque se haya hecho por la puerta de atrás y con una dicción un tanto alambicada, me parece acertado que se incluyan este tipo de

criterios de inclusión social en el urbanismo comercial<sup>26</sup>.

Mención especial merece la última de las reformas operadas a nivel estatal en el régimen de las licencias municipales hasta ahora exigibles a los establecimientos comerciales. El Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, elimina todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales con una superficie de hasta 300 m<sup>2</sup>. Quedan al margen del régimen de inexigibilidad de la licencia los establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. El control *ex ante* a través de la técnica autorizatoria se sustituye por un régimen de control *ex post* basado en una declaración responsable o comunicación previa, que deberá contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente y que habilita a partir del momento de su presentación para el ejercicio material de la actividad comercial. La Disposición final 8.ª del Decreto-ley permite que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, amplíen el umbral de superficie y el catálogo de actividades comerciales y servicios.

<sup>26</sup> En alguna ocasión lo he defendido (VILLAREJO, 2008b: 290) para evitar los problemas de los denominados *food deserts* (zonas urbanas en las que resulta difícil obtener productos alimenticios de calidad a buen precio, sobre todo a las personas que por razones físicas o económicas tienen dificultades de desplazamiento). Recientemente, la Comisión Europea se ha preocupado de los problemas de accesibilidad a los comercios por parte de los consumidores y en ese contexto —y el de la protección medioambiental— ha abogado por el «comercio de proximidad». Vid. informe *Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020*, COM (2010) 355 final. Bruselas, 5-7-2010, pág. 5.

<sup>25</sup> *Diario de Sesiones*, Senado, núm. 266, 2 de febrero de 2010.

#### 4. Las huellas de la memoria en las reformas autonómicas

La DS —que anunciaba una simplificación de los procedimientos y una mejora de la regulación— se ha traducido en una nueva hornada de enmarañadas normas autonómicas que hace aún más complejo el panorama legislativo que existía con anterioridad<sup>27</sup>. A día de hoy, las diecisiete CC AA han aprobado ya las normas que adaptan su regulación sobre la instalación de establecimientos comerciales a la DS y, por tanto, nos encontramos con diecisiete regímenes que no resulta sencillo describir de manera global en pocas páginas. El régimen jurídico aplicable a una concreta implantación comercial dependerá de la CC AA donde pretenda ubicarse. El objeto de la regulación no será unívoco, pues seguirá existiendo una pluralidad de definiciones de «gran establecimiento comercial». Difierán también los procedimientos para la tramitación de la licencia comercial, caso de que se exija, puesto que ya no estamos ante una exigencia de carácter básico. Los plazos variarán y no siempre el sentido del silencio será positivo. Habrá CC AA que sigan exigiendo una tasa por tramitación y otras que la suprimirán. Y, en fin, en unos casos se contemplará un Plan de Equipamientos Comerciales que ordene el sector y en otros no.

En varias CC AA la adaptación de la Normativa comercial a la DS y a la Ley Paraguas se ha llevado a cabo con carácter previo a la aprobación definitiva de la reforma por parte del Estado de la LOCM —con total legitimidad, por cierto (Villarejo y Salvador, 2009: 108)—. Nada impide que las CCAA puedan adelantarse, como de hecho ha ocurrido, sin perjuicio de que la solución posteriormente adoptada por el legislador estatal les obligue a una segunda adaptación, esta vez a la Ley básica (Salvador, 2009: 18).

Aunque sintetizar los derroteros de la nueva regulación autonómica «post Directiva» no sea tarea fácil, algunas consideraciones de carácter general pueden realizarse sobre tres aspectos esenciales de la reforma: *i)* el concepto de gran establecimiento, *ii)* la necesaria coordinación de trámites en el procedimiento administrativo y *iii)* las «razones imperiosas de interés general».

#### **El concepto de gran establecimiento comercial: generalización del umbral de 2.500 m<sup>2</sup>**

Una de las principales modificaciones de la reforma de la Ley básica estatal ha sido la supresión de la clasificación de los establecimientos comerciales en función de su tamaño y, consecuentemente, la eliminación de la obligación de establecer un régimen autorizador específico para los de gran tamaño. Como es sabido, en 1996, la LOCM impuso en todo el territorio nacional la necesidad de obtener la denominada «licencia comercial específica», de carácter autonómico, para los grandes establecimientos comerciales (art. 6.1), que caracterizaba en su artículo 2.3 como los que así fueran definidos por el legislador autonómico, imponiendo un contenido mínimo obligatorio para esta definición: «en todo caso» se consideraba «gran establecimiento comercial» aquél que tuviera una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 m<sup>2</sup>. En función de sus competencias exclusivas en materia de comercio interior, las CC AA desarrollaron con gran libertad el concepto de «gran establecimiento comercial» del artículo 2.3 LOCM de manera enormemente variada y equívoca<sup>28</sup>. Las divergencias eran notables cuando existía un mínimo común denominador en la legislación estatal, que dicho sea de paso, no supuso —ni mucho menos— una homogeneización de la regulación de la licencia comercial específica en toda España.

<sup>27</sup> Parte de los problemas derivan de la forma en que se ha producido la transposición. En muchos casos, a través de Leyes o Decretos-leyes que han clonado en el ámbito autonómico el modelo de la Ley Ómnibus estatal, en una suerte de resurrección de las denostadas leyes de acompañamiento.

<sup>28</sup> Como fue destacado por la mayoría de autores que se acercaron al tema: MARTÍNEZ DE PISÓN (1998: 397), NAVARRO (1999: 392), RAZQUIN (2001: 23) y VILLAREJO (2008a: 422-428).

Curiosamente, ahora que no hay mínimos estatales, aunque siga existiendo una cierta heterogeneidad entre las distintas definiciones de «gran establecimiento comercial» que figuran en las legislaciones autonómicas, la mayoría de las CC AA han optado por considerar «grandes» a aquellos establecimientos comerciales con una superficie de venta al público superior a 2.500 m<sup>2</sup> y son éstos los sometidos a la necesidad de obtener una autorización comercial. Parece que las CC AA han atendido a esa especie de recomendación presente en la exposición de motivos de la reforma de la LOCM: «A la hora de someter a autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 m<sup>2</sup> de superficie comercial». En este punto, la reforma presenta una evidente incoherencia entre su parte expositiva y prescriptiva, puesto que en esta última, como ya se ha apuntado, se ha suprimido la categoría de «gran establecimiento»<sup>29</sup>.

Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Navarra y Valencia han optado por una definición de gran establecimiento comercial como aquél que supera los

2.500 m<sup>2</sup> de superficie de venta<sup>30</sup>. También en Madrid se mantiene idéntico concepto de gran establecimiento comercial, pero a esta definición no se anuda la necesidad de obtener autorización comercial, pues su instalación solo requerirá la correspondiente licencia municipal, junto con una comunicación previa a la Consejería competente en materia de comercio<sup>31</sup>.

Con algunas variaciones, los 2.500 m<sup>2</sup> son también referencia en la legislación murciana, riojana y catalana. La primera distingue en función del formato y considera que tienen impacto supramunicipal los establecimientos comerciales minoristas individuales, sean polivalentes o dedicados a la venta de bienes cotidianos, con una superficie útil de exposición y venta igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup>. Pero la superficie se eleva a 4.000 m<sup>2</sup> en los supuestos de establecimientos individuales dedicados a la venta de bienes ocasionales y a 5.000 m<sup>2</sup> para establecimientos comerciales colectivos<sup>32</sup>. En el caso de La Rioja, la definición se hace depender del doble parámetro superficie-población, considerándose grandes establecimientos comerciales: i) en municipios con menos de 10.000 habitantes, los que tengan una superficie comercial superior a 1.000 m<sup>2</sup>; ii) en municipios que tengan entre 10.000 y 25.000 habitantes, los que tengan una superficie comercial superior a 1.500 m<sup>2</sup>. iii) en municipios con 25.000 o más habitantes, los que tengan una superficie comercial superior a 2.500 m<sup>2</sup><sup>33</sup>.

<sup>29</sup> La mención de la exposición de motivos podía tener su lógica en las versiones iniciales del borrador de Ley, que incluían en su articulado la referencia a los 2.500 m<sup>2</sup> como límite a partir del cual las CC AA podían establecer un régimen de autorización especial, pero carece de sentido en la versión actual del texto aprobado. Así lo puso de relieve el Consejo de Estado, *Dictamen 985/2009*, de 25 de junio de 2009..., cit., punto 5, apartado A, letra d).

<sup>30</sup> Véase el art. 22 del Decreto legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía; art. 14 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, modificada por el Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva; art. 16 de la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior; art. 6 de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, modificada por la Ley de Cantabria 2/2010, de 4 de mayo; art. 11 de la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de comercio de Castilla-La Mancha; art. 17.1 de la reformada Ley 16/2002, de Comercio de Castilla y León; art. 35.4 Ley 7/2010, de 19 de julio, de modificación

de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; art. 29.2 de la Ley 13/2010, de 17 de diciembre, del comercio interior de Galicia; art. 19.3 de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra, modificada por la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior y art. 33.4 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Comunitat Valenciana.

<sup>31</sup> Véase la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa.

<sup>32</sup> Véase la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>33</sup> Véase el artículo 44 de Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010, por la que se modifica la Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las

En Cataluña se distingue entre grandes establecimientos comerciales (GEC): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 1.300 m<sup>2</sup> e inferior a 2.500 m<sup>2</sup>; y grandes establecimientos comerciales territoriales (GECT): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup><sup>34</sup>.

No cabe duda, por tanto, de que los 2.500 m<sup>2</sup> se han convertido en una referencia homogeneizadora, aunque puedan encontrarse conceptos divergentes en las Islas y en el País Vasco. Así, en Baleares, se considera gran establecimiento comercial el que tenga una superficie superior a 700 m<sup>2</sup> en la isla de Mallorca; a 400 m<sup>2</sup> en las islas de Menorca y de Ibiza; y a 200 m<sup>2</sup> en la isla de Formentera<sup>35</sup>. Igualmente, se distingue entre las diferentes islas en el caso de Canarias, y así, se consideran grandes los establecimientos cuya superficie útil de exposición y venta sea igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup> en las islas de Gran Canaria y Tenerife, 1.650 m<sup>2</sup> en la isla de Lanzarote, 1.250 m<sup>2</sup> en la isla de Fuerteventura, 1.000 m<sup>2</sup> en la isla de La Palma y 500 m<sup>2</sup> en las islas de La Gomera y El Hierro<sup>36</sup>. En el País Vasco se entiende por gran establecimiento comercial, individual o colectivo, todo aquel que tenga una superficie edificada superior a 700 m<sup>2</sup><sup>37</sup>.

En la mayor parte de las normas autonómicas previas se sometían a una licencia comercial específica otros supuestos de hecho como los medianos establecimientos y los establecimientos de descuento duro. En general, las reformas —en aras de satisfacer la

«simplificación de procedimientos» que propugna la DS, así como el espíritu que se deriva del triple test de no discriminación, necesidad y proporcionalidad—, han eliminado las licencias comerciales autonómicas para estos formatos de menor tamaño.

La fijación de un límite cuantitativo (en función del número de m<sup>2</sup>) que determina que el prestador que pretenda abrir un gran establecimiento comercial va a quedar sometido a un procedimiento más que aquel que no esté en alguna de estas situaciones, que solo requerirá las oportunas licencias municipales<sup>38</sup>, no es un requisito prohibido por la DS. Lo que sí exige, en función de su artículo 15 —y ahora también artículo 11 Ley Paraguas—, es que la Comunidad Autónoma que decida mantener este tipo de límites cuantitativos o territoriales lo haga de forma motivada, con expresión de las razones por las que considera que el establecimiento de un límite cuantitativo cumple con los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

### **La problemática coordinación de trámites en el procedimiento de autorización comercial y la prohibición de solapamientos o controles análogos**

Sin duda, de todas las previsiones que se contienen en la renovada LOCM, la que, a mi juicio, puede plantear mayores problemas es la exigencia de coordinación de todos los trámites administrativos necesarios para la instalación de establecimientos comerciales. Aunque la dicción definitiva del precepto con respecto a borradores del Proyecto de Ley que llegaron a exigir un «procedimiento único» resulte bastante descafeinada, en cualquier caso, parece que se está demandando una intervención coordinada de la Admi-

Actividades Feriales en la Comunidad de La Rioja.

<sup>34</sup> Véase el artículo 6 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales.

<sup>35</sup> Véase el artículo 13 de la Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>36</sup> Véase el artículo 40 del Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la licencia comercial.

<sup>37</sup> Véase el artículo 13.2 de la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial.

<sup>38</sup> Téngase presente que, por imperativo del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la exigencia de autorización municipal previa se suprime, sustituyéndose por declaraciones responsables o comunicaciones previas, en el caso de establecimientos comerciales que no superen los 300 m<sup>2</sup>.

nistración autonómica y la Administración local. Y ello exigirá articular un procedimiento en el que se consideren los diversos niveles de planeamiento; por una parte, el planeamiento supramunicipal (ordenación territorial como marco general de referencia) y, por otra, el planeamiento municipal (ordenación urbanística como modelo territorial concreto para la ciudad).

La exigencia de coordinación ha de ponerse en relación con el artículo 10.3 DS, que prohíbe la existencia de solapamientos entre controles análogos que limiten la libertad de establecimiento. Tal prohibición conecta con la filosofía de la norma comunitaria que, como se sabe, no es otra que reducir las trabas administrativas y burocráticas a la libertad de establecimiento de las empresas de servicios y se encuentra estrechamente relacionada con el mandato de simplificación administrativa de los procedimientos autorizatorios (López Pérez, 2009: 189).

En el caso de los grandes establecimientos comerciales, en nuestro ordenamiento jurídico la denominada «segunda licencia» autonómica ha venido coexistiendo con las licencias municipales urbanísticas y ambientales. La persistencia ahora de la convivencia de estas licencias, ¿puede suponer un solapamiento entre controles equivalentes en el sentido vedado por la Directiva? Para la Comisión Nacional de la Competencia, la necesidad de una segunda autorización autonómica para controlar las aperturas de las grandes superficies resultaría redundante en la medida en que las finalidades de interés general que pretende proteger la segunda licencia, ya estén cubiertas por los regímenes autorizatorios que mantienen las entidades locales. En tal sentido, el mantenimiento de la segunda licencia autonómica incrementaría el grado de restricción a la competencia, así como la carga administrativa y, en consecuencia, sería contrario a la DS<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *La Reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la DS*, Madrid, abril, 2009, pp. 9-10; y, también, *Informe 09/2009, sobre la reforma de la Ley del Comercio Minorista*, Madrid, 6 de mayo de 2009, p 5. Ambos documentos se encuentran disponibles en la página web de este organismo: <http://www.cncompetencia.es/>.

Una sucinta revisión de las opciones seguidas en las diferentes CC AA revela que las soluciones adoptadas hasta el momento son bastante dispares. Si bien, a excepción de la Comunidad de Madrid, la mayoría de las normas autonómicas recientemente aprobadas mantienen la intervención autonómica en el control de la implantación de las grandes superficies, aunque con notables diferencias en su planteamiento. Así, mientras en algunos casos se hace un esfuerzo para que el procedimiento sea único, en otros, se sigue manteniendo la duplicidad de procedimientos autorizatorios —autonómico y local— que existía con anterioridad. En función de las relaciones entre la intervención autonómica y local dentro del procedimiento de autorización, puede establecerse una cuádruple clasificación de la normativa autonómica.

A) Madrid como único ejemplo de supresión de la licencia comercial autonómica

La Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña —por la que se modifica la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior— eliminó la autorización comercial autonómica, sometiendo la instalación de grandes establecimientos comerciales únicamente a control municipal (art. 18.1). No obstante, la legislación madrileña contemplaba la participación autonómica en el procedimiento a través de un informe preceptivo y, eso sí, de carácter no vinculante. Con carácter previo a la concesión de la licencia municipal, el Ayuntamiento correspondiente había de solicitar a los órganos competentes de la Comunidad de Madrid en materia de ordenación del territorio, de protección del medioambiente, de accesibilidad y de red de infraestructuras viarias, la emisión de un informe sobre la adecuación de la actividad proyectada a la normativa sectorial vigente en cada caso (art. 18.2).

Avanzando aún más por la senda de la supresión de controles, recientemente, la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid —conocida mediáticamente por establecer la libertad absoluta de horarios comer-

ciales—, ha derogado expresamente las previsiones anteriores. De la legislación anterior solo subsiste la obligación de que los proyectos de instalación o ampliación de grandes establecimientos sean objeto de comunicación previa a la Consejería competente en materia de comercio (art. 19).

B) Continuidad: El mantenimiento de la licencia comercial autonómica (Aragón, Cataluña, Castilla y León, Islas Baleares, Islas Canarias, La Rioja, Galicia, Murcia y Valencia)

Son mayoría las CC AA que han decidido mantener la licencia autonómica otorgada por la Consejería competente en materia de comercio, con carácter previo a la solicitud de las licencias municipales, en términos muy similares a las regulaciones de los procedimientos autorizatorios previos a la Directiva. Es el caso de Cataluña<sup>40</sup>, Castilla y León<sup>41</sup>, Islas Baleares<sup>42</sup>, Islas Canarias<sup>43</sup>, La Rioja<sup>44</sup>, Galicia<sup>45</sup>, Región de Murcia<sup>46</sup> o Comunidad Valenciana<sup>47</sup>. Aragón mantiene el mismo régimen que las anteriores, pero no exige que

la tramitación y otorgamiento de la licencia comercial autonómica se produzca con carácter previo, sino una vez que el ayuntamiento correspondiente haya concedido expresamente las licencias de obras y ambiental de actividades clasificadas<sup>48</sup>.

En otro lugar (Villarejo, 2011) he comparado estos regímenes con la trama de la película *Rebeca* de Alfred Hitchcock, pues como le sucedía a la joven Joan Fontaine en aquella mansión de *Manderley*, la sombra de las difuntas planea sobre ellas. Pienso que, aunque hayan adecuado sus regímenes a las exigencias principales y más obvias de la DS —principalmente, con la supresión de las pruebas económicas y la formulación de nuevas razones para fundamentar la decisión de otorgamiento de la licencia comercial, así como de las disposiciones que permitían la intervención en el procedimiento de autorización de personas que representaban los intereses comerciales ya presentes en el mercado—, los espectros de las regulaciones derogadas —el fantasma de *Rebeca*— siguen estando muy presentes.

El órgano instructor del procedimiento para la concesión de las licencias autonómicas sigue siendo la Consejería o el Departamento competente en materia de comercio, pero puesto que los criterios de valoración ahora han cambiado —y ya no son económicos—, la mayoría de las normas reguladoras del procedimiento incluyen la participación de las Consejerías competentes en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente mediante la emisión de informes no vinculantes.

En Cataluña se han establecido varios niveles diferentes de intervención administrativa: un régimen de licencia comercial autonómica para los establecimientos comerciales que superan los 2.500 m<sup>2</sup> de superficie de venta, un régimen de declaración responsable

<sup>40</sup> Artículo 19 y ss. del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña.

<sup>41</sup> Artículo 20 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, modificada por Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León. Al régimen de esta Comunidad me he referido en VILLAREJO (2010); véase también QUINTANA (2011).

<sup>42</sup> Artículo 15 y ss. de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears, modificada por Ley 8/2009, de 16 de diciembre, para la transposición de la DS.

<sup>43</sup> Artículo 43 y ss. del Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la licencia comercial.

<sup>44</sup> Véase el artículo 26 de la Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las Actividades FERIALES en la Comunidad de La Rioja, modificada por la Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010.

<sup>45</sup> Artículos 29 y ss. de la Ley 13/2010, de 17 de diciembre, del comercio interior de Galicia. Sobre la transposición en esta Comunidad, puede verse PÉREZ GONZÁLEZ (2010).

<sup>46</sup> Artículo 11 de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista y Plan de Equipamientos Comerciales de la Región de Murcia, modificado por la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la DS.

<sup>47</sup> Véase el capítulo III de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Comunitat Valenciana, modificado por el Decreto-ley 5/2012, de 6 de julio, del Consell, de medidas urgentes para el impulso de la actividad comercial y la eliminación de cargas administrativas.

<sup>48</sup> Artículo 14 bis de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, modificada por el Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la DS.

para los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 1.300 m<sup>2</sup> e inferiores a 2.500 m<sup>2</sup> y un régimen de comunicación previa para otros tipos y situaciones de establecimientos<sup>49</sup>.

El mayor problema que presentan los anteriores modelos es la duplicidad de controles que plantean. ¿Incurren en solapamientos injustificados que entran en contradicción con la simplificación administrativa que propugna la Directiva? Dado que estos legisladores autonómicos han optado por el mantenimiento de la licencia comercial autonómica, resulta preciso indagar si lo hacen para proteger finalidades de interés general que no estén ya cubiertas por las licencias municipales, a fin de dilucidar si el régimen de autorización para la implantación de grandes superficies es o no redundante, si incrementa o no de manera injustificada las cargas administrativas para los operadores. Puede entenderse que la instauración de un régimen de autorización exclusivamente para grandes superficies encuentra su razón de ser en la presencia de intereses generales que no resultan protegidos por el sistema de licencias municipales. La justificación residiría en que el área de influencia de los establecimientos comerciales de gran tamaño desborda el término municipal y, en consecuencia, se considera preciso que quien autorice su implantación sea la Administración autonómica.

El sentido de la licencia comercial es controlar la implantación de los grandes establecimientos cuando influyan de forma esencial en el entorno (tráfico, medio ambiente, condiciones de abastecimiento de la población, repercusiones supralocales...). «Es obvia —son palabras del TC— la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de

las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan, los problemas en la calificación del suelo, etcétera» (STC 225/93, FJ 6).

En este orden de cosas, debe traerse también a colación la STC 264/1993, de 22 de julio. Cuando el TC examina los criterios que han de presidir el otorgamiento de la autorización especial para la instalación de grandes establecimientos comerciales, rechaza los argumentos de los recurrentes acerca de la lesión de la autonomía municipal<sup>50</sup>. El TC considera que se trata de una autorización especial concedida por las CC AA (sin perjuicio de la concesión de licencias de apertura por parte de los ayuntamientos) que obedece al carácter «supramunicipal» de los intereses concernidos por la instalación de un centro de esta especie. Por ello, no «puede verse atentado alguno a la autonomía municipal, dada la dimensión territorial de los intereses en presencia» (STC 264/1993, FJ 6).

Por tanto, las razones que justifican la intervención autonómica, avaladas por la jurisprudencia constitucional, radican en la dimensión supramunicipal o territorial de los intereses concernidos por la instalación de una gran superficie comercial. De no existir tales intereses supramunicipales, no tendría sentido exigir una licencia autonómica con la que se estén protegiendo los mismos intereses que ya se protegen con las licencias municipales. Sería, además, contrario a la norma comunitaria por vulnerar la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Pero persiste un problema en estos regímenes. Aun admitiendo la exigencia del control autonómico por la necesidad de proteger intereses supramunicipales de naturaleza territorial y urbanística, carece de justificación que tal control sea llevado a cabo por órganos administrativos competentes en materia de comercio.

<sup>49</sup> Véanse los artículos 17 a 19 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña. NOGUERA (2011: 262 y ss.) se ha preocupado de examinar la normativa catalana.

<sup>50</sup> La doctrina también se ha referido al riesgo de lesión de la autonomía local; *vid.*, por ejemplo, TORNOS (1991) y RAZQUIN (2003).

C) CC AA que suprimen la licencia autonómica, pero mantienen el control autonómico, condicionando las licencias municipales (Asturias, País Vasco, Andalucía, Extremadura, Cantabria y Castilla-La Mancha)

Son varias las regulaciones autonómicas que han otorgado a la Administración autonómica un papel de *voyeur* en un procedimiento que, aunque se sustancia en el ámbito municipal, cuenta con la participación del órgano autonómico competente en materia de comercio, que emite un informe previo que, dado su carácter vinculante, juega un papel decisivo. Así pues, las CC AA no solo «curiosean» en el procedimiento local, no son meros espectadores pasivos, sino que terminan participando e interfiriendo en él.

Este modelo lo inicia la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial en el País Vasco, que tempranamente modificó la normativa comercial vasca para adaptarla a la DS. Con carácter previo a la concesión de la licencia de actividad municipal, el ayuntamiento correspondiente debe solicitar al órgano competente en materia de comercio de la administración autonómica la emisión de un informe sobre la adecuación del proyecto de gran establecimiento comercial a los criterios establecidos en el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales<sup>51</sup>.

De manera similar, en Andalucía, los grandes establecimientos comerciales están sometidos a la obtención, previa a su instalación o ampliación, de la licencia municipal de obras, en cuyo procedimiento de tramitación se contempla la necesidad de obtener un informe de la Consejería competente en materia de comercio sobre la adecuación del proyecto al contenido del Plan de Establecimientos Comerciales y al cumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía.

<sup>51</sup> El modelo vasco ha sido examinado ampliamente por LÓPEZ PÉREZ (2009) y URRUTIA (2010).

Siguiendo esta misma senda, la de la integración del informe comercial autonómico dentro del procedimiento general seguido por los ayuntamientos para el otorgamiento de las licencias urbanísticas municipales, se sitúan Cantabria<sup>52</sup>, Castilla-La Mancha<sup>53</sup> y Extremadura<sup>54</sup>, aunque en estas CC AA, a diferencia de las anteriores, no está prevista la aprobación de ningún plan.

Significativas variantes presenta el sistema establecido en el Principado de Asturias<sup>55</sup>. En este caso, los establecimientos que tengan la condición de gran equipamiento comercial (superficie superior a 2.500 m<sup>2</sup> o a 10.000 m<sup>2</sup>, en el caso de complejos comerciales), cuando soliciten las pertinentes licencias municipales han de someterse a sendos procedimientos de evaluación de «impacto estructural» —sobre ordenación del territorio y urbanismo— y de «impacto ambiental»<sup>56</sup>. No existe aquí participación de la Consejería competente en materia de comercio en la tramitación de las licencias municipales, aunque sí está prevista en la elaboración de las Directrices Sectoriales de equipamiento comercial, así como en la tramitación del Plan General de Ordenación, de los planes parciales y de los planes especiales, y en la de sus respectivas revisiones o modificaciones, mediante la elaboración de un informe sobre las reservas de suelo para uso comercial.

D) Sustitución de la licencia comercial autonómica por la autorización mediante un instrumento de ordenación del territorio. El caso navarro

La Comunidad Foral Navarra ha diseñado un régimen de control distinto de todos los descritos con

<sup>52</sup> Artículos 8 a 11 de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, modificada por la Ley de Cantabria 2/2010, de 4 de mayo.

<sup>53</sup> Artículo 14 de la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha.

<sup>54</sup> Artículo 36 de la Ley 7/2010, de 19 de julio, de modificación de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

<sup>55</sup> Al respecto, véase PÉREZ FERNÁNDEZ (2011: 315 y ss.) y, más críticos, ESTRADA *et al.* (2011: 201).

<sup>56</sup> Artículos 19 y 20 en relación con el artículo 16 de la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior.



anterioridad. Se suprime la licencia comercial autonómica y se sustituye por un control efectuado a través de un instrumento de naturaleza territorial, sin participación en el procedimiento del Departamento competente en materia de comercio. Las implantaciones de grandes establecimientos comerciales, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 19. 2 de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra (modificada por la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril), quedan sujetas a la tramitación de un plan sectorial de incidencia supramunicipal, promovido por el operador o el promotor, ante el órgano competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Su contenido y procedimiento de elaboración y tramitación se hace depender de la legislación foral urbanística<sup>57</sup>, y de los criterios específicos que se contienen en el artículo 25 de la Ley Foral de comercio, entre los que se incluye la adecuación a los planes de ordenación territorial. Estos planes<sup>58</sup>, conforme al artículo 17, habrán de contener, entre sus determinaciones de carácter vinculante, los criterios para la ordenación de los establecimientos comerciales en el territorio, considerando, en general: a) La implantación preferente del comercio dentro del núcleo urbano de los municipios, b) La dotación complementaria y unida de los usos residenciales y las actividades comerciales<sup>59</sup> y c) La reducción del impacto de las actividades comerciales en su implantación sobre el territorio, en concreto, en los ámbitos de movilidad, contaminación atmosférica, consumo de energía y ocupación del suelo.

<sup>57</sup> Artículos 43 y 45 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

<sup>58</sup> Regulados en los artículos 34 y ss. de la ley citada en la nota anterior.

<sup>59</sup> Ha de tenerse en cuenta que en Navarra los grandes establecimientos comerciales solo podrán implantarse en suelos urbanos o urbanizables con un uso residencial dominante. Por tal se entiende aquel uso que «contenga áreas residenciales con vivienda colectiva continuada de 250 viviendas o 600 habitantes y una densidad residencial de 40 viviendas por hectárea» (art. 19.6 Ley Foral).

### Las razones imperiosas de interés general

Señalaba Villar Palasí (1964), que la esencia de la autorización es «constituir un control previo de las actividades que, descontroladas, podrían dañar al público interés». En el nuevo régimen legal de acceso a las actividades de servicios derivado de la DS, ese interés público se troca en las denominadas «razones imperiosas de interés general»<sup>60</sup>. Y, en el caso concreto de las autorizaciones comerciales de grandes superficies, se han especificado cuáles pueden ser éstas. Como sabemos, para el legislador estatal lo son: la protección del medioambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico (art. 6.2 LOCM).

Parece, pues, que el legislador español se empeña en restringir el espectro de razones imperiosas de interés general que pudieran invocarse. En este afán restrictivo, resulta sorprendente y excesivo que cuando la Ley Paraguas efectúa una definición de las razones imperiosas de interés general en el apartado 11 de su artículo 3 —y lo hace, no se olvide, con carácter básico— las limite acotándolas a las que la DS cita en su artículo 4.8 con mero carácter ejemplificativo, con-

<sup>60</sup> El concepto de «razones imperiosas de interés general» ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado (hoy, 49 y 56 TFUE). En su amplísimo Preámbulo la DS lo concibe como un concepto abierto, que puede seguir evolucionando: «La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria» (considerando 40).

virtiéndolas así, incomprensiblemente, en un *numerus clausus*. Prueba palmaria de la naturaleza jurisprudencial del concepto y de su carácter evolutivo —y, por tanto, abierto— es el considerando 40 de la Directiva, que contiene una lista de razones imperiosas de interés general más amplia que la que aparece en su articulado. Como consecuencia de todo ello, resulta absurdo que —atendiendo al tenor literal de la definición del artículo 3.11 de la Ley Paraguas— la invocación de razones imperiosas de interés general como, por ejemplo, «la garantía de una buena administración de justicia, la seguridad vial, la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, el mantenimiento de la diversidad de prensa, el fomento de la lengua nacional, la planificación urbana y rural o la prevención de la competencia desleal» que no se contienen allí, pero que sí menciona la DS en su considerando 40, pueda considerarse no ajustada a Derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso, ha de entenderse que las razones que invoca el legislador estatal en la reforma de la LOCM tienen carácter meramente ejemplificativo y no son un *numerus clausus*. De lo cual se deriva que las CC AA podrán valorar como razones imperiosas de interés general otras —eso sí, en ningún caso de índole económica— diferentes de las recogidas en el artículo 6 LOCM, siempre que se respete lo dispuesto en la DS y en la legislación básica estatal (Consejo de Estado, *Dictamen 985/2009*). Algunas CC AA, por ejemplo —entiendo que con total justificación y de manera absolutamente razonable e, incluso, ineludible—, han añadido «la protección de los derechos de los consumidores». En general, los criterios que se contemplan en las nuevas normas autonómicas han descartado acertadamente las anteriores alusiones a la existencia de un «equipamiento comercial adecuado» o al equilibrio de los intereses sectoriales («efectos sobre la estructura comercial existente»), poniendo de manifiesto que se ha querido eliminar cualquier referencia que pudiera ser considerada una vetada prueba económica. Con más o menos acierto según los casos, se ha queri-

do instaurar un nuevo modelo de urbanismo comercial basado en razones urbanísticas y medioambientales.

Estas razones se definen muchas veces con imprecisión. ¿Cumplen los requisitos así formulados con el art. 10 DS? El mayor reproche que cabe formular es que de su excesiva vaguedad se deriva un amplísimo margen de discrecionalidad en manos de la Administración, que puede convertirse en futura arbitrariedad. Sin embargo, los riesgos de la excesiva discrecionalidad derivados de los vagos criterios que presiden el otorgamiento de las autorizaciones comerciales para grandes establecimientos comerciales pueden ser mitigados a través de la planificación urbanística y territorial, prevista también en muchas normas autonómicas<sup>61</sup>.

Curiosamente, en la Sentencia de 11 de marzo de 2011 (as. C-400/08) frente a las alegaciones de la Comisión respecto a la falta de precisión de los criterios establecidos en el artículo 10 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales de Cataluña y la excesiva discrecionalidad que confieren a las autoridades competentes para otorgar la licencia, el Tribunal de Justicia entiende que si la integración en el entorno urbano, los efectos sobre el uso de la red viaria y del transporte público, y la variedad de la oferta de que disponen los consumidores son criterios lícitos a la hora de decidir si un establecimiento comercial debe ser autorizado, «resulta difícil establecer a priori límites precisos sin introducir un grado de rigidez que probablemente resultase aún más restrictivo de la libertad de establecimiento». En consecuencia, tales criterios «no son tan imprecisos como para hacerlos inapropiados para alcanzar los objetivos medioambientales, urbanísticos y de protección de los consu-

<sup>61</sup> Sin poner en duda que la principal pretensión de estos nuevos planes sea reducir la discrecionalidad que reina en el otorgamiento de las autorizaciones comerciales, no es fácil asegurar que los planes no sean igualmente discrecionales. En este sentido, respecto del hoy ya derogado Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales en Cataluña, véase el FD 6.º de la Sentencia TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2002 (ar. 260196).

midores invocados por el Reino de España, ni desproporcionados con respecto a dichos objetivos» (páginas 117-118).

En varias CC AA, la defensa del denominado modelo de «ciudad compacta y cohesionada» subyace bajo el entramado de «razones imperiosas de interés general» que se alegan para fundamentar todo el régimen autorizador. Así, entre los principios rectores del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña se encuentra: «La potenciación de un modelo de ciudad compacta en que el uso residencial se armoniza con las actividades comerciales y de servicios, para fortalecer las estructuras comerciales como valores de la cultura mediterránea» (art. 4.2). De ahí deriva la definición de conceptos como el de «trama urbana consolidada» (TUC) y las consecuencias que a él se anudan, como las prohibiciones para nuevas implantaciones comerciales de mediana o gran superficie fuera de ella (arts. 7-9).

No puede decirse que los intereses que defienden las nuevas normas autonómicas sean desproporcionados, pero de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el test de proporcionalidad exige, además, demostrar que no existía ninguna otra medida igualmente efectiva, pero menos restrictiva de la libertad de establecimiento<sup>62</sup>. ¿Cabrían medidas alternativas (menos restrictivas) que permitiesen alcanzar satisfactoriamente los mismos objetivos? Es aquí, a mi juicio, donde las normas autonómicas pueden presentar mayores problemas de adecuación al Derecho comunitario.

---

<sup>62</sup> Jurisprudencia sentada, por ejemplo, en sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria (C-161/07, Rec. p. I-10671), apartado 36, que ahora la Abogado general aplica a las restricciones a la implantación de grandes establecimientos comerciales (pp. 90-92 de las conclusiones en el asunto antes citado). Y haciendo suya esta argumentación, el TJUE considera que el Reino de España no ha dado explicaciones suficientes para demostrar que las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos (pp. 83-86). De ahí se deriva el fallo de la sentencia de 24 de marzo de 2011, en el que se estiman los planteamientos de la Comisión y se declara que las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales del artículo 4.1 de la Ley 18/2005 de Cataluña incumplen el artículo 43 TCE.

## 5. Reflexiones finales

Todas las CC AA han aprobado ya sus reformas comerciales. ¿Se ha producido el cambio de modelo que requería la Directiva de Servicios? Aparentemente sí. En conjunto, se ha hecho un gran esfuerzo de adaptación de los regímenes de autorización comercial a las exigencias de la norma comunitaria. No obstante, queda mucho camino por recorrer<sup>63</sup>.

Brillan por su ausencia las disposiciones relativas a la ventanilla única o a la tramitación electrónica, los procedimientos no son mucho más simples que los anteriores y tampoco se ha avanzado demasiado en la coordinación de trámites entre la Administración local y autonómica. También nos hemos referido en este artículo a los problemas derivados de la discrecionalidad en el otorgamiento de las licencias comerciales; o a las exigencias del test de proporcionalidad, que plantea a los legisladores autonómicos el reto de demostrar que las medidas elegidas son apropiadas para conseguir los objetivos perseguidos, sin ir para ello más allá de lo necesario.

Algunos autores denuncian el «sabotaje», en la medida en que consideran que la transposición llevada a cabo por la mayoría de Comunidades Autónomas es meramente nominalista y que, en realidad, se está intentando perpetuar las anteriores medidas intervencionistas y proteccionistas (Pérez y Víguer, 2010 y Blázquez y Navarro, 2010).

A mi juicio, no pueden ponerse en duda las razones sobre las que se basa este nuevo modelo (protección del medio ambiente y de la cohesión social y territorial), pero tampoco pueden quedarse en mera retórica. Su formulación teórica viene avalada por el respaldo que les ha ofrecido la Comisión Europea en su reciente informe *Hacia un mercado interior del comercio y*

---

<sup>63</sup> Por cierto, ésta es una de las principales conclusiones de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la DS recientemente expuestos por la Comisión en su comunicación «Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la DS», Bruselas, 27.1.2011, COM (2011) 20 final.

de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020, donde puede leerse: «Es preciso tener en cuenta todos los intereses en juego y, en particular, conciliar los intereses de las empresas de distribución con los objetivos de protección del medio ambiente o de ordenación del territorio (por ejemplo, el mantenimiento de una accesibilidad suficiente a los comercios que ofrecen bienes y servicios básicos)».

Hasta ahora, con las regulaciones previas a la DS, se había hecho un uso torticero del urbanismo, de la ordenación del territorio y de la protección del medio ambiente<sup>64</sup>, ¿ocurrirá lo mismo después de la transposición?, ¿se utilizarán de modo fraudulento los instrumentos urbanísticos y medioambientales para seguir interviniendo por razones económicas? Son muchas las dudas que nos asaltan tras el análisis detenido de las normas autonómicas, que no hacen presagiar el advenimiento de una nueva era del urbanismo comercial español.

## Referencias bibliográficas

- [1] BLÁZQUEZ ALONSO, N. (2012): *Manual de ordenación comercial*, La Ley Actualidad, Madrid.
- [2] BLÁZQUEZ ALONSO, N. y NAVARRO MANICH, J. A. (2010): «La Directiva de Servicios y los establecimientos comerciales: El escenario del día después de la transposición», *Diario La Ley*, núm. 7.347.
- [3] CASES PALLARÉS, L. (1999): *La denominada «segunda licencia» en la Ley del Comercio*, IDELCO, Madrid.
- [4] CASES PALLARÉS, L. y PONS CÁNOVAS, F. (1998): *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Marcial Pons, Madrid.

[5] COMISIÓN EUROPEA (2010): Informe *Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020*, COM, 355 final.

[6] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2009a): *La reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, abril.

[7] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2009b): *Informe 09/2009, sobre la reforma de la Ley del Comercio Minorista*, Madrid, mayo.

[8] CONSEJO DE ESTADO (2009): *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*.

[9] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2009): *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y otras normas complementarias*, 20 de mayo.

[10] DAVIES, G. (2007): «The Services Directive: Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration», *European Law Review*, 32.

[11] DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2009): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, Iustel, Madrid.

[12] DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2011): «Mercado interior y Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

[13] DEL PINO, A. (2007): «La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial», *Distribución y Consumo*, núm. 94, julio-agosto.

[14] ESTRADAALONSO, E.; RODRÍGUEZ MAGDALENO, R. I. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2011): *Apertura de grandes superficies y libertades comunitarias*, Ed. Reus, Madrid.

[15] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2007): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, junio.

[16] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2008a): «La ordenación del comercio interior y la Directiva de Servicios 2006/123», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38, 499-518.

[17] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2008b): «De criterios económicos a urbanísticos y ambientales», *Asociación para el Progreso de la Dirección* (monográfico dedicado a *La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor*), núm. 231.

[18] FUERTES LÓPEZ, M. (2011): «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

[19] GUY, C. (2009): «La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos

<sup>64</sup> En las legislaciones anteriores se recurría a la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente para justificar más fácilmente las limitaciones propiamente comerciales o económicas. La preocupación ambiental no operaba más que como una mera coartada ideológica para unos legisladores que, acomplejados por sus incisivas políticas comerciales, se escudaban en los costes externos generados por los grandes establecimientos, para tratar de justificarlas de algún modo más legítimo constitucionalmente y, por qué no decirlo, también más popular. Pero, desgraciadamente, la preocupación ambiental no operaba como debería operar, puesto que en lugar de valorar y corregir oportunamente las externalidades negativas, a través de subterfugios como las cuotas de mercado, se ponderaban primordialmente los perjuicios ocasionados al comercio ya instalado en la zona (VILLAREJO, 2008a: 106-124).

tos comerciales en el Reino Unido», en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, Granada.

[20] HATZOPOULOS, V. (2007): «Que reste-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, vol. 43, núm. 3-4.

[21] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2010): *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.

[22] LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): «Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, Iustel, Madrid.

[23] LINDE PANIAGUA, E. (2008): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.

[24] LÓPEZ PÉREZ, F. (2009): *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, Atelier, Barcelona.

[25] MARTÍNEZ DE PISÓN, I. (1998): «Urbanismo comercial: El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista», *RAP*, núm. 145, enero-abril.

[26] MONNET, J. (2009): «El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: cambios antes y después de la Directiva europea de Servicios», en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, Granada.

[27] MUÑOZ MACHADO, S. (2009): «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid.

[28] NAVARRO DEL CACHO, C. (1999): «La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para la instalación y apertura de grandes establecimientos», *REALA*, núm. 280-281.

[29] NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.) (2012): *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

[30] NOGUERA DE LA MUELA, B. (2011): «El impacto de la Directiva de Servicios sobre el comercio: en especial, el caso de Cataluña», *Revista de Administración Pública*, núm. 184, enero-abril.

[31] PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, Iustel, Madrid.

[32] PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (1998): *Urbanismo comercial y libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid.

[33] PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (2011): «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de Servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42.

[34] PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2010): «Reflexiones sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 30 de abril.

[35] PÉREZ RIVARÉS, J. A. y VIGUER PONT, J. (2010): *Cuestiones suscitadas por la transposición de la Directiva Bolkestein en el ámbito de los equipamientos comerciales*, accesible en <http://www.uria.com/docs/082transpDir.pdf>.

[36] QUINTANA LÓPEZ, T. (2011): «Claves de la evolución del urbanismo comercial. La implantación de grandes establecimientos comerciales en Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, pp. 67-104, enero.

[37] RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2003): «La evolución de la ordenación espacial del comercio minorista: hacia una política territorial integrada», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas-Endesa-Ibercaja, Madrid.

[38] RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2001): «La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32.

[39] REBOLLO PUIG, M. (1999): «La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales», *Estudios sobre Consumo*, núm. 51.

[40] RIVERO ORTEGA, R. (2009a): «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en la obra colectiva por él dirigida, *La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

[41] RIVERO ORTEGA, R. (2009b): «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid. Análisis del proyecto de Ley Ómnibus», en VV. AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, Madrid.

[42] RIVERO ORTEGA, R. (2010): «La libertad de comercio», ponencia presentada al V Congreso de la AEPDA, San Fernando (Cádiz), 5 y 6 de febrero.

[43] SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. y VILLAREJO GALENDE, H. (2007): «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, Gobierno de Navarra, Pamplona.

[44] SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2009): «Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España», en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, Granada.

[45] SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2010): «Repercusión de la Directiva de Servicios sobre la libertad de empresa en el contexto del marco estatutario de la Comunidad Autónoma de Castilla y León», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León* (dir. R. Rivero Ortega), CESCYL, Valladolid.

[46] SÁNCHEZ ARMAS, T. (2009): «La Directiva 2006/123/CE de Servicios en el mercado interior y la innovación en el comercio», en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, Granada.

[47] SÁNCHEZ ARMAS, T. (2010): «La Directiva de Servicios y su impacto en la distribución comercial. Anatomía de una transposición», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2.990, del 1 al 15 de junio.

[48] TORNOS MAS, J. (1989): «Comercio interior, comercio exterior y libertad de empresa», en *La empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Pamplona.

[49] TORNOS MAS, J. (1991): «Comercio Interior», *Derecho Administrativo Económico*, vol. II (dir. por S. Martín-Retortillo), La Ley, Madrid.

[50] TORNOS MAS, J. (2009): «La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios», en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, Granada.

[51] URRUTIA LIBARONA, I. (2010): *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Bilbao.

[52] VILLAR PALASÍ, J. L. (1964): *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

[53] VILLAREJO GALENDE, H. (2008a): *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Comares, Granada.

[54] VILLAREJO GALENDE, H. (2008b): «Sostenibilidad y revitalización urbana: nuevas propuestas para la regulación de la implantación de los grandes establecimientos comerciales», *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, núm. 156.

[55] VILLAREJO GALENDE, H. (dir.) (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares-Instituto de Estudios Europeos, Granada.

[56] VILLAREJO GALENDE, H. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2009): «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», *Informe Comunidades Autónomas, 2008* (coord. J. Tornos Mas), Instituto de Derecho Público, Barcelona.

[57] VILLAREJO GALENDE, H. (2009): «La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra).

[58] VILLAREJO GALENDE, H. (2009): «Simplificación administrativa al servicio del mercado interior europeo», *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid.

[59] VILLAREJO GALENDE, H. (2010): «La reforma de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León* (dir. R. Rivero Ortega), CESCYL, Valladolid.

[60] VILLAREJO GALENDE, H. (2011): «El nuevo régimen de las autorizaciones comerciales en España. Una lectura hitchcockiana de los efectos de la Directiva de Servicios: ¿De Psicosis a Sabotaje?», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, pp. 217-256.