

EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS SOBRE EL SECTOR DEL COMERCIO: EN ESPECIAL, EL CASO DE CATALUÑA*

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

I. PUNTO DE PARTIDA.—II. 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. RASGOS GENERALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. *Rasgos generales*. 2. *El régimen autorizador de la DS*: A) Triple test (art. 9 DS). B) Modelo general de régimen autorizador (arts. 10 y 11 DS). C) Diseño de los procedimientos de autorización (art. 13 DS). D) Los requisitos prohibidos (art. 14 DS). E) Requisitos sujetos a evaluación (art. 15 DS).—III. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ARTÍCULO 38 DE LA CE: BREVE REFERENCIA. LA ESPECIAL TRANSPOSICIÓN DE LA DS: 1. *La Constitución de 1978 y el comercio interior*. 2. *La libertad de empresa comercial: naturaleza y garantías. La importancia de los principios rectores*. 3. *La compleja transposición de la Directiva de Servicios en España*: A) La Ley Paraguas. B) La Ley Omnibus.—IV. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS SOBRE LA NORMATIVA COMERCIAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: DE LA LOCM DE 1996 A LA LOCM DE 2010. LA NORMATIVA DE ORDENACIÓN DE EQUIPAMIENTOS COMERCIALES DE CATALUÑA: 1. *Situación de partida: la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996*. 2. *Algunos aspectos de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la LOCM de 1996 (LOCM 010)*. 3. *El impacto de la DS en la regulación catalana de los equipamientos comerciales*: A) El Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña. Breve referencia a algunas de las cuestiones más sobresalientes: a) Los Planes Territoriales Sectoriales de Equipamientos Comerciales: su desaparición en la normativa de comercio catalana. b) Planificación y ordenación territorial de uso comercial. c) Las licencias comerciales para los equipamientos comerciales en el Decreto-ley 1/2009.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la Directiva de Servicios y su especial transposición al ordenamiento jurídico español, abordando su impacto en la libertad de empresa comercial y, en especial, en la normativa comercial estatal y en la autonómica catalana.

Palabras clave: Directiva Bolkestein; libertad de establecimiento; autorización comercial; razones imperiosas de interés general; planificación y ordenación territorial del uso comercial.

ABSTRACT

This study analyses the Directive on services in the internal market and its special transposition to the Spanish legal system, considering its impact on the freedom of commercial activity and especially on State commercial regulations and catalan autonomy.

Key words: Bolkestein Directive; freedom of establishment; commercial authorization; overriding reasons of general interest; spatial planning of commercial areas

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la UCM DER 2009-14273-CO2-01 «Defensa de la Competencia», dirigido por el Profesor Dr. D. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ.

I. PUNTO DE PARTIDA

Como es sabido, el comercio interior, como actividad de servicio, se incluye en el ámbito de aplicación 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 (en adelante, DS o Directiva Bolkestein), y hoy está sumido en un proceso de transformación que fundamentalmente trae causa de la Directiva mencionada¹, la cual tiene como finalidad la eliminación de las barreras legales y administrativas que limitan el desarrollo de actividades de servicios entre los Estados miembros², barreras que condicionan también la libertad de establecimiento y que afectan al régimen de intervención establecido en España para el control en la implantación de los grandes establecimientos comerciales que debe adecuarse a esta norma comunitaria.

Para conseguir el mencionado objetivo se exigen diversas reformas en los procedimientos de actuación de las Administraciones de los Estados miembros³, pero el elemento más destacado de la DS es la previsión de un cambio esencial del régimen de las autorizaciones administrativas: el punto de partida es la prohibición de intervenciones autorizatorias con carácter previo, salvo que concurren una serie de requisitos o condiciones que legitimen la autorización⁴.

Por tanto, y por lo que se refiere al ámbito de la distribución comercial, es de todos conocido que la aparición masiva de los grandes establecimientos comerciales, iniciada en los setenta y consolidada en los ochenta, llevó a no pocas controversias; de ahí que los poderes públicos, con el propósito de dar respuesta a las preocupaciones sociales, desarrollasen una política de intervención para controlar la expansión de los mismos. Así, en la década de los ochenta, el

¹ Baste con echar una mirada a los medios de prensa escrita para constatar la preocupación existente. Así, entre otros, el *Diario de Ibiza* de 23 de noviembre de 2008 («El Gobierno impide la instalación de grandes superficies en los polígonos industriales»); el diario *El Mundo* anunciaba el 11 de enero de 2009: «Órdago catalán a la Ley de Comercio de Sebastián»; asimismo, el diario *Expansión* en fecha 26 de mayo de 2009 se refiere a «Cataluña regula el comercio de forma intervencionista».

² El apartado 5 del Preámbulo de la Directiva 2006/123/CE dispone en relación al objetivo: «(...) eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiendo a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro».

³ Simplificación de los procedimientos de intervención y decisión (art. 5 DS); cooperación entre autoridades administrativas (art. 6 DS; ventanilla única); la mejora de la información de los usuarios e interesados; incorporación de las nuevas tecnologías de la información (arts. 7 y 8 DS).

⁴ S. MUÑOZ MACHADO (2009), «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, pág. 1.

vacío normativo estatal existente en torno a esta cuestión fue cubierto por diversas Comunidades Autónomas⁵ que, alegando diversos títulos competenciales (comercio interior, ordenación del territorio, urbanismo...), regularon aspectos relativos a la ordenación espacial del comercio bajo un común denominador: separación entre las cuestiones de ordenación urbanística y los equipamientos comerciales, e instauración de un régimen especial para las grandes superficies, desplegando dos tipos de poderes: de planificación (comercial) y de autorización; de carácter autonómico, de obtención previa a las

⁵ Así, en la actualidad, la legislación existente en materia de comercio interior de las CC.AA. es la siguiente:

- Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de la Comunidad Valenciana 2010, que modifica, entre otras, la Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de ordenación del comercio y superficies comerciales.
- Ley 13/2010, de 17 de diciembre, normas reguladoras del comercio interior de Galicia.
- Ley de las Cortes de Aragón 9/1988, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial, modificada por el Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril.
- Decreto-ley de la Generalidad de Cataluña 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales.
- Ley del Parlamento de Canarias 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la licencia comercial y de modificación de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de comercio.
- Ley 7/2008, de 25 de junio, por la que se modifica por segunda vez la Ley del Parlamento vasco 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial y la ordenación y mejora de la estructura comercial del País Vasco.
- Decreto-ley del Parlamento de Andalucía 3/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes andaluzas para la transposición de la Directiva de Servicios; entre ellas, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de comercio interior de Andalucía, modificada a su vez por la Ley 3/2010, de 21 de mayo.
- Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/2010, de 13 de mayo, de comercio de Castilla-La Mancha.
- Ley de la Asamblea Regional de Murcia 12/2009, de 11 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista, que modifica diversas leyes para su adaptación a la Directiva de Servicios. Entre otras, la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista y Plan de Equipamientos Comerciales de la Región de Murcia.
- Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña, que modifica, entre otras, la Ley 16/1999, de 29 de abril, de regulación del comercio interior.
- Ley del Parlamento de las Islas Baleares 8/2009, de 16 de diciembre, de ordenación de la actividad comercial a las Islas Baleares para la transposición de la Directiva de Servicios.
- Ley Foral navarra 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales, y Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, de comercio de Navarra, afectada por la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril.
- Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio, modificada por la Ley 2/2010, de 4 de mayo, de comercio.
- Ley de la Asamblea de Extremadura 3/2002, de 9 de mayo, de comercio, modificada por la Ley 7/2010, de 19 de julio.
- Ley de Comercio Interior de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre.
- Decreto-ley de las Cortes de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León, que modifica la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de comercio.
- Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2010, que modifica, entre otras, la Ley 3/2005, de 14 de marzo, de ordenación de la actividad comercial y las actividades feriales en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

licencias urbanísticas municipales y destinada, exclusivamente, a determinados comercios. Al respecto, Cataluña fue pionera, con la Ley 3/1987, de 9 de junio, pero con motivo de la aprobación de la LOCM de 15 de enero de 1996 se estableció de forma generalizada para toda España la licencia comercial, que supuso el que todas las Comunidades Autónomas tuviesen título suficiente para legislar sobre la implantación de los grandes establecimientos comerciales.

La necesaria transposición de la DS comporta una revisión a fondo del modelo actualmente vigente en nuestro país. Por tanto, nos va a llevar a analizar la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actuaciones de servicio y su ejercicio, conocida como «Ley Paraguas»; la regulación que recoge la actual Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996 (LOCM 2010), y, en especial, a detenernos en el modelo catalán, que en la actualidad se recoge en el Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de Equipamientos Comerciales. Si bien con carácter previo debemos estudiar la Directiva Bolkestein⁶, que es nuestro marco de referencia, para abordar, de una parte, sus rasgos esenciales y, de otra, el régimen de autorización previsto en su capítulo tercero.

⁶ Sobre la Directiva de Servicios, entre otros: E. LINDE PANIAGUA (2008), *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, dedicado monográficamente a *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)* y editado por la UNED y Colex, Madrid; T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007), «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, Madrid, págs. 237-280; M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE (2007), «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, págs. 45-86; S. MUÑOZ MACHADO y T. R. FERNÁNDEZ (2008), «La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor», *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231; J. C. LAGUNA DE PAZ (2009), «La Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, págs. 42-51; L. PAREJO ALFONSO (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», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, págs. 34-41; H. VILLAREJO GALENDE y M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2009), «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, vol. I, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona. El resto de países comunitarios, entre otros: S. D'AGUNTO (2007), «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, págs. 261-327; K. PEGLOW (2008), «La libre prestation de services dans la Directive n.º 2006/123/CE», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 44, págs. 67-118; C. BARNARD (2008), «Unraveling the Services Directive», *Common Market Law Review*, núm. 45, págs. 323-394, y G. DAVIES (2007), «The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, núm. 2, págs. 232-245. También recientemente en España: T. DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.) (2009), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, Madrid; R. RIVERO ORTEGA (Dir.) (2009), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor; AA.VV., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, 25.ª ed. del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009; R. RIVERO ORTEGA (2009), «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: Problemas de su transposición en España», *Revista de Estudios Locales*, número monográfico; J. GONZÁLEZ GARCÍA (2009), «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32; ídem (2009), «Notas sobre la intervención administrativa sobre el comercio internacional de servicios a partir de la Directiva Bolkestein», en *Derecho de la Regulación Económica* (Dir. S. MUÑOZ MACHADO), VII: *Comercio exterior*, págs. 569-596.

II. 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. RASGOS GENERALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. *Rasgos generales*

Tras una larga tramitación de casi tres años, el 27 de diciembre de 2006 se publicaba en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el texto definitivo de la Directiva Bolkestein, una Directiva comunitaria de mercado *carácter general*, que destaca que para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios (considerando 2); de ahí que la DS se proponga eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores de los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado (considerando 5) y promueva la necesaria coordinación previa de las legislaciones nacionales, demandándose diversas reformas en los procedimientos de actuación de las Administraciones de los Estados miembros.

Luego, al tratarse de una Directiva «horizontal», su obligación de transposición por los Estados miembros se torna mucho más compleja ya que aquélla se refiere a materias que unas veces son competencia del Estado y otras de las CC.AA., y en muchos casos compartidas por diversos legisladores, y también participadas por el poder normativo de las entidades locales en aquello que se refiera a servicios y actividades de su interés. Y, en línea con ello, en su considerando 60 recuerda que «en particular, las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros...»⁷. De ahí que en nuestro país se haya llevado a cabo una transposición formal en primer término, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas), y otra material, a través de la Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley Paraguas (Ley Omnibus), y de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la LOCM 1996⁸.

En otro orden de cosas, la DS es una norma que *incorpora en su contenido la doctrina que ha ido conformando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)*, en su tarea de interpretación de las normas del Tratado, y específicamente en relación con el contenido de la DS relativo a la libertad de establecimiento y al régimen de autorización existe jurisprudencia consolidada del TJUE

⁷ S. MUÑOZ MACHADO (2009), *op. ult. cit.*, págs. 6 y 10; M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE (2007), *La Directiva...*, *op. cit.*, pág. 55.

⁸ F. LÓPEZ PÉREZ (2009), *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial (Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, Atelier, pags. 57-59.

que se refiere, entre otros, a los siguientes aspectos: así, por ejemplo, se ha puesto de manifiesto cómo el reconocimiento de las libertades económicas no es incompatible con la posibilidad de introducir, por parte de los Estados miembros, excepciones a aquéllas, siempre y cuando «se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»⁹. Igualmente, la DS recoge el concepto de «razón imperiosa de interés general» (en adelante, RIIG), que el TJUE ha ido conformando¹⁰, concepto clave cuya concurrencia va a posibilitar el que se den restricciones nacionales al ejercicio de las libertades económicas y sobre el que nos detendremos más adelante.

Asimismo, el TJUE ha señalado que «para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria»¹¹. En suma, procedimientos autorizatorios de carácter reglado, donde no tiene cabida la discrecionalidad, ya que «un régimen de autorización previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias (...)»¹².

También la DS hace suya la exigencia, que el TJUE ha remarcado, de un procedimiento que asegure la libre competencia, la transparencia y la imparcialidad: «un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable (...) y que podrán, además, recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización (...), que deberán estar debidamente motivadas»¹³. Rechazándose la participación de competidores en el diseño y en la tramitación de los procedimientos de autorización, ya sea directa o indirectamente, a través de órganos consultivos¹⁴, y exigiéndose que los procedimientos

⁹ SSTJUE de 18 de enero de 1979, as. C-110/78 y C-111/78, *Ministère Public y ASBL/van Weenaël* (aps. 28 y 30); 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Gebhard* (ap. 37); 9 de marzo de 1999, as. C-212/97, *Centros* (ap. 34); 4 de julio de 2000, as. C-424/97, *Haim* (ap. 57); 1 de febrero de 2001, as. 108/96, *MacQuen* (ap. 26); y 4 de junio de 2002, as. C-367/98, *Comisión/Portugal* (ap. 49).

¹⁰ Sobre todas estas RIIG, vid., entre otras: SSTJUE de 20 de junio de 2002, as. C-388/00 y C-429/00, *RadioSistemi*; 22 de enero de 2002, as. C-390/99, *Canal Satélite Digital* (ap. 34); 29 de abril de 1999, as. C-302/97, *Kaule*; 4 de julio de 2000, as. C-424/97, *Hain*; 19 de febrero de 2002, as. C-368/98, *Vaubraekel*; 17 de octubre de 2002, *Payroll Data Services*; 7 de septiembre de 2004, as. C-319/02, *Manninen*; 28 de septiembre de 2006, as. C-282/04 y C-283/04, *Comisión/Países Bajos*; 3 de octubre de 2000, as. C-58/98, *Cortsen*; 9 de diciembre de 1997, as. C-265/95, *Comisión/Francia*; 24 de enero de 2002, as. C-164/99, *Portugale Construções*; 4 de junio de 2002, as. C-367/98, *Comisión/Portugal*, entre otras.

¹¹ STJUE de 20 de febrero de 2001, as. C-205/99, *Analir y otros*.

¹² Entre otras, SSTJUE de 22 de enero de 2002, as. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, y 13 de mayo de 2003, as. C-463/00, *Comisión/España*, donde se declaró contrario a las normas del Tratado el régimen autorizatorio previsto en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, relativo al régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

¹³ STJUE de 16 de mayo de 2005, as. C-372/04, *Watts*.

¹⁴ SSTJUE de 17 de octubre de 1995, as. C-140/94, *DIP Spa*; 17 de octubre de 1995, as. C-141/94, *LIDL, SL*; 15 de enero de 2002, as. C-439/99, *Comisión/Italia*.

no tengan una duración excesiva¹⁵, manifestando sus reservas a la posibilidad de otorgamiento de las autorizaciones con eficacia sólo para un ámbito territorial reducido, habida cuenta que este tipo de exigencias colocan en situación de desventaja a un posible competidor¹⁶.

A la vista por tanto de su contenido, cabe señalar finalmente que la DS cuenta con un *contenido complejo* que actúa combinadamente en diversos planos. Así, existen una serie de preceptos que sistematizan la doctrina jurisprudencial relativa a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios, y otros regulan la obligación de simplificación administrativa¹⁷, la cooperación administrativa, la exigencia de presentar informes y el programa de convergencia¹⁸, de naturaleza instrumental.

2. El régimen autorizador de la DS

A) *Triple test* (art. 9 DS)

Efectivamente, de la lectura del artículo 9 DS se deduce que, en principio, como regla *no* caben los procedimientos autorizatorios que condicionen la libertad de establecimiento, salvo que concurran ciertas condiciones que configuren lo que se conoce con el nombre de «*triple test*». Es decir:

- a) Que el régimen autorizador establecido no sea discriminatorio para el prestador.
- b) Que la necesidad de establecer un régimen de autorización esté justificada por una «razón imperiosa de interés general».
- c) Que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (art. 9.1 DS).

Tal previsión no es más que una expresión de la jurisprudencia del TJUE, que considera a las autorizaciones¹⁹, licencias u homologaciones como *restric-*

¹⁵ STJUE de 21 de octubre de 2004, as. C-417/02, *Comisión/Grecia* (ap. 34).

¹⁶ STJUE de 18 de julio de 2007, as. C-134/05, *Comisión/Italia* (ap. 58).

¹⁷ A la obligación de simplificación administrativa se refieren los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Directiva de Servicios, donde se hace referencia a la «ventanilla única».

¹⁸ En relación a la cooperación administrativa se recogen un conjunto de previsiones que favorecen el que las libertades de establecimiento y circulación de servicios sean efectivas. Así se establecen obligaciones de asistencia recíproca y de cooperación entre los Estados miembros (art. 28 DS). Asimismo, el artículo 31 recoge el principio de supervisión por parte del Estado miembro en que se preste el servicio en caso de desplazamiento del prestador, supervisión que es posible trasladar al Estado miembro de establecimiento del prestador en caso de que el desplazamiento sea temporal (art. 30).

Finalmente, se recoge en los artículos 39 y 41 DS la exigencia de que los Estados miembros evalúen el grado de cumplimiento y de transposición del contenido obligatorio de la Directiva de Servicios, mediante la emisión de informes dirigidos a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009 y la realización por la Comisión de un informe completo del proceso, que se presentará al Parlamento y al Consejo antes del 28 de diciembre de 2011.

¹⁹ Concepto de autorización previsto en la DS en su artículo 4.6, relativo a las definiciones, que es amplio: «*cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario estén*

ciones a las libertades básicas comunitarias; de ahí que deban concurrir ciertas condiciones (art. 9.1 DS) para que aquéllas operen.

De todas las condiciones de ese triple test, es la relativa a la concurrencia de «razones imperiosas de interés general» (en adelante, RIIG) la que se convierte en elemento clave del modelo regulatorio previsto en la DS. Este concepto, que ha llenado de contenido el TJUE, se plasma en el artículo 4.8 recogiendo un listado que entendemos es abierto [«el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural» (art. 4.8 DS)], de forma que puede irse completando, y del que llama la atención su no coincidencia con el que aparece en el considerando 40 de la DS, más numeroso, que, a saber, incluye: 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 DS).

Pero el legislador comunitario va más allá y en los artículos 10 a 12 diseña todo un modelo general y supletorio de régimen autorizador.

B) *Modelo general de régimen autorizador (arts. 10 y 11 DS)*

En primer término, y plenamente acorde con nuestro principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en

*obligados a obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio». Marco sobre el régimen de autorizaciones que la Directiva de Servicios establece, que supone, en palabras del profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2007), «una verdadera revolución», en «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, pág. 192.*

En relación al concepto de autorización y figuras afines, J. C. LAGUNA DE PAZ (2006), *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 95 y ss.; T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007), *La autorización administrativa*, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Aranzadi.

el artículo 9.3 *in fine* CE, la DS dispone que los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza arbitrariamente (art. 10.1 DS). Y, en concordancia con ello, los criterios deben reunir las siguientes características: «no discriminatorios; estar justificados por una RIIG; ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; ser claros e inequívocos; ser objetivos; ser hechos públicos con antelación y ser transparentes y accesibles» (art. 10.2 DS). En suma, parece estar estableciendo un régimen autorizatorio de carácter reglado en el que, además, se indica expresamente que «toda denegación o retirada de la autorización, deberán ser motivadas y deberán poder ser impugnadas mediante un recurso judicial u otras instancias de apelación» (art. 10.6 DS). Exigencias las aquí argumentadas que nuestro ordenamiento jurídico, en concreto el artículo 106.1 CE y el artículo 54 de la Ley 30/1992, recoge plenamente.

Asimismo, de alguna manera se recoge el principio de país de origen cuando en el artículo 10.3 DS se establece que «las condiciones de concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro. Los puntos de contacto contemplados en el artículo 28, apartado 2, y el prestador deberán colaborar con la autoridad competente facilitando la información necesaria sobre dichos requisitos».

Además, la autorización para establecerse como prestador de servicios estima la DS que deberá permitir al prestador ejercer la actividad en la totalidad del territorio nacional, incluida la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, siendo posible una autorización singular para cada sucursal o limitada a una parte específica del territorio cuando exista una RIIG (art. 10.4 DS). Salvedad, la aquí expresada, que es de aplicación a los grandes establecimientos comerciales.

En cuanto a la duración de la autorización, se recoge en el artículo 11 DS, que dispone de duración indefinida excepto cuando:

- a) la autorización se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos²⁰;
- b) el número de autorizaciones disponibles sea limitado por una razón imperiosa de interés general;
- c) la duración limitada esté justificada por una razón imperiosa de interés general.

²⁰ En relación a esta previsión, acertadamente, M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE, *op. cit.*, pág. 61, destacan: «¿qué requisitos? ¿los que se le exigieron al prestador en el momento de obtener la autorización? ¿cabe que por diversas razones cambien los requisitos? ¿qué pasa con técnicas tan habituales como “las mejores técnicas disponibles” propias de regulaciones sectoriales como son las medioambientales? o ¿qué pasa con las licencias que permiten el acceso a sectores intensamente regulados? Ciertamente en el caso de estas dos últimas cuestiones la existencia de regulaciones sectoriales prevalecerá sobre la aplicación de la DS (vid. art. 3.1 DS). No obstante, nos atrevemos a afirmar que el modelo general y supletorio de la DS marcará tendencia a la hora de interpretar otros modelos regulatorios de carácter sectorial».

C) *Diseño de los procedimientos de autorización (art. 13 DS)*

A este respecto, el mencionado precepto alude a una serie de principios, enunciados en nuestro ordenamiento jurídico en su mayoría: legalidad, objetividad, imparcialidad, y señala que los procedimientos y trámites de autorización deberán ser claros, darse a conocer con antelación y ser adecuados para garantizar a los solicitantes que su solicitud reciba un trato objetivo e imparcial²¹.

Acorde con la eliminación de barreras administrativas (también legales), en el artículo 13.2 se establece que los procedimientos y trámites «no deberán tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio». Añadiendo que «se deberá poder acceder fácilmente a ellos» y «los gastos que ocasionen (...) deben ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos». Consagrándose, por tanto, una regulación que favorece el establecimiento de los prestadores de servicios²², exigiendo que los procedimientos y trámites de autorización «deberán ser adecuados para garantizar a los interesados que se dé curso a su solicitud lo antes posible y, en cualquier caso, dentro de un plazo de respuesta razonable, fijado y hecho público con antelación». Y sigue: «El plazo no comenzará a correr hasta el momento de la presentación de toda la documentación. Cuando la complejidad del asunto lo justifique, la autoridad competente podrá ampliar el período una sola vez y por un tiempo limitado. La ampliación y su duración deberán motivarse debidamente y se notificarán al solicitante antes de que haya expirado el período original» (art. 13.3 DS).

A falta de respuesta en el plazo fijado o incluso ampliado, de acuerdo con el artículo 13.3, «se considerará que la autorización está concedida» salvo que concurra una razón imperiosa de interés general que justifique el que la resolución sea de signo negativo o desestimatorio (art. 13.4 DS).

Finalmente, se hace referencia también al derecho del solicitante (y deber también de los poderes públicos) de obtener lo antes posible un acuse de recibo en el que se indique el plazo establecido para resolver las vías de recurso y, cuando proceda, la indicación de que a falta de respuesta, una vez transcurrido el plazo establecido, se considerará concedida la autorización (art. 13.5 DS). Exigencias que, en parte, coinciden con lo previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, pero que comportarán a buen seguro la reforma de esta norma básica y general.

El artículo 13 concluye en sus apartados 6 y 7, refiriéndose a la subsanación de errores y al derecho de los solicitantes a ser informados lo antes posible en el caso de que se desestime su solicitud.

²¹ En relación a los principios ahí enunciados, destacar que en su mayoría están contenidos en la Constitución de 1978 y en nuestro ordenamiento administrativo, salvo el principio de claridad, que puede deducirse del principio de legalidad, tal como ha señalado E. LINDE PANIAGUA, *Libertad de establecimiento de los prestadores...*, pág. 96.

²² M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE (2007), «La Directiva...», *op. cit.*, pág. 62, ponen de manifiesto cómo las previsiones del artículo 13.2 DS obligan a un cambio de mentalidad de los poderes públicos para poder dar cumplimiento a su contenido, que deberán tener una actitud pro solicitante, de favorecer el establecimiento de los prestadores.

D) *Los requisitos prohibidos (art. 14 DS)*

La DS, acorde con la doctrina del TJUE, recoge también un listado que incluye una serie de requisitos cuya introducción está prohibida. Al respecto, quisiera destacar con carácter previo al tratamiento de alguno de ellos que su redacción es incondicional, precisa, clara; contiene una obligación efectivamente imperativa, y es completa y jurídicamente perfecta. Notas todas ellas que hacen merecedor a tal listado de poseer eficacia directa. Deberán, por tanto, aplicarse directamente, obligación que alcanza no sólo a jueces nacionales, sino también a la Administración en cualquiera de sus niveles, cuando haya transcurrido el período de transposición²³ de la Directiva de Servicios, que finalizó el pasado 28 de diciembre de 2009.

De tales requisitos, recogidos en el artículo 14 DS, vamos a destacar dos, los contenidos en los números 5 y 6, por su relación con la implantación de los grandes establecimientos comerciales. A saber:

a) Prohibición de establecer una prueba económica. Los Estados miembros no pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios exigiendo la aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en «*supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general*».

²³ J. M. TRAYTER JIMÉNEZ (1991), «El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación», núm. 125 de esta REVISTA, págs. 236-237; ídem (1995), «Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1993», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 121, págs. 106-114. En relación a esta jurisprudencia del TJCE pueden consultarse S. MUÑOZ MACHADO (1986), *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, págs. 133-137; LEZERTUA RODRÍGUEZ (1985), «La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias», *RVP*, núm. 11, págs. 275 y ss.; A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (1986), «El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea», núm. 109 de esta REVISTA, págs. 119 y ss.; B. NOGUERA DE LA MUELA (2001), *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, pág. 117; María J. MONTORO (2010), «Europäische Integration und Rechtsetzung: Retrospektive Evaluierung der Umsetzung von Europarecht in Spanien», en *The Development of Legal Techniques and Legal Culture in the New Context of Europe*, Nomos, págs. 23-59; ídem (2007), «Rechtsstaatliche Entwicklungen im Recht der verwaltungsrechtlichen verträge Spaniens», en *Rechtsstaat und Grandrechte*, Müller Verlag, págs. 463 a 467.

Asimismo, destacar que el principio de la aplicabilidad directa se completa con el principio de primacía, según el cual en caso de colisión o contradicción entre normas nacionales o comunitarias priman o prevalecen estas últimas, debiendo la Administración y los jueces inaplicarlas, descartando la disposición interna, sea del rango que sea, opuesta (Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978; Sentencia *Factortame*, de 19 de junio de 1990). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, «elecciones al Parlamento Europeo». En torno a todo este tema, J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, «Consecuencias inmediatas...», *op. cit.*, págs. 108-114; y en relación a la Directiva de Servicios, vid. M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE (2007), «La Directiva de Servicios...», *op. cit.*, págs. 108-114.

b) Se prohíbe también «*la intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general*» (art. 14.6 DS). Oponiéndose, por tanto, la DS con esta previsión a que los Estados miembros creen Comisiones de Equipamientos Comerciales, participadas por representantes de los sectores comerciales enfrentados y con competencia para informar o resolver el otorgamiento o denegación de licencias.

E) *Requisitos sujetos a evaluación (art. 15 DS)*

Otra de las novedades de la DS es la exigencia a los Estados miembros de un proceso de autoevaluación para determinar si en sus ordenamientos jurídicos respectivos se supedita el acceso a una actividad de servicio o su ejercicio al cumplimiento de una serie de requisitos no discriminatorios, como límites cuantitativos o territoriales, y concretamente límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores [art. 15.2.a) DS]; requisitos relativos a la exigencia de adoptar una determinada forma jurídica o relativos a la posesión de capital de una sociedad [art. 15.2.b) y c) DS]; requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados [art. 15.2.f) DS]; tarifas obligatorias mínimas [art. 15.2.g) DS]; obligación de que se realicen otros servicios específicos [art. 15.2.h) DS].

Estos requisitos, de darse, deberán en todo caso no ser discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social; deberán estar justificados por una razón imperiosa de interés general, y deberán ser adecuados para garantizar la realización del objetivo perseguido y que no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo; no pudiendo ser sustituidos por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

En definitiva, de la lectura del artículo 15 DS se desprende cómo la identificación de los regímenes de autorización y su evaluación es contemplada como un proceso en el que debe cumplirse un calendario. Así, a lo más tardar el 28 de diciembre de 2009, los Estados miembros debían presentar a la Comisión un informe de evaluación recíproca con la información indicada en el artículo 9.2 DS, sobre los regímenes de autorización; en el artículo 15.5 DS, sobre los requisitos supeditados a evaluación; y en el artículo 25.3, sobre las actividades multidisciplinarias. Informe que ha sido debidamente cumplimentado.

En todo caso, los Estados miembros deberán notificar a la Comisión, de acuerdo con el artículo 15.7 DS, «*cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa en la que se prevean requisitos susceptibles de ser considerados como incompatibles. Esta notificación no impedirá a los Estados miembros adoptar estas disposiciones, pero abrirá un plazo de tres meses en que la Comisión*

podrá examinarlas y, si procede, adoptará una decisión en la que solicite al Estado miembro de que se trate que no las adopte o las derogue».

III. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ARTÍCULO 38 DE LA CE: BREVE REFERENCIA. LA ESPECIAL TRANSPOSICIÓN DE LA DS

Efectivamente, el propio contenido de la Directiva de Servicios, de una parte, así como, de otra, el modo empleado en la transposición de dicha norma a nuestro ordenamiento, plantean también, entre otras muchas cuestiones, su incidencia en la libertad de empresa (art. 38) y en nuestro modelo económico constitucional²⁴. Detengámonos en ello.

1. La Constitución de 1978 y el comercio interior

Como es sabido, la Constitución española de 1978 contiene una serie de preceptos que configuran lo que se conoce como *Constitución Económica*²⁵,

²⁴ M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2009), «La Directiva de Servicios y su transposición, ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en R. RIVERO ORTEGA (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.

Asimismo, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2009), «La larga marcha por la libertad de empresa», en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Libro Marrón del Círculo de Empresarios, estima que la DS activará «una lucha enconada entre los partidarios de la libertad y los beneficiarios de la intervención». De otra, T. DE LA QUADRA-SALCEDO (2009), «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, señala que la Directiva «se sale de las libertades comunitarias y se mete de lleno en la regulación de la libertad de empresa». También R. RIVERO ORTEGA (2010), «La libertad de comercio», ponencia en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Cádiz, 5 y 6 de febrero, pág. 8, afirma que la Directiva de Servicios «nos obliga a replantearnos, tanto la libertad de empresa como la libertad de comercio».

²⁵ Sobre el origen de la «Constitución económica», vid. R. ENTRENA CUESTA (1981), «El principio de libertad de empresa», en *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, IEE, Madrid, págs. 107 y ss.; M. BASSOLS COMA (1985), *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, págs. 21 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO (1988), *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, Madrid, págs. 26 y ss. Una visión histórica del constitucionalismo económico en España y en el marco del proceso constituyente que desembocó en la Constitución de 1978, en M. BASSOLS COMA, *ibidem*, págs. 48-106, y O. DE JUAN ASEÑO (1984), *La Constitución económica española*, CEC, Madrid, págs. 17 y ss.

Asimismo, entre otros, M. GARCÍA-PELAYO (1979), «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. RAMÍREZ (Dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, pág. 31. J. I. FONT GALÁN (1979), «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *RDM*, núm. 152, pág. 205, afirma que «es el conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, y se determinan las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de aquéllos y éste en el ejercicio de dicha actividad». L. M. CAZORLA PRIETO (1980), «Título VII. Economía y Hacienda», en F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, pág. 1339, la define como «el conjunto de normas del más alto rango jurídico que disciplinan los rasgos fundamentales de la arquitectura económica de una comunidad». Para M. T. DE GISPERT PASTOR (1989), «La noción europea en la Constitución Española», en AA.VV., *La empresa en la Constitución Española*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, es «el conjunto de normas fundamentales que or-

esto es, un conjunto de normas y principios cuyo fin es establecer el marco jurídico necesario para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, en la que se incluye el sector de la actividad comercial.

Pues bien, de todo el conjunto de derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos, y de los títulos de intervención con que cuenta el Estado, se deduce que la CE recoge un sistema de «Economía Social de Mercado» acorde con la proclamación de nuestro Estado como un «Estado social y democrático de Derecho...» (art. 1.1 CE), plenamente en consonancia con el Derecho europeo²⁶.

De otra, las técnicas de actuación económica deben ponerse en relación con los «principios rectores de la política social y económica» recogidos en el Título I, Capítulo III, del texto constitucional, que, en todo caso, han de presidir la actuación de los poderes públicos y ayudan a delimitar el contenido esencial de los derechos económicos. De ahí que consideremos que hoy resulte imposible concebir la libertad de empresa y la libertad de comercio, así como sus manifestaciones, sin hacer referencia al urbanismo o al derecho de los consumidores o usuarios²⁷. Toda la normativa sobre comercio interior, y también la intervención de los poderes públicos al afrontar la ordenación de la actividad comercial, deben inspirarse en la *tutela del consumidor* recogida en el artículo 51 CE, así como en la *libertad de empresa comercial* (art. 38 CE), que, a su vez, guarda conexión con el principio de unidad de mercado del artículo 139.2 de la CE. De este modo, y en concordancia con ello, hoy la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la LOCM de 1996, se refiere a la necesidad de considerar, a la hora de regular el comercio, las nuevas demandas de los consumidores y los cambios en las pautas y hábitos de consumo, así como las preferencias de los consumidores en relación con los distintos formatos, enseñas comerciales y modalidades de venta. Ideas que se plasman, también, en las diversas leyes de las Comunidades Autónomas existentes sobre la materia.

denan el tráfico económico y determinan los derechos, deberes y responsabilidades de los que en él participan, es decir, que configuran las estructuras jurídicas del sistema económico constitucional». Más recientemente, G. ARIÑO ORTIZ (1993), *Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público)*, Marcial Pons, Madrid, pág. 95, entiende por tal «el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución». También, J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ (1979), «Constitución económica y Derecho mercantil», en la obra colectiva *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, págs. 63 y ss.; R. GARCÍA COTORELO (1978), «El régimen económico social de la Constitución española», en T. R. FERNÁNDEZ (Dir.), *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo I, Madrid, págs. 69 y ss.; M. BALADO RUIZ-GALLEGOS (1994), «Notas sobre el modelo económico constitucional español», en la obra colectiva *El sistema económico en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, págs. 33 y ss.

²⁶ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 83; R. MARTÍN MATEO (1985), *Derecho público de la Economía*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid; R. RIVERO ORTEGA, «La libertad de comercio», op. cit., págs. 12-13; L. MIGUEZ MACHO (2005), *La intervención administrativa en el comercio interior*, Justel.

²⁷ J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ (1998), *Urbanismo comercial y libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, págs. 160-162; F. LÓPEZ PÉREZ (2009), *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial (Por una ordenación especial de los grandes establecimientos comerciales)*, Atelier, págs. 167-209.

2. *La libertad de empresa comercial: naturaleza y garantías. La importancia de los principios rectores*

La libertad de empresa, recogida en el artículo 38 de la Constitución²⁸, constituye la formulación actualizada del más tradicional principio de libertad de comercio e industria²⁹. Consagración expresa de la libertad de empresa comercial que reiteraba la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) (arts. 3 y 5), así como algunas legislaciones autonómicas como, por ejemplo, entre otras, la Ley 1/2002, de 26 de febrero, de Comercio de Cantabria (art. 2.2), hoy modificada por la Ley 2/2010, de 4 de mayo, y la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León (art. 5), en la actualidad sustituida por el Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León.

Pues bien, la libertad de empresa (comercial) planteó, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, un debate acerca de su *naturaleza jurídica*, concretamente si era un verdadero *derecho subjetivo*³⁰, cuyo ejercicio deben garantizar y proteger los poderes públicos, siendo susceptible de tutela judicial; o si el artículo 38 CE lo que contiene es una *garantía institucional*³¹, esto es, la defensa

²⁸ El artículo 38 CE dispone: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación».

²⁹ J. TORNOS MAS (2000), «La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones», en *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, Ed. Tecnos, Madrid, págs. 12-18; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ (1998), *Urbanismo comercial y...*, *op. cit.*, págs. 54 y ss.

³⁰ En este sentido, según G. ARIÑO ORTIZ (1995), *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons-Idelco, Madrid, pág. 99, la libertad de empresa «no se reduce a un mero principio informador de la política económica, o del ordenamiento jurídico en general, sino que constituye un verdadero derecho subjetivo, de cada ciudadano, que los Tribunales —cada uno en su ámbito— deben proteger, reintegrando en su derecho a quienes hayan sido privados de él». En la misma línea, *vid.*, entre otros, F. GARRIDO FALLA (1981), «Introducción general», en la obra, por él dirigida, *El modelo económico en la Constitución española*, 2 vols., IEE, Madrid, págs. 48 y 49; R. ENTRENA CUESTA (1981), «El principio de libertad...», *op. cit.*, págs. 134 y 135; O. DE JUAN ASENJO (1984), *La Constitución económica...*, *op. cit.*, pág. 153; S. MARTÍN-RETORTILLO (1988), *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, págs. 86 y 87.

Vid. también STC 46/1983, de 27 de mayo, FJ 6.º (*BOE* núm. 144, de 17 de junio de 1983), en la que se afirma que «el artículo 38 de la CE es, ciertamente, un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el artículo 53.2». En cuanto a la tutela judicial, la libertad de empresa, al igual que los demás derechos reconocidos en el Capítulo II, Título I, de la CE, nace directamente de la misma, sin necesidad de un ulterior reconocimiento por parte del legislador, y «vincula a todos los poderes públicos» (arts. 53.1 CE y 7.1 LOPJ). En este sentido, su vulneración puede dar lugar a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad y su tutela, por tanto, es la misma que la que se ofrece a todos y cada uno de los derechos y libertades recogidos en la Sección 2.ª, Capítulo II, Título I, de la CE. Sin embargo, la libertad de empresa no es, en sentido estricto, uno de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la Sección 1.ª, Capítulo II, Título I, de la CE y, en consecuencia, no cabe recurrir a la tutela dispensada por el procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo constitucional. Así se han pronunciado, entre otros, A. ROJO (1983), «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RDM*, núms. 169-170, pág. 325; S. MARTÍN-RETORTILLO (1988), *ibidem*, págs. 155 y 156.

³¹ Una visión de la libertad de empresa desde el marco socioeconómico configurado por la Constitución, en S. MUÑOZ MACHADO y J. M.ª BAÑO LEÓN (1989), «Libertad de empresa y unidad

de una institución, la libertad de empresa, frente a la actuación del legislador que puede intervenir en la actividad comercial, regulándola pero no haciendo desaparecer los rasgos esenciales de la institución protegida. El Tribunal Constitucional parece haberse inclinado por esta segunda dimensión institucional, primándola, algo que ha puesto de relieve en SSTC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3); 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 9 y 11); 37/1987, de 26 de marzo (FJ 2); y 225/1993, de 8 de julio [FJ 4.e) y 3.b)], entre otras, afirmando en esta última: «... la libertad de empresa, junto con su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico...» [STC 227/1993, de 9 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto), FJ 4.e)].

Ello no obstante, para comprender el verdadero significado y alcance de la libertad de empresa comercial resulta obligado tener presente su ubicación en el texto constitucional (la Sección 2.ª del Capítulo II del Título I) y su relación con los artículos 53.1 y 51.3 de la CE, lo cual nos lleva a referirnos a la reserva de ley (*garantía formal*), el contenido esencial (*garantía material*) y los principios limitadores de la intervención de los poderes públicos.

En primer lugar, por lo que se refiere a la *reserva de ley*, de acuerdo con el artículo 53.1, se impone un principio de reserva legal, sin que el poder reglamentario general como poder independiente de la ley pueda entrar, operando como garantía formal de la libertad de empresa comercial³². Ahora bien, esta reserva legal no es absoluta, de manera que «(...) no hay obstáculo alguno a que la Ley... habilite expresamente al Reglamento para concretar o desarrollar sus mandatos en un objeto concreto fijando los criterios para ello, mediante una imprescindible colaboración entre las potestades legislativa y reglamentaria que, en un asunto como éste, en el cual son previsibles numerosas ordenaciones sectoriales muy detalladas, resulta inevitable e incluso conveniente» [STC 227/1993, de 9 de junio, FJ 4.b)].

Asimismo, en relación con el comercio interior, el artículo 51.3 CE, bajo la rúbrica de su Título I: «De los principios rectores en la política social y económica», reza: «en el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores —esto es, la protección de los consumidores y usuarios— la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales». Estableciéndose, por tanto, también el principio de reserva de ley en relación con la ordenación comercial³³, que cumplen tanto el legislador sectorial estatal como el autonómico.

de mercado», en *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, págs. 217 y ss.; J. TORNOS MAS (1991), «Ordenación constitucional del comercio», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, Civitas, Madrid, págs. 4114 y ss.; R. GARCÍA COTORELO, «El concepto de Constitución económica...», *op. cit.*, págs. 149 y ss.

³² J. TORNOS MAS (2000), «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, pág. 16; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ (1998), *Urbanismo...*, *op. cit.*, págs. 170-173; J. ESTEVE PARDO (2009), «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en *Derecho de la Regulación Económica* (Dir. S. MUÑOZ MACHADO), I: *Fundamentos e Instituciones de la Regulación* (Dir. S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO), Iustel, Madrid, págs. 890-891.

³³ En este sentido, J. TORNOS MAS (1991), «Ordenación constitucional...», *op. cit.*, pág. 4121; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, A. CALONGE VELÁZQUEZ, J. C. LAGUNA DE PAZ y J. A. GARCÍA DE COCA

En segundo término, respecto a la garantía material de respetar por el legislador «en todo caso» el «*contenido esencial*»³⁴ de la libertad de empresa comercial (art. 51.1 CE), indicar que aquél lo integran, tal como pone de relieve la mayoría de la doctrina³⁵: a) la libertad de acceso al mercado, que a su vez comprende la libertad de creación o fundación y la libertad de establecimiento o instalación, hecha la salvedad del artículo 128.2 de la CE; b) la libertad de permanencia o ejercicio en el mercado, y c) la libertad de cesación en el mercado. Así, el legislador legal y reglamentario podrá incidir ordenando el ejercicio de la libertad de empresa comercial y, dentro de ella, la libertad de ubicación territorial, pero no podrá hacerlo haciendo desaparecer esos tres elementos que integran su contenido esencial.

Igualmente, indicar que el respeto al contenido esencial va dirigido, también, al operador jurídico, de manera que ante una demanda de libre ejercicio de una actividad comercial se hace prevalecer el principio «pro apertura» [SSTS de 5 de junio de 1985 (Ar. 2492), 15 de junio de 1992 (Ar. 5378) y 2 de marzo de 1994 (Ar. 1722), entre otras].

En tercer lugar, en relación a los *principios orientadores* de la intervención de los poderes públicos en materia de libertad de empresa comercial, resulta de aplicación a ésta el *principio de «mínima intervención»*, en virtud del cual la intervención pública en la actividad económica deberá responder a un título justificativo, y detectado el título causal deberán emplearse las fórmulas que resulten menos gravosas o restrictivas para la libertad individual. Principio que se recoge en el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), al disponer: «*Si fuesen varios los [actos de intervención] admisibles, se elegirá el menos restrictivo para la libertad*». Y a éste se suma también el que la regulación del comercio no puede ser arbitraria ni desproporcionada³⁶.

(1994), *Informes. La proposición de Ley de Comercio*, IEE, Madrid, pág. 61. En contra, para M. BAENA DEL ALCÁZAR (1981), «La ordenación del mercado interior», en GARRIDO FALLA (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, IEE, Madrid, pág. 229, las afirmaciones establecidas en el artículo 51.3 CE «sólo significan que el legislador constitucional tiene la intención de que en algún momento se dicte una ley sobre la materia, y esto es una cosa muy distinta de la reserva de ley que implica la prohibición de reglamentos originarios. Por tanto, debe concluirse que es conveniente que se dicten leyes reguladoras del comercio interior y de los consumidores..., pero que no es incorrecto en derecho que, antes de la promulgación de una futura ley, se dicten reglamentos sobre el tema». Cuestión distinta es la polémica que se ha suscitado acerca de la oportunidad, acerca de la utilidad o no, del citado artículo 51.3 CE, siendo las opiniones muy variadas. Una visión de estas posiciones, en J. F. BERMEJO ZOFIO (1980), «Ley del Comercio Interior», *Cuadernos de Documentación*, núm. 33, págs. 8 y 9; J. TORNOS MAS (1991), *ibidem*, págs. 4120 y 4121.

³⁴ Las SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8.º), y 37/1989, de 26 de marzo (FJ 2.º), entre otras, se refieren a qué debe entenderse en términos generales por contenido esencial.

³⁵ M. T. DE GISPERT PASTOR (1989), «La noción de empresa en la...», en *La empresa en la Constitución española...*, *op. cit.*, págs. 42-46; A. ROJO (1983), «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RDM*, núms. 169-170, págs. 329 y ss.; G. ARINO ORTIZ, *Principios constitucionales...*, *op. cit.*, págs. 85-92; J. TORNOS MAS (2000), «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, pág. 15; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 174-179; R. RIVERO ORTEGA (2010), «La libertad de comercio», *op. cit.*, págs. 19-25.

³⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2004), *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Civitas; T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), *La arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, *in totum*; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, A. CALONGE VELÁZQUEZ, J. C. LA-

También es de aplicación otro principio, el de «*proporcionalidad*», en virtud del cual «el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen» (art. 6.1. RSCL). Principio de proporcionalidad que traslada al legislador la necesidad de demostrar que los límites que se imponen a la libertad de empresa comercial son los imprescindibles para alcanzar el fin de interés general y los medios empleados los menos onerosos.

Por último, el «*principio de igualdad*» juega también un papel capital como control sobre la actuación de los poderes públicos, de manera que este principio del artículo 14 CE, cuya concreción específica se encuentra en el artículo 139³⁷, y el principio de unidad de mercado (art. 139.2 CE) operan como garantes de la libertad de empresa comercial.

Finalmente, no quisiéramos dejar de mencionar también aquí a una serie de límites de la libertad de empresa y de comercio que se recogen en la propia Constitución, como son las exigencias de la economía general; la planificación; la protección de los consumidores, convirtiéndose esta última en guía de la ordenación del comercio³⁸, y a la que se suman la protección del medio ambiente y el propio «urbanismo comercial».

3. *La compleja transposición de la Directiva de Servicios en España*

El carácter transversal del contenido de la DS ha hecho que su transposición en España sea tarea compleja, afectando a un elevado número de normas de carácter legal y reglamentario, amén de implicar a tres niveles de Administraciones públicas: la Administración del Estado, la de las Comunidades Autónomas y la de las Corporaciones Locales³⁹, y haberse abordado en distintas fases, que seguidamente detallamos.

A) *La Ley Paraguas*

El inicio del proceso de transposición de la Directiva Bolkestein por parte del Gobierno español se ha acometido con la aprobación de la *Ley Paraguas*. Una Ley, de carácter general, horizontal y transversal, que tiene por objetivo establecer las disposiciones necesarias para facilitar el libre establecimiento, la libre circulación de prestadores de servicios, simplificando los procedimientos y fomen-

GUNA DE PAZ y J. A. GARCÍA DE COCA (1994), *Informes...*, op. cit., págs. 68-71; J. TORNOS MAS (1996), «Art. 3. Libertad de empresa. Comentario», en Arimany-Manubens Asociados (Coord.), *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1997, ambas de 15 de enero*, Praxis SA, Barcelona, pág. 45.

³⁷ Sobre el principio de unidad de mercado como garante de la libertad de empresa comercial, ver S. MUÑOZ MACHADO y J. M.^a BAÑO LEÓN (1989), «Libertad de empresa y unidad...», op. cit., págs. 223-231.

³⁸ J. TORNOS MAS, *Comercio interior...*, op. cit.; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales...*, op. cit., pág. 34.

³⁹ Al respecto, vid. Informe del Grupo de Trabajo para la transposición de la Directiva de Servicios, de 26 de julio de 2007, disponible en <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Programa%20Trabajo%2026-7-07.pdf>.

tando un nivel adecuado de calidad en los servicios⁴⁰, y siendo de aplicación a los servicios que son ofrecidos en España tanto por prestadores establecidos en nuestro país como en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

Así, la Ley Paraguas supone un primer paso en la transposición, una transposición parcial que debe dar lugar a una secuencia de modificaciones normativas⁴¹, y de todas ellas, de la fidelidad con que la DS sea incorporada a nuestro ordenamiento. depende el éxito o fracaso de la misma. Y a todo ello hay que sumar también la necesaria coordinación en este proceso entre el Estado y las Comunidades Autónomas, suscitando una serie de cuestiones que tienen que ver con su naturaleza, posición que ocupa en el sistema normativo y aspectos competenciales.

Así, el Consejo de Estado, en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, ya puso de manifiesto que se podía haber actuado en la transposición de la DS acudiendo a las modificaciones sectoriales directamente⁴², cosa que no se ha hecho, contando, por el contrario, en la Ley Paraguas con una «disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos (...); sus preceptos contienen meras proposiciones descriptivas (...), y más parecen una segunda exposición de motivos que el articulado de una Ley»⁴³. De ahí que fuese imprescindible se pasara a la segunda fase, y se dictara la Ley Ómnibus.

En cualquier caso, la Ley Paraguas, dictada al amparo de los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la CE, se trata de una Ley básica y general en el contexto del sistema normativo; y lo es en relación con el resto de leyes estatales sectoriales tal como se desprende de la lectura de su artículo 5.1, así como en el marco legislación básica-legislación autonómica. Por tanto, sus preceptos van dirigidos a establecer un común denominador normativo, y recordemos que el Estado cuando dicta normas uniformes para todas las Administraciones públicas, en virtud del artículo 149.1.18 CE, queda vinculado por esas normas básicas y no puede legítimamente dictar leyes posteriores que deroguen de forma singular la regla común, puesto que la función constitucional de tal norma básica es garantizar un estatus uniforme⁴⁴.

⁴⁰ En su propia Exposición de Motivos, se subraya como fin «impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos».

⁴¹ L. BERENGUER FUSTER (2009), «Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva de Servicios», en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, 25.ª ed. del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, pág. 72; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2009), «La larga marcha por la libertad...», *op. cit.*; M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2007), «La Directiva de servicios y su transposición...», *op. cit.*, págs. 130 a 132; R. RIVERO ORTEGA (2009), «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en R. RIVERO ORTEGA (Dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas*, págs. 73-77.

⁴² Igualmente se pronuncia L. PAREJO ALFONSO (2009), «La desregulación...», *op. cit.*, pág. 39.

⁴³ Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de la Ley Paraguas, pág. 21.

⁴⁴ Al respecto, R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1987), «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», núm. 113 de esta REVISTA, pág. 23, señala: «las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de compe-

En consecuencia, en el hipotético caso de existir un conflicto entre dos normas estatales debe aplicarse el principio de autovinculación del Estado a su normativa básica⁴⁵. A lo que debemos sumar que, a la vista de la letra de las disposiciones transitoria y derogatoria únicas de la Ley Paraguas⁴⁶, el resultado de su aplicación puede comportar que a través de una norma estatal transversal —como es la Ley Paraguas— se pudiesen derogar normas autonómicas de carácter sectorial que la contradigan. Posibilidad, por otra parte, que no parece ser la más respetuosa con el marco competencial previsto por la Constitución⁴⁷, y que pone de relieve las dificultades que este modelo de transposición plantea.

tencia o de jerarquía. Es preciso completarlas con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permiten resolver cuál es la Ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de la misma materia».

⁴⁵ Tal como señaló J. M.^º BAÑO LEÓN (2000), «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas», núm. 151 de esta REVISTA, pág. 24, «este plusvalor de la Ley básica estatal frente a normas posteriores, se transforma en una prevalencia de la norma básica en caso de conflicto frente a la norma estatal posterior. No juega en tal situación ni la regla de la derogación de la ley posterior ni el principio de especialidad, aplicación de la ley especial ante la general. Sencillamente y con fundamento en el principio de lealtad constitucional y en el propio carácter de la norma básica, la ley estatal posterior es inconstitucional».

⁴⁶ Disposición transitoria. Régimen transitorio:

«1. Los procedimientos de autorización iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud. Si la tramitación y resolución se produce a partir del 28 de diciembre de 2009 y la normativa de aplicación incluye requisitos prohibidos según el artículo 10 de esta Ley, éstos no se tendrán en cuenta por el órgano competente. No obstante, el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa.

2. En tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario a que se refiere la Disposición adicional cuarta, referida a las notificaciones a la Comisión Europea, éstas se realizarán a través de la Secretaría de Estado para la Unión Europea.

3. La eventual revisión o evaluación de la normativa reguladora del procedimiento de autorización no podrá constituir elemento para la no concesión de las autorizaciones solicitadas».

Disposición derogatoria:

«1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley.

2. No obstante, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009».

⁴⁷ Al respecto, Dictamen del Consejo de Estado 99/2009, de 18 de marzo, págs. 46-48; M.^º A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (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 AA.VV., *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES, págs. 393-424.

B) *La Ley Ómnibus*

Esta Ley viene a complementar a la Ley Paraguas realizando las adaptaciones sectoriales necesarias para asegurar, caso por caso, un marco normativo simplificado y claro en los principales sectores afectados por la Directiva Bolkestein, aunque no se incluye el sector del comercio, que ha sido objeto de tratamiento separado y al que nos referiremos en el epígrafe siguiente. En cualquier caso, con esta norma no podemos dar tampoco por zanjado todo el proceso de reforma que supone la incorporación de la DS.

En todo caso, esta norma legal consta de 48 artículos, agrupados en seis títulos, buscando una cierta homogeneidad; siete disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una derogatoria y cinco disposiciones finales, y presenta el aspecto propio de las leyes de acompañamiento de las Leyes de Presupuestos, reformando muy diversos sectores: leyes estatales en materia de Administraciones públicas; consumo, servicios profesionales; empleo y Seguridad Social, servicios industriales; de construcción, servicios energéticos; de transporte, de comunicaciones; relativos al medio ambiente; de agricultura; sanidad; propiedad intelectual y otras⁴⁸.

Muchos son los aspectos de relieve que trata la Ley Ómnibus, pero no pueden ser todos objeto de tratamiento ahora, si bien apuntemos brevemente algunas cuestiones:

1) Como advierte su disposición final segunda, mediante esta Ley se incorpora *parcialmente* al Derecho español la Directiva de Servicios, ya que, como ha afirmado RIVERO ORTEGA, la Directiva no se cumple sólo con el *Boletín Oficial*⁴⁹; se requieren múltiples reformas procedimentales y organizativas, y la transposición de la Directiva Bolkestein supone un reto.

Al hilo de ello, ciertamente no parece ser el recurso a esta fórmula de la Ley Ómnibus como la mejor forma de transposición, siendo quizás preferible haber optado por una reforma en profundidad del régimen jurídico de las Administraciones públicas, recogido principalmente en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo Común⁵⁰.

2) De todo el conjunto de reformas que opera, vamos únicamente a resaltar determinados cambios que bajo el Título I, referido a «Medidas horizontales», se van a producir en la letra de la Ley 30/1992. Principalmente, estos cambios

⁴⁸ Tanto el Consejo Económico y Social como el Consejo de Estado emitieron informes apuntando los problemas derivados de incorporar a un mismo texto reformas derivadas de la transposición de la Directiva y otras modificaciones estructurales económicas, que se motivan por conexión a las primeras pero no son requeridas por el Derecho europeo. Así, en sus informes de 28 de abril y 21 de mayo de 2009, respectivamente, hicieron hincapié en el punto controvertido de la introducción de cuestiones deliberadamente excluidas de la Directiva en la iniciativa del Gobierno.

⁴⁹ R. RIVERO ORTEGA (2009), «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: Análisis de la Ley Ómnibus», en Libro Marrón del Círculo de Empresarios, pág. 329.

⁵⁰ R. RIVERO ORTEGA (2009), «La transposición de la...», *op. cit.*, pág. 60; ídem (2009), «Aprovechando que...», *op. cit.*, págs. 342-343.

tienen que ver con el establecimiento de una serie de principios de intervención de las Administraciones públicas para el desarrollo de una actividad (art. 39 bis), donde llama la atención que no se distinga entre las actividades sujetas al ámbito de aplicación de la DS y las que no lo están, y quizás son redundantes.

En relación al silencio administrativo en vía de petición (art. 43), cabe decir que la nueva regulación continúa presentando el silencio positivo como la regla general y el negativo la excepción, añadiendo para el caso de silencio administrativo desestimatorio, como novedad respecto a la regulación anterior, que tendrá tal sentido cuando así lo establezca una «norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general», razones éstas que deben concurrir, como ya dijimos, para que se pueda exigir un régimen autorizatorio. Con tal previsión parece que, como tuvo lugar con la reforma operada por la Ley 4/1999 a la Ley 30/1992, los supuestos de silencio negativo tengan que ser realmente los menos, aunque la realidad ya nos hizo ver en aquella ocasión que fue todo lo contrario —al respecto, las normativas autonómicas fueron claro ejemplo—, y hoy las cosas van a ir por las mismas sendas; baste para ello leer la disposición adicional cuarta de la Ley Ómnibus, dedicada a la «aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en las normas preexistentes», donde se dice:

«A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto».

Por lo que se refiere al nuevo artículo 71 bis, destacar que trae a la Ley 30/1992 las definiciones de «declaración responsable» y de «comunicación previa», como medidas menos restrictivas que la autorización y cómo controles a posteriori de la actividad de que se trate, cuyo alcance y contenido determinará la legislación sectorial. En todo caso, esta nueva previsión resulta un acierto⁵¹.

Por último, siguiendo con la tradicional singularidad que caracteriza la regulación e intervención sobre el comercio minorista en nuestro país, se ha elaborado una norma específica para adecuar la legislación estatal en este sector a la Directiva de Servicios, siendo la importancia diferencial del comercio y la complejidad de su regulación los motivos que fundamentan este tratamiento separado de la Ley Ómnibus. Sobre la nueva normativa de comercio nos detendremos en las siguientes páginas.

⁵¹ R. RIVERO ORTEGA (2009), «Retos y oportunidades...», *op. cit.*, pág. 343; E. RIVERO YSERN (2009), «La actividad de intervención en la Directiva de servicios: autorizaciones administrativa, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en R. RIVERO ORTEGA (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 162-163; L. BERENGUER FUSTER (2009), «Comisión Nacional de la Competencia...», *op. cit.*, págs. 82-83.

IV. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS SOBRE LA NORMATIVA COMERCIAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: DE LA LOCM DE 1996 A LA LOCM DE 2010. LA NORMATIVA DE ORDENACIÓN DE EQUIPAMIENTOS COMERCIALES DE CATALUÑA

Con ocasión de nuestra integración en la entonces Comunidad Económica Europea, tuvo lugar en nuestro país un proceso paulatino de liberalización económica y comercial que propició que la economía española experimentase una profunda transformación, siendo uno de los mejores exponentes el sector de la distribución comercial, que arrastró en su desarrollo al de las empresas de gran consumo⁵².

Si bien, desde principios de los noventa la regulación del comercio minorista ha ido adquiriendo tintes de carácter intervencionista, tanto por lo que se refiere al Estado como por buena parte de las Comunidades Autónomas. De ahí, que las expectativas que genera la DS pueden verse truncadas en la medida que la Ley que la adaptará, esto es, la nueva Ley del Comercio, no sea respetuosa con el espíritu y letra de la Directiva, y las normativas autonómicas comerciales correspondientes tampoco lo sean.

1. Situación de partida: la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996

La derogada LOCM de 1996, y en concreto sus artículos 6 y 7, regulaban con carácter *básico* la «licencia comercial específica» para grandes establecimientos comerciales, que se ve directamente afectada por la regulación y desarrollo de la «libertad de establecimiento de los prestadores» de los artículos 9 y siguientes de la DS, donde se dispone que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando éste no sea discriminatorio, esté justificado por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva.

Pues bien, la regulación contenida en el artículo 6 difícilmente podía ser compatible con la norma comunitaria sobre servicios que hemos analizado, estableciendo un régimen de autorización para la instalación de grandes superficies escueto y fundamentado en unos criterios que no reunían las características de claros, inequívocos, objetivos, transparentes, accesibles... (art. 10.2 DS)⁵³, ya que se remitían a lo previsto por la legislación autonómica y, asimismo, eran criterios de ordenación comercial, ya que las Comunidades Au-

⁵² L. BERENGUER FUSTER y A. CASTAÑEDA BONICHE (2009), «La distribución comercial en España ante la Directiva de Servicios: última oportunidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 5, pág. 16.

⁵³ M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE (2007), «La Directiva de Servicios...», *op. cit.*, pág. 69; M. REBOLLO PUIG (2000), «El sometimiento de la implantación de grandes establecimientos comerciales a las licencias municipales y a la licencia municipal específica», en TORNOS (Coord.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, Ed. Tecnos, Madrid, págs. 106-114; L. BERENGUER FUSTER (2009), «Comisión Nacional de la Competencia...», *op. cit.*, págs. 92-98.

tónomas debían 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 aquella». Criterios que no se encuentran entre las «razones imperiosas de interés general» susceptibles de justificar los regímenes de autorización.

Así, en concordancia con lo aquí señalado, la Comisión Nacional de la Competencia estima, a nuestro juicio acertadamente, en relación con la licencia autonómica de apertura de grandes establecimientos comerciales que sería más acertado suprimirla, puesto que establece una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limita el número de posibles competidores y permite la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. En el caso de mantenerse, debería hacerse con carácter excepcional y basándose en razones de interés general no protegidas por otros mecanismos y otras Administraciones, evitando que la autorización provoque daños desproporcionados a la libertad de empresa y que dichos fines de interés general sirvan para amparar de forma encubierta un control de la oferta comercial⁵⁴.

2. *Algunos aspectos de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la LOCM de 1996 (LOCM 010)*

Esta nueva Ley, como bien se sabe, tiene por objeto modificar la regulación comercial minorista, en concreto los artículos 2 y 6 LOCM 1996, y derogar el artículo 7 del mismo texto, para adaptarla a lo establecido en la Directiva Bolkestein, y tiene como objetivo, tal como se expone en su Exposición de Motivos, «incrementar el valor que genera la distribución comercial mediante la liberalización de la prestación de los servicios y la supresión de cargas para las empresas», y «se inspira en el principio de libertad de empresa», teniendo por finalidad «facilitar el libre establecimiento de servicios de distribución comercial y su ejercicio, a través de los diferentes formatos comerciales, garantizando que las necesidades de los consumidores sean satisfechas adecuadamente. El pequeño y mediano comercio junto con los grandes establecimientos comerciales, han de desarrollarse en régimen de libre competencia para que este sector mantenga su papel fundamental como motor económico en un contexto de continuos cambios provocados por los avances tecnológicos, la mayor movilidad ciudadana y el deterioro del medio ambiente, entre otros factores».

La LOCM 010 modifica la definición de «establecimientos comerciales», incluyendo la referencia a que la actividad comercial podrá tener lugar de forma individual o en un espacio colectivo, eliminándose —y ello es un dato relevante respecto de la LOCM 96— la definición de «gran establecimiento comercial».

De acuerdo con su Preámbulo, y en aras a eliminar cualquier traba injustificada que pueda afectar a la libre prestación de servicios y a la libertad de es-

⁵⁴ Documento de la Comisión Nacional de la Competencia «La reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios», abril 2009.

tablecimiento, establece con carácter general que «la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización» (art. 6.1 LOCM 010)⁵⁵. No obstante, en el articulado deja libertad a las Comunidades Autónomas para que, en el ejercicio de las competencias que tengan reconocidas, instauren o no la exigencia de autorización comercial, sea cual sea su tamaño, cosa que no hace el Preámbulo, que se refiere a establecimientos de más de 2.500 m² de superficie comercial, cuando concurren, de manera clara e inequívoca, razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, prohibiéndose que en el otorgamiento de la autorización sean tenidos en cuenta criterios de naturaleza económica; debiendo, en todo caso, ser los criterios proporcionados, no discriminatorios, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles (art. 6.2 y 3 LOCM 010)⁵⁶.

Corresponde a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades Autónomas regular el procedimiento de autorizaciones en estos supuestos excepcionales. En cualquier caso, y desde el punto de vista procedimental, se establece que las solicitudes deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses, y como efecto de la falta de resolución expresa se establecerá el silencio positivo, excepto en aquellos casos previstos en una norma con rango de ley justificados por razones imperiosas de interés general. Las autorizaciones serán transmisibles, sin perjuicio del deber de comunicación a la Administración concedente (art. 6.4 LOCM 010).

En términos globales, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 25 de junio de 2009, ha valorado positivamente la reforma propuesta en el entonces Proyecto de Reforma de la LOCM 96, hoy Ley 1/2010, salvo algunas cuestiones de estilo, y ciertamente al margen de lo que se establezca en las legislaciones autonómicas correspondientes, donde se da una dispersidad regulatoria: unas altamente intervencionistas y otras atenuando los controles; este texto legal trata de ser respetuoso con las previsiones de la DS, si bien consideramos que la po-

⁵⁵ El legislador, en la Exposición de Motivos del LOCM 010, afirma que: «Con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización. No obstante, de acuerdo con lo establecido por 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, las autoridades competentes podrán establecer un régimen de autorización administrativa para la instalación de establecimientos comerciales únicamente cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general amparadas por la normativa de la Unión Europea y de acuerdo con requisitos y procedimientos que deberán justificarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad».

⁵⁶ El artículo 6.3 LOCM 010 dispone: «En ningún caso podrán establecerse requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica».

Adicionalmente, la instalación de establecimientos comerciales deberá respetar lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

sibilidad que se abre a las Comunidades Autónomas para instaurar los regímenes autorizatorios se hace sin hacer expresa precisión de su carácter excepcional, aludiéndose a que se justifique en RIIG relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico.

En suma, parece justificarse este intervencionismo en el ámbito del comercio, basándose en la relación que existe entre la política comercial y la protección de otros intereses, como el impacto urbanístico y medioambiental de los distintos tipos de establecimientos comerciales⁵⁷, para establecer la autorización comercial. Exigencia que creemos innecesaria toda vez que las legislaciones sectoriales correspondientes, así como la licencia municipal, garantizan la protección de tales intereses⁵⁸.

3. *El impacto de la DS en la regulación catalana de los equipamientos comerciales*

Hasta fechas recientes, la legislación catalana sobre equipamientos comerciales la conformaban, de una parte, la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales (LECCat), y su Decreto 378/2006, de desarrollo de ésta, y, de otra, el Decreto 379/2006, por el que se aprobaba el PTSEC 2006-09 como instrumento de conexión con la ordenación del territorio, que fue objeto de impugnación ante la Comisión por la Asociación Española de Grandes Superficies (Anged), y sobre lo que contamos hoy con las conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 7 de octubre de 2010, donde propone al TJUE que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben de acuerdo con el artículo 43 al mantener toda aquella normativa comercial catalana (arts. 6, 7 y 4.1 Ley 18/2005, entre otros; art. 7.10.2 Decreto 379/2006; arts. 14.1.b) y 26 Decreto 378/2006) y estatal (art. 6.2) que restringe la libertad de establecimiento. Pero este conjunto normativo se ha visto sustituido por el Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales, dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de comercio interior reconocida en el artículo 121.1.d) EAC de 2006, convalidado por el Parlament el 27 de enero de 2010, y al que nos vamos a referir someramente en las últimas páginas de este trabajo.

⁵⁷ Al respecto, la Memoria justificativa del Proyecto indica que «los grandes establecimientos deben condicionarse a la obtención de una autorización que controle el uso del suelo que requieren, los problemas de tráfico y de seguridad que puedan generar las aglomeraciones y los daños al medio ambiente que su actividad ocasione».

⁵⁸ L. BERENGUER FUSTER (2009), «Comisión Nacional de la Competencia...», *op. cit.*, págs. 107-108.

A) *El Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña. Breve referencia a algunas de las cuestiones más sobresalientes*

Actualmente, en Cataluña la implantación de los establecimientos comerciales pequeños, medianos y grandes está recogida en el referido Decreto-ley 1/2009, vista la extraordinaria y urgente necesidad de disponer de manera inmediata de un marco regulador adaptado a la DS⁵⁹ que en ningún caso compartimos, amén de los inconvenientes de la utilización del Decreto-ley, a saber, el déficit participativo y la pérdida de calidad de las normas adoptadas. De esta norma, dictada al amparo del artículo 121.1 del EAC de 2006⁶⁰, nosotros vamos a centrar nuestra atención en la exigencia de licencia comercial específica para los grandes establecimientos comerciales (GEC), entre otros equipamientos comerciales, y en la desaparición, curiosamente, de uno de los instrumentos que hasta el momento se había arbitrado por la legislación espacial del comercio: los Planes Territoriales Sectoriales de Equipamientos Comerciales (PTSEC). Planes de carácter comercial que permiten reducir la discrecionalidad y, a su vez, coordinar la implantación comercial con la planificación territorial, paliando así los eventuales desequilibrios espaciales y haciendo una apuesta por conseguir una dinamización del tejido urbano.

En todo caso, con carácter previo queremos destacar también cómo este Decreto-ley pretende, a través de la ordenación de los equipamientos comerciales, presentar un modelo de ciudades compactas, complejas y socialmente cohesionadas, como señala en su Preámbulo: *«promoviendo una gestión urbana sostenible en la que el suelo tiene que ser tratado como un recurso limitado que se ha de utilizar de la manera más eficiente posible, delimitando la localización de los grandes proyectos comerciales de manera estratégica, con el fin de asegurar la accesibilidad mediante los transportes públicos disponibles»*. Así, *«siempre buscando el objetivo de compacidad»*, hay que introducir, sigue diciendo el legislador catalán, *«distinción entre los establecimientos comerciales en función de su localización en el territorio, en concordancia con la planificación territorial y ur-*

⁵⁹ Están reflejados en el Decreto-ley mencionado los siguientes aspectos fundamentales: la simplificación administrativa que supone la ampliación del régimen de comunicación *versus* el de autorización y la eliminación de aportación de documentación, en especial aquella que se genera en cualquiera de las Administraciones públicas, y el impulso de los medios electrónicos, que supone un incremento importante de la accesibilidad a las Administraciones públicas, un acercamiento al sector comercial y, en definitiva, una importante supresión de barreras que debe servir para impulsar la actividad económica.

Igualmente hay que destacar la importancia de la implantación de la Ventanilla Única Empresarial, cuya finalidad es desarrollar un importante papel de apoyo al prestador o prestadora de la actividad empresarial, concentrando las informaciones que necesita, y facilitar la tramitación administrativa, sea cual sea la autoridad administrativa que detenta las competencias.

⁶⁰ Competencia que incluye, en todo caso, la determinación de las condiciones administrativas para el ejercicio de la actividad comercial y, entre otras cuestiones, la planificación territorial de los equipamientos comerciales, la regulación de los requisitos y del régimen de instalación, ampliación y cambio de actividad de los establecimientos, y la adopción de medidas de policía administrativa en relación a la disciplina del mercado.

banística, teniendo en cuenta, especialmente, su incidencia sobre la movilidad, el medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico».

La referida distinción se materializa tanto en relación a la previsión de localización de los establecimientos comerciales como en relación con el nivel de intervención administrativa.

Con respecto a la localización de los establecimientos comerciales, en coherencia con los preceptos del Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, la posibilidad de implantarse está directamente relacionada con el catálogo de servicios del que han de disponer estos municipios. Así, se garantiza una respuesta adecuada a los impactos medioambientales —por lo que se refiere al tratamiento de residuos— y sobre la movilidad generada —por lo que se refiere a la disponibilidad de transporte urbano colectivo— que puedan generar las nuevas implantaciones comerciales. En esta línea, los municipios de menos de 5.000 habitantes pueden acoger establecimientos comerciales de hasta 800 m² de superficie de venta; los municipios de entre 5.000 y 50.000 habitantes o asimilados y las capitales de comarca pueden acoger establecimientos comerciales de hasta 2.500 m² de superficie de venta, y son los municipios de más de 50.000 habitantes o asimilados y las capitales de comarca los que pueden acoger los establecimientos de una superficie de venta igual o superior a 2.500 m².

Con respecto a la profundización de la intervención administrativa, a partir de los 1.300 m² de superficie de venta se requiere una comunicación dirigida al departamento competente en materia de comercio de la Generalidad, que será el organismo encargado de velar por el control y la verificación de los datos mediante el mecanismo de la declaración responsable.

Además, en base a los estudios previos realizados, los establecimientos comerciales que superan los 2.500 m² de superficie de venta están sometidos a una licencia comercial para el otorgamiento de la cual se valoran, entre otras, cuestiones específicas relacionadas con el impacto que generan en el medio ambiente, en la movilidad y en el paisaje.

En suma, como tendremos ocasión de comprobar, un abandono del uso de criterios económicos o comerciales⁶¹ que originariamente justificaban la intervención, que son sustituidos por criterios de índole urbanística y territorial. Si bien resulta paradójico que precisamente si se está produciendo un desplazamiento hacia la ponderación de otros criterios más próximos al urbanismo, medio ambiente y ordenación del territorio, con esta nueva regulación no se mantenga la figura de los PTSEC (configurados como un instrumento de ordenación territorial) siempre y cuando, aun interviniendo en la libre implantación de grandes establecimientos comerciales, lo hagan usando los criterios

⁶¹ Si atendemos al PTSEC, instrumento para la ordenación de los equipamientos comerciales en el ámbito territorial de Cataluña, y nos detenemos en su objetivo general (art. 13.2 de la Ley 18/2005, LECCat), advertimos que los criterios a los que respondía la elaboración del Plan mencionado, así como otros más específicos que se contenían en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprobó el PTSEC de Cataluña 2006-09, casan mal con las previsiones contenidas en la DS. B. NOGUERA DE LA MUELA (2001), «El régimen jurídico de los grandes establecimientos comerciales en Cataluña», *RAAP*, núm. 44, págs. 93-95, 103-107; J. TRAYTER JIMÉNEZ (2010), *Derecho Urbanístico de Cataluña*, Atelier, págs. 121-124.

señalados *supra*, que integran las llamadas «razones imperiosas de interés general» a que alude la DS.

a) *Los Planes Territoriales Sectoriales de Equipamientos Comerciales: su desaparición en la normativa de comercio catalana*

Con un cierto retraso temporal respecto de otras Comunidades Autónomas⁶², Cataluña adoptó también este modelo, dando luz verde a diversos PTSEC (1997, 2000, 2006) que se incluyeron en las sucesivas Leyes de Equipamientos Comerciales.

Pues bien, hoy el Decreto-ley 1/2009 no los contempla, cuando la función de estos planes, en relación con los grandes establecimientos comerciales, consiste en la formulación de una propuesta normativa urbanística que garantice la integración de aquéllos en el marco del planeamiento general y de la estructura del territorio, por tanto, plenamente acorde con las previsiones de la DS. Quizás la explicación de su desaparición está en que el PTSEC no era, a la vista de su contenido, un Plan Territorial propiamente dicho, adolecía de cualquier vinculación directa con la ordenación territorial, materia en la que se venía legitimando hasta ahora la intervención de la Administración autonómica en la instalación de las grandes superficies comerciales, en detrimento del protagonismo local⁶³.

Efectivamente, la Directiva Bolkestein, en su artículo 14.5, está haciendo una clara llamada a la planificación de las características a las que nos referimos cuando, al abordar los requisitos prohibidos por su relación con la implantación de los grandes establecimientos comerciales, dispone: «Los Estados miembros no pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios exigiendo la aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general».

Luego lo que en ningún caso será aceptable es que los Planes de Equipamientos Comerciales tengan por objetivo regular y limitar el crecimiento de nuevos establecimientos comerciales de gran formato, para proteger un entramado empresarial de pequeño comercio. Ello no es compatible con la DS. Pero si la planificación responde a razones imperiosas de interés general, sí.

⁶² Al respecto, M. TARRAGÓ (2009), «Los planes de equipamiento comercial a la luz de la Directiva europea de servicios en el mercado interior», en H. VILLAREJO GALENDE (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, Granada, págs. 54-58.

⁶³ C. PAREJA LOZANO (2000), «La actividad comercial en el marco de la planificación territorial y urbanística», en *Grandes Establecimientos Comerciales. Su ordenación e implantación* (Coord. J. TORNOS), Tecnos, págs. 32-38 y 46-51.

Cumplíendose estas premisas, estimamos que sería conveniente mantener los PTSEC, pero como auténticos planes territoriales, que defiendan RIIG como puedan ser exclusivas razones de ordenación territorial o protección del medio ambiente, que permitirán dar cierta coherencia a la actuación administrativa, amén de evitar en parte los riesgos de la arbitrariedad y, aunque no se elimine la discrecionalidad, ciertamente se adelanta al momento de aprobación del Plan, y no al del otorgamiento o denegación de la licencia⁶⁴.

b) *Planificación y ordenación territorial de uso comercial*

Un breve repaso al contenido de la legislación urbanística y del planeamiento en ella previsto nos pone de manifiesto el escaso, ambiguo e incluso, en ocasiones, nulo tratamiento que viene recibiendo la actividad comercial, pese al papel que juega el comercio en la dinámica social y como elemento estructurante del territorio.

Sin embargo, la realidad cotidiana de nuestras ciudades (expansión descontrolada hacia la periferia, la degradación del comercio en los cascos antiguos, el crecimiento de las nuevas formas comerciales...) nos demuestra que cada vez es más necesario ordenar especialmente las actividades comerciales, y si a ello le sumamos la fuerte imbricación existente entre lo comercial y el espacio urbano advertimos que el planeamiento urbanístico puede ser un buen instrumento que se ocupe de la ordenación comercial, sin que el reconocimiento de la libertad de establecimiento sea un obstáculo para ello, tal como ha ratificado el Tribunal Constitucional [STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4.e) y 6], y todo ello siempre que tal planificación, al referirse a los aspectos comerciales, lo haga dentro de ciertos límites, sin incurrir en excesos, es decir, exista un interés general; que concurren motivos urbanísticos (preservación del casco antiguo; problemas de acceso, estacionamiento y servicios requeridos para la implantación de un centro comercial; el asegurar un idóneo equipamiento comercial en cuanto servicio de interés social...) que justifiquen la intervención del planeamiento urbanístico, limitándose a cuestiones de ubicación territorial, usos permitidos, excluidos...; y, finalmente, que se dé proporcionalidad entre la razón urbanística, en virtud de la cual se adopta determinada previsión, y la medida adoptada para lograr satisfacer aquélla.

Actualmente, conforme al Decreto-ley 1/2009, en Cataluña los establecimientos comerciales únicamente pueden implantarse en las áreas donde se ad-

⁶⁴ T.-R. FERNÁNDEZ (2009), «La larga marcha...», *op. cit.*, pág. 165; ídem (2008), «La ordenación del comercio interior y la Directiva de Servicios 2006/123», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38; M. REBOLLO PUIG (2000), «El sometimiento...», *op. cit.*, pág. 179; J. TORNOS MAS, «La licencia comercial específica...», *op. cit.*, pág. 39; M. TARRAGÓ (2009), «Los planes de equipamiento comercial...», *op. cit.*, pág. 58; H. VILLAREJO GALENDE (2008), *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Ed. Comares, Granada, págs. 452-453; J. TRAYTER JIMÉNEZ (1997), «La instalación de grandes establecimientos comerciales: criterios y procedimiento para la concesión de las licencias de apertura», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y Ley complementaria* (Dirs. J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN), Civitas, pág. 72.

mite el uso comercial para la categoría correspondiente por el planeamiento urbanístico [art. 9.1.a) Decreto-ley 1/2009], estando condicionada la ordenación de este uso a los contenidos, criterios y parámetros urbanísticos, preservación del suelo agrario, desarrollo rural, de movilidad y de sostenibilidad ambiental, de eficiencia energética y de preservación del patrimonio histórico-artístico [art. 9.1.b) Decreto-ley 1/2009]. Asimismo, la norma catalana de comercio establece una serie de requisitos adicionales de localización y ordenación del uso comercial en función de la categoría de establecimiento: pequeños establecimientos comerciales (PEC), medianos establecimientos comerciales (MEC), grandes establecimientos comerciales (GEC) y grandes establecimientos comerciales territoriales (GECT). Pudiendo los tres últimos tipos sólo implantarse en las tramas urbanas consolidadas (TUC) del municipio de que se trate (art. 9.2 Decreto-ley 1/2009).

Por consiguiente, resulta evidente el protagonismo que se otorga a los distintos instrumentos de planeamiento urbanístico respecto de la ordenación del comercio en la nueva normativa comercial catalana, reforzándose, por tanto, las relaciones ordenación urbanística-ordenación comercial, que se plasma en el artículo 10 cuando se prevé, bajo la rúbrica «Incorporación de la legalización comercial al planeamiento urbanístico», entre otras cosas, lo siguiente: «*El planeamiento urbanístico vigente y el que se apruebe queda afectado por las determinaciones de este Decreto-ley*» (art. 10.1); «*Los ayuntamientos, en el caso de formular, modificar o revisar su planeamiento urbanístico general, han de considerar el uso comercial y concretar el suelo en el cual este uso es admitido, de acuerdo con la delimitación de la trama urbana consolidada aprobada de su municipio, así como el régimen de compatibilidades con otros usos*» (art. 10.2); «*En la tramitación del planeamiento urbanístico general y derivado, y en la de las modificaciones respectivas, una vez aprobados inicialmente, se ha de pedir informe al departamento competente en materia de comercio sobre las reservas de suelo para usos comerciales. Este informe, si es desfavorable, tiene carácter vinculante*» (art. 10.4); «*El departamento competente en materia de comercio ha de participar en la elaboración y la tramitación del planeamiento territorial parcial en relación a los usos comerciales, de acuerdo con lo que establece el artículo 14 de la Ley 23/1983, del 21 de noviembre, de política territorial*» (art. 10.8).

c) *Las licencias comerciales para los equipamientos comerciales en el Decreto-ley 1/2009*

El nuevo régimen de las licencias comerciales para los equipamientos comerciales a implantarse en el territorio de Cataluña está previsto en los artículos 19 a 22 del Decreto-ley 1/2009, y en relación al mismo debemos indicar, en primer término, que están sometidas a él las siguientes actividades:

«1. *Las nuevas implantaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 2.500 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando la superficie de*

venta sea igual o supere, antes o después de la ampliación, los 2.500 metros cuadrados». Esto es, para GEC y GECT.

«2. Las nuevas implantaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales, individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superiores a 800 metros cuadrados e inferiores a 2.500 metros cuadrados que se sitúen fuera de la TUC, cuando se acojan a las excepciones previstas en el artículo 9.3.a) y 9.3.b)»⁶⁵. Contempla, por tanto, a los medianos establecimientos comerciales (MEC) y GEC.

«3. Las nuevas implantaciones y los cambios de actividad de los establecimientos comerciales singulares (esto es, los dedicados a la venta al por mayor, a la venta de automoción y carburante de embarcaciones, de maquinaria, de artículos de saneamiento, materiales para construcción, centros de jardinería y viveros), individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a

⁶⁵ El artículo 9.3 del Decreto-Ley 1/1990 establece:

«3. Los medianos establecimientos comerciales y los grandes establecimientos comerciales sólo pueden implantarse en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 5.000 habitantes o asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Por reglamento, deben concretarse las características que han de concurrir para poder considerar un municipio como asimilable a uno de más de 5.000 habitantes.

Excepcionalmente se pueden implantar también fuera de la trama urbana consolidada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la implantación se produzca dentro de las zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acojan el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales, según el Plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015.

b) Que sea justificada la localización fuera de la trama urbana consolidada de un establecimiento individual y siempre que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

1) El emplazamiento tiene que estar situado en continuidad física con el tejido urbano residencial, que configura la TUC, sin que pueda estar separado de ésta por ninguna barrera física no permeable significativa.

2) El planeamiento urbanístico ha de admitir el uso comercial con carácter dominante o principal en la parcela donde se pretende implantar el establecimiento comercial.

3) El establecimiento comercial ha de localizarse en parcela aislada con acceso principal desde la calle perimetral a la TUC. Esta calle ha de dar continuidad o complementar la red viaria principal del municipio y facilitar la conexión urbana para peatones y bicicletas desde la zona residencial confrontante.

4) El establecimiento comercial debe estar a una distancia inferior a 200 metros, respecto de la entrada principal, de una parada de transporte público urbano integrado en la red municipal o se ha de prever la instalación de paradas, terminales o estaciones para atender los flujos de público previsibles.

La excepcionalidad a que se refiere el apartado b) puede ser válida también para establecimientos comerciales colectivos, si en el momento de la solicitud de la licencia comercial ya queda definido el proyecto comercial, el cual tiene que cumplir todas y cada una de las características del artículo 5.b), así como el resto de las condiciones de la excepcionalidad mencionada.

Por reglamento se deben detallar las condiciones de estas excepciones.

5.000 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando, antes o después de la ampliación, se iguale o supere esta superficie de venta».

Las restantes actuaciones, a partir de 400 m², o los cambios de titularidad y remodelaciones estarán sujetos a comunicación o comunicación más declaración responsable, según corresponda en los términos de este Decreto-ley (arts. 17 y 18).

En lo relativo a la regulación concreta de este tipo de intervención administrativa, se establece la necesidad de obtención de la licencia comercial previa a la correspondiente licencia de obras municipal [art. 14.1.a) Decreto-ley 1/2009], que otorgará la *dirección general competente en materia de comercio*. Exigencia que contrasta con las previsiones de otras legislaciones autonómicas sobre comercio, como las del País Vasco y Madrid, Ley 7/2008, de 25 de junio, y Ley 8/2009, de 21 de diciembre, respectivamente, donde la primera elimina la licencia comercial, y la segunda únicamente exige para los grandes equipamientos comerciales licencia municipal.

Respecto a los criterios valorativos para el otorgamiento o denegación de las licencias comerciales se dispone que, de acuerdo con los principios rectores descritos en el artículo 4 del Decreto-ley 1/2009⁶⁶, se deben valorar los criterios siguientes (art. 15 Decreto-ley 1/2009):

- «a) La adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente.*
- b) La localización del proyecto en las áreas territoriales, previamente delimitadas, a efectos de acoger usos comerciales de acuerdo con este Decreto-ley.*

⁶⁶ El artículo 4 del Decreto-ley 1/2009 reza en su apartado primero:

«1. Este Decreto-ley se fundamenta en los principios siguientes:

a) El principio general de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, dentro de una libre y leal competencia, modulada por las condiciones y disposiciones específicas que regulan la actividad comercial, las cuales en todo caso se han de basar en las premisas siguientes:

- No discriminación.*
- Responder a necesidades justificadas por razones imperiosas de interés general.*
- Proporcionalidad de las medidas adoptadas por las razones imperiosas de interés general que las motivan.*
- Objetividad, claridad y transparencia.*
- Publicidad y accesibilidad.*

b) El principio de cooperación, coordinación e interoperabilidad entre las administraciones, con el fin de alcanzar el máximo nivel de simplificación en los trámites administrativos, mediante la implantación de fórmulas como la “ventanilla única” y los medios electrónicos que permitan la formalización de los diferentes trámites previstos en este Decreto-ley a través de la red de las oficinas de gestión empresarial (OGE).

c) En la planificación de los equipamientos comerciales se deben tener en cuenta las diversas necesidades y expectativas del conjunto de la ciudadanía, evaluando su posibilidad de desplazamiento, así como la perspectiva de género para valorar aspectos y condicionantes específicos que afectan de manera distinta a mujeres y hombres».

c) *La movilidad generada por el proyecto para establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 2.500 metros cuadrados, con una atención especial a la incidencia en la red viaria y las infraestructuras públicas, y también a la existencia o no de medios de transporte público colectivo suficientes para atender los flujos de público previsibles y desincentivar el uso del vehículo particular.*

d) *La incidencia ambiental del proyecto teniendo en cuenta los parámetros aplicables en materia ambiental y de eficiencia energética, de acuerdo con lo que determina la disposición adicional tercera (que se remite al Decreto 21/2006, de 14 de febrero, por el que se regula la adopción de criterios ambientales y de coeficiencia de los edificios).*

e) *El impacto e integración paisajística del proyecto, si procede, de acuerdo con el informe de la dirección general competente».*

Y se añade que «reglamentariamente deben determinarse los requisitos que tienen que cumplir los establecimientos comerciales con una superficie de venta superior a 1.300 metros cuadrados, esto es, las grandes superficies, con respecto a las plazas de aparcamiento, la movilidad, la accesibilidad, las zonas de carga y descarga y también en materia ambiental».

En definitiva, criterios todos ellos que encajan plenamente en las razones imperiosas de interés general a que alude la DS: ordenación del territorio y urbanística, protección del entorno urbano, protección del medio ambiente..., que legitiman la exigencia de la licencia comercial que otorga la Dirección General competente en materia de comercio. Si bien quisiéramos al respecto resaltar que, a nuestro juicio, el impacto urbanístico y/o medioambiental que pueden ocasionar los grandes equipamientos comerciales puede ser controlado a través del planeamiento urbanístico y con el sometimiento a la legislación ambiental, amén de las correspondientes licencias urbanísticas y comunicación ambiental prevista en la Ley catalana de prevención y control ambiental de actividades (Ley 20/2009, de 4 de diciembre) para los establecimientos comerciales con una superficie superior a 400 m². Por tanto, exigirse además la licencia comercial en nada supone dar cumplimiento a la simplificación de la que habla la DS. Luego sería más acertada su supresión.

Asimismo, indicar también que la exigencia de la licencia comercial en la regulación catalana no sólo es para la apertura o «nueva implantación», sino también para las ampliaciones y los cambios de actividad, y en este último caso estimamos que, de existir, habría que reducir la necesidad de esta autorización a las modificaciones que supongan una transformación de las condiciones que resultaron determinantes para el otorgamiento en el momento de la apertura⁶⁷, pues de lo contrario este control administrativo previo entendemos

⁶⁷ H. VILLAREJO GALENDE (2008), *Equipamientos comerciales...*, op. cit., págs. 439-440; M. REBOLLO PUIG, «El sometimiento...», op. cit., pág. 37; B. NOGUERA DE LA MUELA (2001), «El régimen jurídico...», op. cit., pág. 91.

que puede ir más allá de lo razonable, incurriendo en un excesivo intervencionismo.

Finalmente, destacar también que la licencia comercial, tal y como aparece configurada en la actual normativa catalana de equipamientos comerciales, es una autorización reglada y puede denegarse únicamente en caso de que el proyecto presentado no se adapte al planeamiento urbanístico vigente, no se localice en la zonificación adecuada o genere unos efectos externos sobre el territorio y el medio no permitidos por la normativa vigente. En todo caso, van a poderse introducir medidas correctoras en las licencias condicionadas (art. 21.4 Decreto-ley 1/2009). Su vigencia es indefinida, si bien cabe que se declare la caducidad de la licencia si han transcurrido tres años desde la concesión de la misma sin que su titular haya iniciado la actividad por la cual le fue otorgada.

En todo caso, añadir que se contempla un régimen especial para el municipio de Barcelona. Así, a la vista de los artículos 11.1.n), 58.1, 59 y 71 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, el Ayuntamiento de esta localidad es competente para otorgar las licencias comerciales correspondientes a los establecimientos con una superficie de venta inferior a 5.000 m², de acuerdo con las ordenanzas y la planificación comercial propias.

