

EL NOU RÈGIM DE LES AUTORITZACIONS COMERCIALS A ESPANYA. UNA LECTURA HITCHCOCKIANA DELS EFECTES DE LA DIRECTIVA DE SERVEIS: DE *PSICOSI* A *SABOTATGE*?

Helena Villarejo Galende*

Imagineu un home assegut al sofà favorit de casa seva. A sota hi té una bomba a punt d'esclatar. Ell ho ignora, però el públic ho sap. Això és el suspens.

ALFRED HITCHCOCK

Sumari

1. *Psicosi*: la Directiva de serveis
2. *Sospita*: la necessitat d'adaptar la normativa comercial estatal i autonòmica a la norma comunitària
3. *Vertigen*: la Llei de comerç estatal
4. *Frenesí*: les reformes autonòmiques
 - 4.1. *Cortina esquinçada*: la rellevància del llindar de 2.500 m² en la definició de gran establiment comercial
 - 4.2. *Encadenats*: la coordinació de tràmits en el procediment d'autorització per a la instal·lació d'establiments comercials
 - a) *Crim perfecte*: la supressió de la llicència comercial autonòmica (Madrid)
 - b) *Rebeca*: comunitats autònomes que mantenen la llicència comercial autonòmica (Aragó, Catalunya, Castella i Lleó, Illes Balears, les Illes Canàries, La Rioja, Galícia, Múrcia i València)
 - c) *La finestra indiscreta*: comunitats autònomes que suprimeixen la llicència autonòmica, però manté el control autonòmic, condicionant les llicències municipals (Astúries, País Basc, Andalusia, Extremadura, Cantàbria, Castella-la Manxa)
 - d) *Marnie*: substitució de la llicència comercial autonòmica per l'autorització mitjançant un instrument d'ordenació del territori (Navarra)
 - 4.3. *Els ocells*: les raons imperioses d'interès general
5. Reflexions finals: *Sabotatge*?

*Helena Villarejo Galende, professora contractada doctora de la Universitat de Valladolid, Departament de Dret Públic, Avinguda Vall Esgueva, 6, 47011, Valladolid, helenav@eco.uva.es.

Article rebut el 3.03.2011. Avaluació cega: 4.03.2011. Data d'acceptació de la versió final: 4.03.2011.

Potser el guiatge del mestre del suspens i de la intriga ajudi a desentranyar millor la trama de la transposició de la Directiva de serveis al nostre país i a desxifrar el significat dels canvis normatius operats en la regulació comercial. Prenent prestats els títols d'algunes de les seves inoblidables pel·lícules, aquest article s'estructura en cinc apartats. Comença amb la *Psicosi* generada per la norma comunitària i a continuació s'hi analitza la *Sospita* que planava sobre el règim d'autorització de grans establiments comercials al nostre país. S'hi examina, en tercer lloc, el *Vertigen* aparellat a la modificació de la llei bàsica estatal. I, d'aquí, passa a relatar-se el *Frenesí* de les reformes autonòmiques, intentant sistematitzar els diferents models que han sorgit. Conclou, finalment, reconsiderant el nou sistema d'autoritzacions comercials i qüestionant si el resultat final pot qualificar-se o no com un *Sabotatge*.

1. *Psicosi*: la Directiva de serveis

La Directiva de serveis és una de les normes del dret comunitari més mediàtiques i populars que hem conegut. Qui, a aquestes alçades, no ha sentit parlar de Bolkestein? Des que aquest comissari holandès del mercat interior, de nom Frederik (Frits), en presentés l'esborrany, cap al gener del 2004, la Directiva ha desvetllat un interès extraordinari. Primerament, el principi del "país d'origen" que contenia la proposta inicial va suscitar les ires de tots aquells que denunciaven la naturalesa antisocial del mercat i la deriva neoliberal de la Unió Europea, fins al punt de ser un dels principals símbols del *non* francès i del *nee* holandès en els respectius referèndums sobre la Constitució europea celebrats el 2004. En aquell temps, la contestació social, que va mobilitzar l'opinió pública europea, especialment a França, Bèlgica i Alemanya, amb prou feines es va deixar sentir al nostre país.¹ Després d'una tramitació de gairebé tres anys plena d'incidents, el 27 de desembre de 2006 es publicava al *Diari Oficial de la Unió Europea* el text final de la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis al mercat interior (d'ara endavant, DS).² Tota la pressió pública va resultar tan reeixida que el text aprovat definitivament a finals del 2006 va ser desposseït dels elements més conflictius.³

Resulta sorprenent que, després de l'aprovació, el procés de transposició de la norma comunitària hagi passat sense pena ni glòria en la major part dels països europeus. I, tanmateix, a Espanya, la incorporació de la norma al nostre ordenament ha generat una gran psicosi, especialment quan s'apropava la data límit del període de

¹ No deixa de ser sorprenent l'escassa repercussió que, durant la seva tramitació, va tenir entre nosaltres. Vegeu Taibo, C., «El fiasco Bolkestein», *El Periódico*, 15 d'abril de 2005.

² Per a un coneixement exhaustiu dels detalls de la prolongada i complexa tramitació d'aquesta norma, podeu llegir l'entrada «Histoire de la directive Bolkestein» (17 de novembre de 2006) en el blog de l'eurodiputat Alain Lipietz (<http://lipietz.net/>). Entre la doctrina, Barnard, C., «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 325-331; Peglow, K., «La libre prestation de services dans la Directive n° 2006/123/CE», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 44 (1), gener-març del 2008, p. 75 i s.; o Entrena Ruiz, D., «La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios», a de la Quadra-Salcedo, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 41-81. M'he ocupat de la gestació de la norma a Villarejo Galende, H., «La Directiva de Servicios en el mercado interior: Una perspectiva general», a Rivero Ortega, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 21 i s.

³ Les esmenes introduïdes pel Parlament Europeu van transformar la proposta inicial de la Directiva Bolkestein en un "formatge suís", amb més forats que substància, com se subratlla en el comentari editorial titulat «The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?» del núm. 43 (2006) de la *Common Market Law Review*, p. 308-309. Alguns autors han utilitzat una altra expressió molt gràfica per descriure el procés de "descafeïnament" de la norma comunitària: «*Started as a tiger but ended as a bedside carpet*» (Hatje, A., «Services Directive. A Legal Analysis», a Breuss, F.; Fink, G.; Griller, S. (ed.), *Services Liberalisation in the Internal Market*, Viena, Springer, 2008).

transposició (28 de desembre de 2009). Qui desitgi contrastar aquesta persistent obsessió per les conseqüències de la Directiva al nostre país, pot mesurar-la en aquest baròmetre que —ens agradi o no— és el cercador Google. Us sorprendreu quan, després de teclejar les paraules “directiva de serveis”, descobriu que apareixen més de 7.000.000 d’entrades que contenen aquesta veu. 7.000.000! La dada és molt més vistosa si la compareu amb el nombre d’entrades que dona la cerca en anglès, alemany, francès o italià.

Per quina raó aquesta norma comunitària s’ha fet tan popular al nostre país? Tantes repercussions genera en el nostre ordenament jurídic?

A banda de la immensa quantitat de normes que caldrà modificar (s’ha arribat a parlar de 8.000), els canvis seran per força significatius —també i sobretot— des d’una perspectiva qualitativa. Ara bé, és cert que l’envergadura de l’adaptació administrativa generada per la DS no és una qüestió pacífica i, de fet, ha generat una notable controvèrsia en la disciplina del dret administratiu, sense parió en el dret comparat. Hi ha qui ha parlat de “revolució administrativa”⁴, de “fita de la història europea” que generarà l’“adveniment d’un nou dret administratiu per al segle XXI”⁵ o, fins i tot, de “mutació constitucional”⁶. I hi ha qui, per contra, n’ha relativitzat la importància i ha considerat que es tracta d’una norma descafeïnada d’abast i efectes limitats, a tot estirar lampedusians.⁷ Molts altres autors se situen en posicions equidistants, sense exagerar però tampoc trivialitzar les conseqüències de la norma europea en el nostre dret intern.⁸

No és aquest el lloc per desentranyar les qüestions plantejades ni tampoc per analitzar el procés de transposició de manera profunda i rigorosa. Segons la meva opinió, i deixant al marge els biaixos ideològics, en part la polèmica procedeix d’una certa confusió en l’anàlisi de tres estadis del procés que haurien de ser ben diferenciats: la proposta Bolkestein, el text final de la Directiva i la manera com el legislador espanyol ha incorporat la norma comunitària al nostre ordenament jurídic. Perquè, encara que resulti una obvietat, una cosa és el que la Directiva va voler dir, una altra el que realment diu i una altra molt diferent el que els nostres legisladors li han volgut fer dir.

El que es pretenia amb l’aprovació de la DS era crear un «autèntic mercat interior de serveis per a l’any 2010». Amb aquesta finalitat, calia establir un marc jurídic que suprimís els obstacles que s’oposen a la llibertat

⁴ Vegeu Muñoz Machado, S. «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», a *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro marrón*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2009, p. 297 i Jiménez Asensio, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, IVAP, 2010, p. 96.

⁵ Vegeu Fernández Rodríguez, T.-R., «Un nuevo derecho administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, juny de 2007, p. 197. E. Linde Paniagua ha parlat de «cataclismo en el núcleo central del derecho administrativo» a «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, p. 87.

⁶ Expressió utilitzada per L. Parejo Alfonso a «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*, núm. 6, Iustel, 2009, p. 38 i per T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo a «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, Iustel, p. 60.

⁷ J. C. Laguna de Paz fa referència a la fàbula d’Isop per recordar-nos que aquells esdeveniments que jactanciosament s’anuncien com una cosa molt important, acaben sent molt menys significatius del que prometien a «Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, Iustel, 2009, p. 42-51. En aquesta línia, vegeu també Salvador Armendáriz, M. A., «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 Rivero Ortega, R. (dir.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, CESCYL, 2010, p. 414-415; accessible a: <http://www.cescyl.es/pdf/coleccionestudios/ce13servi.pdf>.

⁸ Per exemple, Rivero Ortega, R., «La transposición de la Directiva de Servicios en España», a l’obra col·lectiva dirigida per ell *La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 61-63.

d'establiment y circulació dels prestadors de serveis, així com que permetés millorar la qualitat dels serveis. I aquest marc jurídic descansa, principalment, en un programa de simplificació administrativa i en una sèrie de regles relatives als règims d'autorització establerts pels estats membres per a l'accés a la prestació de serveis, que hauran de ser l'excepció i no la regla. Diguem que, encara que la Directiva no prohibeix les autoritzacions, les sotmet a una "presumpció de culpabilitat" que obliga els estats membres a provar la seva innocència.⁹ Així, el sotmetiment d'una activitat a un règim d'autorització previ només pot ser legítim quan superi el que s'anomena el *triple test*: i) que *no sigui discriminatori*, ii) que sigui *necessari* (motivació dels requisits que limitin l'exercici d'una activitat en la protecció de *raons imperioses d'interès general*¹⁰) i iii) que compleixi amb el principi de proporcionalitat (adequació a les finalitats que es persegueixen i elecció de la mesura que sigui menys restrictiva).¹¹ A més, la norma comunitària precisa els requisits que, atès que es considera que són especialment restrictius, han d'estar prohibits (aquesta *llista negra* de l'article 14 DS inclou les proves econòmiques o la participació dels competidors en el procediment, de molta rellevància per al sector comercial) i també aquells altres requisits que, perquè se'ls considera potencialment restrictius, es troben sotmesos a avaluació per justificar que no són discriminatoris i que són necessaris i proporcionals (en la *llista grisa* de l'article 15 DS es troben, per exemple, els límits fixats en funció de la població o de distàncies geogràfiques mínimes entre prestadors o els requisits que obliguin el prestador a constituir-se adoptant una forma jurídica particular). Així mateix, s'estableix una sèrie de condicions respecte als requisits d'autorització: han de delimitar la facultat d'apreciació de les autoritats competents per evitar l'arbitrarietat (art. 10.1 DS), han de ser clars i inequívocs, discriminatoris, justificats per una raó imperiosa d'interès general i proporcionats a aquella, objectius, han de ser públics amb antelació, transparents i accessibles (art. 10.2 DS). S'han d'evitar duplicitats o solapaments amb requisits i controls equivalents d'altres estats membres o del mateix estat membre (art. 10.3 DS). Amb caràcter general, l'autorització s'ha de concedir per un període il·limitat i ha de permetre prestar l'activitat arreu del territori nacional, llevat de justificació per a autorització específica (art. 10.4 DS). La

⁹ Segons L. Parejo Alfonso, la Directiva col·loca sota «*suspecha de restricción indebida [...] cualquier regulación jurídico-pública del acceso al mercado*»; vegeu «La desregulación de los servicios...», citat, p. 34.

¹⁰ El Tribunal de Justícia ha desenvolupat el concepte de "raons imperioses d'interès general" en la jurisprudència relativa als articles 43 i 49 del Tractat (avui, 49 i 56 TFUE). En el seu amplíssim preàmbul la DS ho concep com un concepte obert, que pot continuar evolucionant: «La noció reconeguda en la jurisprudència del Tribunal de Justícia inclou almenys els àmbits següents: ordre públic, seguretat pública i salut pública, en el sentit dels articles 46 i 55 del Tractat, manteniment de l'ordre en la societat, objectius de política social, protecció dels destinataris dels serveis, protecció del consumidor, protecció dels treballadors, incloent-hi la protecció social d'aquests, benestar animal, preservació de l'equilibri financer dels règims de seguretat social, prevenció de frauds, prevenció de la competència deslleial, protecció del medi ambient i de l'entorn urbà, incloent-hi la planificació urbana i rural, protecció dels creditors, garantia d'una bona administració de justícia, seguretat viària, protecció de la propietat intel·lectual i industrial, objectius de política cultural, incloent-hi la salvaguarda de la llibertat d'expressió dels diversos components (en especial, els valors socials, culturals, religiosos i filosòfics de la societat), la necessitat de garantir un alt nivell d'educació, manteniment de la diversitat de premsa, foment de la llengua nacional, conservació del patrimoni nacional històric i artístic i política veterinària» (fonament de dret 40). Sobre aquest concepte, vegeu *infra* nota 2626.

¹¹ Aquest triple test és reflex d'una jurisprudència assentada comunitària sobre l'article 49 TFUE (anteriorment article 43 TCE), que analitzem a Salvador Armendáriz, M. A. i Villarejo Galende, H., «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, 44, Pamplona, Govern de Navarra, 2007, p. 45-86. No obstant això, coincideixo amb Tomás-Ramón Fernández en la idea que, malgrat que una bona part del contingut de la DS no sigui nou per tal com no és res més que una recopilació de la jurisprudència comunitària, sí que representa una novetat d'una importància extraordinària «*haber convertido esa jurisprudencia en una disposición general y haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión*» («Un nuevo derecho administrativo...», citat, p. 194). Igualment, per a G. Davies, la conversió de la jurisprudència en norma no és intrascendent. A la pràctica, molts que no estaran disposats a escriure i interpretar sentències seran malgrat això conscients que existeix la norma i tractaran de complir-la («The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, 32, 2007, p. 234). Comparteixo també l'opinió de V. Hatzopoulos, per a qui la codificació jurisprudencial té un clar "valor afegit" («Que resti-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, 43 (3-4), 2007, p. 345-346).

denegació o retirada de l'autorització ha de ser motivada i s'ha de poder impugnar mitjançant recurs judicial. S'estableix el silenci positiu amb caràcter general (art. 13.4 DS) i el dret a rebre «justificant de recepció» al més aviat possible (art. 13.5 DS).

Si bé és cert que la major part d'aquests requisits ja eren previstos en el nostre procediment administratiu, no hi ha dubte que les obligacions imposades per la norma comunitària haurien d'implicar un canvi de mentalitat profund en els estats membres a l'hora de limitar o condicionar l'exercici de les llibertats d'establiment i prestació de serveis. Aquesta nova filosofia regulatòria s'haurà de manifestar, a la pràctica, reduint o eliminant determinades barreres o limitacions legals i facilitant l'accés als tràmits i a la informació, preferentment per vies electròniques.

La psicosi per les conseqüències de la DS en el sector comercial es va fer sentir ben aviat.

2. Sospita: la necessitat d'adaptar la normativa comercial estatal i autonòmica a la norma comunitària

El comerç interior, com a activitat de serveis, entra dins de l'àmbit d'aplicació de la norma comunitària.¹² De fet, sota la denominació "distribució" es troba expressament inclòs en la llista de serveis a què la DS resulta aplicable d'acord amb el fonament de dret 33. És sabut que l'afectació de la legislació comercial ha protagonitzat al nostre país el debat entorn de la transposició de la norma, encara que evidentment la DS no és la directiva de comerç, ja que és una norma de caràcter transversal o horitzontal que afecta molts altres sectors.¹³ Els efectes de la Directiva sobre l'ordenació de la distribució comercial se centren en el règim d'autoritzacions administratives a què se sotmeten les activitats comercials, que van des de la llicència comercial específica per als grans establiments comercials fins a les llicències per a l'obertura d'establiments mitjans o de descompte dur, passant, entre altres, pels registres de comerciants i les autoritzacions municipals per a l'exercici de la venda ambulat o les homologacions de màquines expenedores. En principi, la DS no interfereix altres aspectes de la política comercial com ara els horaris comercials o la promoció de vendes.

Entre els aspectes de la legislació comercial afectats per la DS destaca la normativa que regula la implantació dels grans establiments comercials. Si en l'ordenament jurídic espanyol hi havia unes autoritzacions "especialment sospitoses", aquestes eren les llicències específiques autonòmiques que s'exigien als formats esmentats. Sospitoses, abans i tot que s'aprovés la DS, ja que la Comissió Europea havia obert dos procediments d'infracció contra el Regne d'Espanya per vulneració de la llibertat d'establiment que garanteix l'article 49 TFUE (antic article 43 TCE), ja que, segons el seu parer, tant la Llei 7/1996, d'ordenació del comerç al detall,

¹² Per cert, l'abast material de la norma comunitària és controvertit i està envoltat d'incertesa, en gran manera per l'existència d'un mosaic d'excepcions, exclusions i "no aplicacions". Hem aprofundit en l'àmbit d'aplicació a Villarejo Galende, H., «La Directiva de Servicios en el mercado interior...», citat, p. 34 i s.

¹³ Com tantes vegades s'ha repetit durant el procés de transposició des de la Direcció General de Comerç, vegeu Sánchez Armas, T., «La Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior y la innovación en el comercio», en Villarejo, H. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

com diverses normes comercials de Catalunya i Andalusia, contenien restriccions a l'establiment de superfícies comercials, incompatibles amb el dret comunitari.¹⁴

Evitar la condemna de la Comissió i transposar el contingut de la DS al sector comercial ineludiblement cominava a demostrar la innocència d'aquests règims d'autorització. Tot això implicava dur a terme un canvi del model d'ordenació comercial que coneixíem fins ara, amb la consegüent reforma de la Llei estatal i de les legislacions de comerç de totes les comunitats autònomes.

En principi, d'acord amb el que estableix la DS, les limitacions a l'obertura de centres comercials poden mantenir-se sempre que siguin no discriminatòries, resultin proporcionals i estiguin justificades. De fet, en el fonament de dret 47 fa referència de manera expressa a les autoritzacions per a grans establiments comercials, la qual cosa indica que la norma comunitària preveu la subsistència d'aquest tipus d'autoritzacions. Tanmateix, d'acord amb la DS, els requisits que s'estableixin en l'anàlisi prèvia de les autoritzacions de nous establiments comercials han d'estar objectivament justificats en una "raó imperiosa d'interès general". I és en aquest context que resulta discutible que les raons de política comercial, com ara la protecció del petit comerç davant la gran distribució, que de manera més o menys dissimulada els estats membres han anat adduint per exigir que els grans formats comercials obtinguin una autorització administrativa especial per accedir al mercat, puguin emmarcar-se en el concepte de "raó imperiosa d'interès general".

En l'àmbit estatal, l'autorització comercial per a la instal·lació de grans superfícies que havia introduït la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall (LOCD) amb caràcter bàsic, era una autorització de naturalesa econòmica, que pretenia aconseguir el manteniment de la competència, l'equilibri entre les diferents formes comercials.¹⁵ Això podia deduir-se dels criteris a què la norma al·ludia per decidir l'autorització o, si escau, denegació. Concretament, la LOCD establia que els poders públics competents –les comunitats autònomes (art. 7)– han de ponderar *l'existència o no d'un equipament comercial adequat a la zona afectada pel nou emplaçament i els efectes que aquest pogués exercir sobre l'estructura comercial d'aquella* (art. 6.2).¹⁶ Cap d'aquests dos criteris no es troba entre les anomenades "raons imperioses d'interès general" susceptibles, segons la DS, de justificar els règims d'autorització i els seus requisits. El veritable objectiu d'aquesta mesura era

¹⁴ Es tracta del procediment d'infracció núm. 4332/2003 (assumpte C-400/08) en què la Comissió Europea ha interposat un recurs davant del Tribunal de Justícia en què sol·licita que es declari que el Regne d'Espanya ha incomplert l'article 49 TJUE per les restriccions a l'establiment de superfícies comercials que resulten de la Llei 7/1996, d'ordenació del comerç al detall, i les següents normes de Catalunya: Llei 18/2005, d'equipaments comercials, Decret 378/2006, pel qual es desplega aquella llei, i Decret 379/2006, pel qual s'aprova el Pla sectorial d'equipaments comercials. El 7 d'octubre de 2010 l'advocada general, Sra. Eleanor Sharpston, va presentar les seves Conclusions, les quals anuncien una pròxima sentència del Tribunal de Justícia que, en termes molt similars, declararà, amb tota probabilitat, que algunes de les disposicions impugnades són contràries a la llibertat d'establiment. En fase de correcció de proves, hem pogut comprovar que, en efecte, així ha estat. Vegeu la Sentència del TJUE de 24 de març de 2011.

En el segon procediment d'infracció (núm. 4067/2008) es ventila la compatibilitat amb l'article 49 TFUE de la Llei autonòmica 1/1996, de 10 de gener, de comerç interior d'Andalusia –modificada per la Llei 6/2002– i el Decret 208/2007, de 17 de juliol, pel qual s'aprova el Pla andalús d'orientació comercial 2007-2010 i es regulen els criteris d'avaluació per a l'atorgament de llicència comercial de grans establiments comercials.

¹⁵ Així, en l'exposició de motius, el legislador declarava: «La Llei aspira a ser la base de la modernització de les estructures comercials espanyoles i contribuir a corregir els desequilibris entre les grans i les petites empreses comercials i, sobretot, al manteniment de la lliure i lleial competència».

¹⁶ Els dos criteris s'havien de ponderar «especialment» segons assenyala l'article 6.2 LOCD, la qual cosa no exclouia la incorporació d'altres criteris complementaris en la legislació autonòmica. Vegeu Rebollo Puig, M., «La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales», *Estudios sobre Consumo*, núm. 51, 1999, p. 42 i Cases Pallares, L. i Pons Cánovas, F., *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 120.

protegir el petit comerç, un objectiu de caràcter econòmic que no pot justificar una restricció de la llibertat d'establiment. De la clara incompatibilitat amb la norma comunitària derivava, doncs, la necessitat de procedir a una reforma de la legislació bàsica estatal.¹⁷

En l'àmbit autonòmic, la major part de les lleis de comerç i els seus desenvolupaments reglamentaris, en especial els diversos plans d'equipaments comercials elaborats per diverses comunitats autònomes, presentaven punts de fricció evidents amb la norma comunitària. Així, i sense ànim de ser ara exhaustius, es poden indicar alguns aspectes especialment conflictius. Quant al procediment administratiu per a l'atorgament de les llicències comercials, es pot assenyalar que, en termes generals, la regulació continguda en la normativa autonòmica era certament complexa, per la qual cosa inexorablement havia de quedar afectada pel mandat de simplificació administrativa de la norma comunitària. En particular, calia revisar diversos aspectes concrets del procediment. En la *fase d'iniciació*, s'havia de facilitar l'accés als tràmits i a la informació preferentment per vies electròniques, a través de l'establiment de finestretes úniques per simplificar els tràmits i perquè el prestador pugui resoldre totes les gestions a través d'un únic punt de contacte. A més, calia prendre en consideració el dret a la informació o el deure de justificació de recepció, revisar la taxa per tramitació o l'abundant documentació que ha d'acompanyar la sol·licitud. En gran part dels procediments autonòmics es tenia en compte, durant la *fase d'instrucció*, la participació de comissions consultives mitjançant l'emissió d'un informe, en general, de caràcter preceptiu i no vinculant. La participació d'aquests òrgans –en la composició dels quals predominaven representants dels interessos del comerç local ja instal·lat– col·lidia amb l'article 14.6 DS que prohibeix la intervenció directa o indirecta dels competidors, fins i tot dins d'òrgans consultius, en la concessió d'autoritzacions. En la *fase d'acabament de procediment* calia examinar tant els terminis per resoldre com el sentit del silenci administratiu.

Però, potser, el punt més controvertit de la normativa autonòmica es referia als criteris materials en què es fonamentava la resolució. Com s'ha assenyalat anteriorment, per mandat de la DS, els requisits que s'estableixin en l'anàlisi prèvia de les autoritzacions de nous establiments comercials han d'estar objectivament justificats per “raons imperioses d'interès general” i es prohibeix l'aplicació, cas per cas, d'una “prova econòmica”, que consisteix –segons l'article 14.5 DS– a supeditar la concessió de l'autorització a la prova de l'existència de la necessitat econòmica o d'una demanda de mercat, a l'avaluació dels efectes econòmics, possibles o reals, de l'activitat o a l'apreciació que l'activitat s'ajusta a objectius de programació econòmica fixats per l'autoritat competent. En aquest context, per donar compliment a la norma comunitària, calia revisar alguns criteris d'avaluació previstos per la legislació autonòmica. Igualment, calia qüestionar les condicions d'equilibri que algunes comunitats autònomes establien en els seus plans d'equipaments comercials, a partir de les quals, mitjançant diverses fórmules, es determinava l'impacte socioeconòmic que el projecte podia produir a la zona en què pretenia instal·lar-se.¹⁸ En la mesura que les quotes de mercat màximes i els criteris aplicables a la concessió

¹⁷ Per a una anàlisi més detallada de les repercussions de la norma comunitària en l'ordenació comercial, vegeu Del Pino, A., «La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial», *Distribución y Consumo*, juliol-agost, 2007; Fernández Rodríguez, T.-R., «La ordenación del comercio interior y la Directiva de Servicios 2006/123», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38, 2008, p. 499-518; i, del mateix autor, «De criterios económicos a urbanísticos y ambientales», *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección* (exemplar dedicat a: «La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor»), núm. 231, 2008, p. 33-35; Salvador Armendáriz, M. A. i Villarejo Galende, H., «La Directiva de Servicios...», citat; Tornos Mas, J., «La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios», a Villarejo, H. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009, p. 25 i s.

¹⁸ En diverses comunitats autònomes, aquests plans ordenaven l'obertura de grans comerços mitjançant la identificació per part del propi planificador d'àrees de desequilibri o, dit d'una altra manera, “forats de mercat”, després de quantificar l'oferta i la demanda comercial, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011

de llicències es referien a l'estructura del mercat, a les repercussions sobre el comerç local, i tenien un objectiu purament econòmic, no representaven justificacions vàlides de la restricció a la llibertat d'establiment.

En conclusió, l'urbanisme comercial espanyol es trobava *Amb la mort als talons*.

Atès que les autoritzacions de les implantacions comercials ja no poden descansar en criteris de naturalesa econòmica, calia avaluar la possibilitat que, en el supòsit que es consideri necessari mantenir una legislació específica d'urbanisme comercial, es poguessin trobar altres criteris que es poguessin emmarcar decididament en el concepte de “raó imperiosa d'interès general”, com ara el manteniment d'una competència efectiva, que eviti els abusos de posició dominant; l'ordenació del territori, que afavoreixi el comerç de proximitat i fomenti l'equilibri social i urbà entre el centre i la perifèria, entre zones urbanes i rurals; la protecció del medi ambient, el desenvolupament sostenible i la qualitat de l'urbanisme des del punt de vista estètic i paisatgístic; o la satisfacció de les necessitats dels consumidors, garantint una oferta diversificada o la inclusió social.¹⁹

3. Vertigen: la Llei de comerç estatal

La transposició de la DS en l'àmbit estatal s'ha realitzat en tres fases. La primera, mitjançant l'aprovació de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (conegut col·loquialment com a *lleï paraigua*).²⁰ Es tracta d'una norma de caràcter transversal o horitzontal que incorpora formalment, sense grans diferències, mitjançant el sistema de transposició per transcripció, el contingut de la DS al nostre ordenament jurídic. Posteriorment, es va aprovar la Llei 25/2009, de 22 de desembre, que modifica diverses lleis sectorials, a fi d'adequar-les a la *lleï paraigua* (més coneguda com a *lleï òmnibus*).²¹ La Llei —que afecta prop de cinquanta normes estatals de rang legal— emprèn una sèrie de modificacions legislatives —que en alguns casos depassen l'àmbit d'aplicació de la DS—²² dirigides a assolir una major simplificació dels procediments, reduir les traves i càrregues administratives i eliminar els requisits que no respectin els principis de no-discriminació, justificació i proporcionalitat. Tanmateix, es va decidir deixar fora de la *lleï òmnibus* la modificació de la LOCD, la qual cosa finalment en va retardar la publicació al mes de març del 2010, ja fora del termini establert per a la transposició (28 de desembre de 2009).²³ Per quina raó es va decidir reformar la legislació bàsica estatal en matèria de comerç de forma independent? La resposta es pot trobar en el vertigen experimentat pel legislador estatal davant de la multitud de circumstàncies que giraven al seu voltant: la

els dèficits i els superàvits, els percentatges de la despesa comercializable i els creixements admissibles. En aquesta línia, per exemple, els avui derogats Pla territorial sectorial d'equipaments comercials de Catalunya (aprovat pel Decret 379/2006, de 10 d'octubre), Model territorial de grans establiments comercials de Navarra (aprovat pel Decret foral 150/2004, de 29 de març) o Pla regional d'àmbit sectorial d'equipaments comercials de Castella i Lleó (aprovat pel Decret 104/2005, de 29 de desembre).

¹⁹ Vegeu Salvador Armendáriz, M. A. i Villarejo Galende, H., «La Directiva de Servicios...», citat, p. 86 i Villarejo Galende, H., «Sostenibilidad y revitalización urbana: nuevas propuestas para la regulación de la implantación de los grandes establecimientos comerciales», *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, núm. 156, 2008, p. 273 i s.

²⁰ BOE núm. 283, de 24 de novembre de 2009.

²¹ BOE núm. 308, de 23 de desembre de 2009.

²² Com va manifestar el Consell d'Estat en el Dictamen 779/2009, sobre l'avantprojecte de *lleï òmnibus*. L'aplicació expansiva de la *lleï òmnibus* a sectors exclosos de l'àmbit d'aplicació de la DS va ser aplaudida per la Comissió Nacional de la Competència en el seu informe IPN 08/2009, de 22 d'abril, sobre l'avantprojecte de *lleï òmnibus*, p. 6.

²³ Llei 1/2010, d'1 de març, de reforma de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall (BOE núm. 53, de 2 de març de 2010).

importància del sector de la distribució comercial al nostre país, la presència d'importants interessos econòmics i polítics en joc, el desassossec generat per la DS en certs formats comercials, la repercussió mediàtica que tenia la reforma comercial, l'enfrontament entre diversos sectors de la distribució. A més, la Comissió Europea seguia de prop els passos del Govern espanyol, avisada com estava de les limitacions a la llibertat d'establiment en algunes comunitats autònomes. I, finalment, com sempre, hi planava la qüestió competencial. Calia trobar un punt d'equilibri que permetés a l'Estat complir les obligacions supranacionals amb respecte ple a les competències autonòmiques.²⁴

Malgrat el comprensible vertigen que aquest clima propiciava, res no justifica, des d'una perspectiva jurídica, la tramitació per separat de la reforma de la LOCD, que en bona lògica i tècnica jurídica s'hauria d'haver incorporat en el paquet de reformes sectorials de la *lleí òmnibus*. No resulta fàcil argumentar quines són les especificitats que té la matèria de comerç interior per no incloure-la entre les altres activitats de serveis que queden afectades per la *lleí òmnibus*.²⁵ D'altra banda, des del punt de vista de la tècnica legislativa, s'hi pot formular una altra objecció. Mentre es transposava al dret espanyol la DS, tenia lloc un altre important procés de transposició: el de les directives 2005/29/CE, relativa a les pràctiques comercials deslleials, i 2006/114/CE, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa. Aquestes dues disposicions s'han transposat al nostre ordenament jurídic amb l'aprovació de la Llei 29/2009, de 30 de desembre, per la qual es modifica el règim legal de la competència deslleial i de la publicitat per a la millora de la protecció dels consumidors i usuaris. Quatre lleis resulten més afectades: la Llei 3/1991, de competència deslleial; la Llei 34/1988, general de publicitat; la Llei 26/1989, de defensa de consumidors i usuaris i, també, la Llei 7/1996, d'ordenació del comerç al detall. La modificació d'aquesta última afecta fonamentalment les activitats de promoció de vendes i, en particular, la venda multinivell, la prohibició de venda en piràmide i la venda amb obsequi o prima. Al meu parer, hauria resultat oportú que, atès que s'estaven tramitant dues reformes de la LOCD gairebé simultàniament en el Parlament, s'haguessin inclòs totes dues en el mateix text legal.

Tornant a la reforma operada en la LOCD per la Llei 1/2010, d'1 de març, s'exposen a continuació de manera sintètica les principals novetats.

A la nova redacció que es dóna a l'article 2 LOCD, es modifica la definició d'establiments comercials (s'hi afegeix l'incís «ja sigui de forma individual o en un espai col·lectiu») i s'elimina l'apartat 3 de l'art. 2 LOCD, la qual cosa comporta la supressió de la categoria «gran establiment comercial».

L'article 6 LOCD és objecte d'una profunda modificació. En la nova dicció, comença advertint amb aparent rotunditat que «amb caràcter general, la instal·lació d'establiments no estarà subjecta a règim d'autorització comercial». Ara bé, a continuació s'indica que es pot exigir una autorització quan, un cop aplicat el judici de

²⁴ Sobre les circumstàncies que van afectar els treballs de transposició, vegeu l'article de Teresa Sánchez Armas, subdirectora general de Comerç Interior, «La Directiva de Servicios y su impacto en la distribución comercial. Anatomía de una transposición», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2990, de l'1 al 15 de juny de 2010, p. 39-40. A l'exposició de motius de la Llei 1/2010, d'1 de març, la reforma independent de la de la resta de normes estatals es justifica «per l'extraordinària rellevància del sector de què es tracta, més acusada si és possible en la conjuntura econòmica actual i per la complexitat de la distribució competencial en la matèria, cosa que motiva que es tracti d'assolir el màxim consens possible tant amb les comunitats autònomes com amb els operadors comercials».

²⁵ En aquesta línia, vegeu Consell d'Estat, *Dictamen 985/2009, de 25 de juny de 2009, sobre l'avantprojecte de llei per la qual es reforma la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall*, punt 4, apartat A; i, també, Consell Econòmic i Social, *Dictamen sobre l'avantprojecte de llei per la qual es modifica la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall i altres normes complementàries*, 20 de maig de 2009, p. 6.

proporcionalitat i el principi de no-discriminació, hi hagi «raons imperioses d'interès general relacionades amb la distribució comercial»; en cap cas –es diu– no s'han d'entendre com a tals les raons d'índole econòmica (apartat 1 de l'art. 6 LOCD).

Els apartats 2 i 3 del nou article 6 LOCD regulen –de manera sovint força repetitiva– els requisits que poden fonamentar l'exigència d'una autorització d'instal·lació d'establiments comercials. Descartats els de naturalesa econòmica, s'enumeren algunes de les “raons imperioses d'interès general” –relacionades amb la distribució comercial, s'afegeix– que s'esmenten a l'article 4.8 DS, o sigui, protecció del medi ambient i de l'entorn urbà, ordenació del territori i conservació del patrimoni històric i artístic.²⁶ Resulta criticable, al meu entendre, que la Llei no hagi inclòs la protecció als consumidors entre les raons imperioses d'interès general, atès que es tracta d'una de les raons que la DS esmenta expressament i que podria justificar una restricció de la llibertat d'establiment. A més, cal no oblidar-ho, per mandat constitucional (art. 51.3 CE), la protecció als consumidors ha de guiar teleològicament qualsevol ordenació que es faci del sector comercial.²⁷ Tanmateix, a la protecció dels consumidors tan sols s'hi fa referència en l'exposició de motius i se li dóna entrada, de manera indirecta, a través d'algunes de les disposicions addicionals que es comentaran més endavant. El possible ús esbiaixat que es pugui fer d'un criteri com ara la “protecció dels consumidors” no és un argument vàlid que pugui servir per justificar-ne l'exclusió de la llista de “raons imperioses d'interès general” que legítimament poden invocar les comunitats autònomes en establir els seus règims d'autorització.²⁸ A més que la seva inclusió resulta imperativa pels motius constitucionals que abans indicàvem, un recorregut per algunes experiències del dret comparat ens fa veure la importància d'aquest criteri en altres països del nostre entorn.²⁹

²⁶ Sembla que el legislador espanyol s'entesta a restringir l'espectre de raons imperioses d'interès general que es puguin invocar. En aquest afany restrictiu, resulta sorprenent i excessiu que quan la *lleï paraigua* efectua una definició de les raons imperioses d'interès general en l'apartat 11 de l'article 3 —i ho fa, cal no oblidar-ho, amb caràcter bàsic— les limiti a les que l'article 4.8 de la DS assenyalava amb un mer caràcter exemplificatiu, amb la qual cosa les converteix, incomprensiblement, en un *numerus clausus*. És una prova palmària de la naturalesa jurisprudencial del concepte i del seu caràcter evolutiu —i, per tant, obert— el fonament de dret 40 de la DS, que conté una llista de raons imperioses d'interès general més àmplia que la llista que apareix en el seu articulat (vegeu *supra* nota 10). Com a conseqüència de tot això, resulta absurd que —atenent al tenor literal de la definició de l'article 3.11 de la *lleï paraigua*— la invocació de raons imperioses d'interès general com, per exemple, «la garantia d'una bona administració de justícia, la seguretat viària, la necessitat de garantir un alt nivell d'educació, el manteniment de la diversitat de premsa, el foment de la llengua nacional, la planificació urbana i rural o la prevenció de la competència deslleial» que no es contenen allà, però que sí esmenta la DS en el seu fonament de dret 40, pugui considerar-se no ajustada a Dret en el nostre ordenament jurídic.

²⁷ Amb paraules de Tornos Mas: «*Parece que el constituyente de 1978 quiso poner como guía de la ordenación del comercio la tutela del consumidor*» (vegeu «Comercio interior, comercio exterior y libertad de empresa», a *La empresa en la Constitución Española*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1989, p. 239). Més recentment, ens ha recordat la necessitat de vincular la regulació comercial a la protecció dels consumidors Ricardo Rivero Ortega en la seva ponència «La libertad de comercio», presentada en el V Congrés de l'AEPDA, San Fernando (Cadis), 5 i 6 de febrer de 2010.

²⁸ Hipotèticament, qualsevol dels altres criteris —la protecció del medi ambient o l'ordenació del territori— es podrien emprar també com a pretext per protegir determinats interessos econòmics o determinats formats comercials i no per això es dubta de la legalitat amb què poden ser invocats.

²⁹ A França, la Llei de modernització de l'economia, de 4 d'agost de 2008, que per transposar la DS introdueix modificacions en l'urbanisme comercial francès, permet que la Comissió Departamental d'Ordenació Comercial, que decideix sobre les autoritzacions de les implantacions comercials, valori els efectes del projecte «en matèria d'ordenació territorial, de desenvolupament sostenible i de protecció dels consumidors» (article 102, XVI). Al Regne Unit, el *Planning Policy Statement 4: Planning for Sustainable Economic Growth* (PPS4), de 29 de desembre de 2009, que substitueix l'anterior *Planning Policy Statement 6: Planning for Town Centres* (PPS6), de 2005, ha introduït una “avaluació d'impacte” (*impact assessment*) per a establiments de més de 2.500 m² de superfície, amb l'objectiu de promoure centres urbans competius i facilitar que els consumidors tinguin diferents opcions de compra. Sobre els sistemes francès i britànic, vegeu Monnet, Jérôme, «El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: cambios antes y después de la Directiva europea de Servicios» i Clifford, Guy, «La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos comerciales en el Reino Unido», ambdós a Villarejo, H. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

Com succeïa en la Llei ara reformada, la regulació del procediment d'autorització continua corresponent a les comunitats autònomes, que s'han d'encarregar de determinar, en primer lloc, si la competència per resoldre les sol·licituds d'autorització els correspon o bé correspon als ajuntaments. L'apartat 4 de l'article 6 LOCD conté una sèrie de previsions bàsiques relatives al procediment (dictades a l'empara dels articles 149.1.13 i 149.1.18 CE, segons la disposició final primera): «ha de coordinar» tots els tràmits administratius necessaris per a la instal·lació i s'ha de resoldre' en el termini màxim de sis mesos³⁰; el sentit del silenci és positiu, tret dels supòsits que recull l'article 6 de la *Llei paraigua*. L'atorgament de l'autorització no es pot supeditar a la intervenció directa o indirecta dels competidors en el procediment d'atorgament de les autoritzacions, fins i tot en òrgans consultius. Els titulars han de poder transmetre lliurement les autoritzacions, amb la comunicació prèvia a l'Administració.

En un altre ordre de coses, es modifica l'article 38.2 LOCD, relatiu a les vendes a distància, i se substitueix l'exigència d'inscripció prèvia en el Registre de vendes a distància per l'obligació de comunicació en el termini de tres mesos.³¹ Se suprimeix també l'exigència d'autorització comercial per a la venda automàtica de l'apartat tercer de l'article 49 LOCD. Així mateix, en el paràgraf segon de l'article 49 se substitueix l'homologació màquina a màquina per la simple homologació dels models de màquina. L'article 50 determina la informació que obligatòriament ha de constar a la màquina expenedora per a protecció dels consumidors i usuaris.

Es dona una nova redacció a l'article 54 LOCD, relatiu a les autoritzacions per a l'exercici de la venda ambulant. La competència per a l'atorgament correspon a l'ajuntament; les autoritzacions no poden ser per un temps indefinit, i han de permetre en qualsevol cas l'amortització de les inversions i una remuneració equitativa. El procediment de selecció ha de garantir la transparència i la imparcialitat, i ha de tenir la publicitat adequada, des de l'inici fins al final del procés.³²

Igualment, rep una nova redacció l'article 62.2 LOCD, relatiu a la regulació del règim de franquícia. El règim d'inscripció prèvia en el registre se substitueix per un altre de comunicació, que s'ha de dur a terme en el termini de tres mesos.³³

Així mateix, són objecte de modificació els articles 65.1, 68 i 69 LOCD, relatius, respectivament, a la definició dels tipus d'infraccions greus, la quantia de les sancions i la graduació d'aquestes.

Finalment, són dignes d'esment alguna de les cinc disposicions addicionals que s'afegeixen a la Llei. Com ja ho va fer la disposició final quarta de la *Llei paraigua*, la disposició addicional setena, tornant a les nostres

³⁰ Segons l'opinió de l'advocada general en les Conclusions sobre l'assumpte C-400/08 (Comissió v. Regne d'Espanya), el termini de sis mesos que establia l'anterior regulació catalana és «apropiat i proporcionat» (§ 132).

³¹ El règim d'aquesta comunicació es conté al Reial decret 200/2010, de 26 de febrer, pel qual es modifica el Reial decret 225/2006, de 24 de febrer, pel qual es regulen determinats aspectes de les vendes a distància i la inscripció en el Registre d'empreses de vendes a distància, per a la seva adaptació a la Directiva de Serveis.

³² Mitjançant la disposició transitòria 1a de la Llei 1/2010 es prorroguen temporalment totes les autoritzacions per a l'exercici de la venda ambulant concedides anteriorment a l'entrada en vigor de la Llei i s'estableix, alhora, que la durada no pot anar més enllà dels terminis de vigència que estableixin les administracions públiques competents en l'àmbit territorial respectiu. La regulació d'aquesta modalitat de venda l'ha desenvolupat reglamentàriament el Reial decret 199/2010, de 26 de febrer, pel qual es regula l'exercici de la venda ambulant o no sedentària.

³³ Desenvolupat reglamentàriament mitjançant el Decret 201/2010, de 26 de febrer, pel qual es regula l'exercici de l'activitat comercial en règim de franquícia i la comunicació de dades al registre de franquiciadors.

metàfores hitchcockianes, posa *La soga* al coll de les comunitats autònomes, reiterant l'aplicació d'un mecanisme de compensació de deutes en cas de responsabilitat de les administracions públiques per incompliment de que disposa la llei o el dret comunitari afectat.

La disposició addicional novena estableix la necessitat que els establiments comercials respectin condicions d'accessibilitat i no discriminin en l'accés i la utilització les persones amb discapacitat.

Anteriorment s'ha criticat que la protecció dels consumidors no aparegui entre les raons que poden justificar un règim d'autorització per a determinats establiments comercials. No obstant això, els interessos dels consumidors es prenen en consideració en la disposició addicional desena, fruit d'una esmena transaccionada del Grup Socialista i Convergència i Unió al Senat, ja als moments finals de la tramitació parlamentària.³⁴ Sota el títol «Planificació urbanística dels usos comercials» s'hi assenyala que en el disseny de la planificació urbanística cal atendre «els problemes de mobilitat i desplaçaments derivats de les concentracions comercials fora dels nuclis urbans» i s'ha de tenir en compte «l'abastament immediat i adequat de la població i facilitar la satisfacció de les necessitats de compra en un entorn de proximitat, amb una atenció especial als ciutadans que per qualsevol raó tenen dificultats de desplaçament». Encara que s'hagi fet per la porta de darrere i amb una dicció una mica alambinada, em sembla encertat que s'introdueixi aquest tipus de criteris d'inclusió social en l'urbanisme comercial.³⁵

4. Frenesí: les reformes autonòmiques

La DS —que anunciava una simplificació dels procediments i una millora de la regulació— s'ha traduït en una nova fornada de normes autonòmiques embrollades que fa encara més complex el panorama legislatiu que existia anteriorment.³⁶ A hores d'ara, les disset comunitats autònomes han aprovat ja les normes que adapten la seva regulació sobre la instal·lació d'establiments comercials a la DS i, per tant, trobem disset règims que no resulta senzill descriure de manera global en poques pàgines.³⁷ El règim jurídic aplicable a una concreta implantació comercial depèn de la CA on pretengui ubicar-se. L'objecte de la regulació no és unívoc, ja que continua existint una pluralitat de definicions de “gran establiment comercial”. També són diferents els procediments per tramitar la llicència comercial, en el cas que s'exigeixi, perquè ja no som davant d'una exigència de caràcter bàsic. Els terminis varien i no sempre el sentit del silenci és positiu. Hi ha comunitats autònomes que continuen exigint una taxa per tramitació i d'altres que la suprimeixen. I finalment, hi ha casos en què es preveu un pla d'equipaments comercials que ordeni el sector i d'altres en què no.

³⁴ *Diari de Sessions*, Senat, núm. 266, 2 de febrer de 2010.

³⁵ En alguna ocasió ho he defensat per evitar els problemes dels anomenats *food deserts* (zones urbanes en les quals resulta difícil obtenir productes alimentaris de qualitat a bon preu, sobretot a les persones que per raons físiques o econòmiques tenen dificultats de desplaçament). Vegeu Villarejo Galende, H., «Sostenibilidad y revitalización urbana...», citat, p. 290. Recentment, la Comissió Europea s'ha preocupat dels problemes d'accessibilitat als comerços per part dels consumidors i en aquest context —i en el de la protecció mediambiental— ha advocat pel “comerç de proximitat”. Vegeu l'informe Cap a un mercat interior del comerç i de la distribució més just i eficaç en la perspectiva de 2020, COM (2010) 355 final. Brussel·les, 5.7.2010, p. 5.

³⁶ Una part dels problemes deriva de la forma en què s'ha produït la transposició. Sovint per mitjà de lleis o decrets llei que han clonat en l'àmbit autonòmic el model de la *lleí omnibus* estatal, en una espècie de resurrecció de les lleis d'acompanyament criticades.

³⁷ *Number 17* és, per cert, el títol d'una de les pel·lícules de l'etapa britànica de Hitchcock. Fins a aquest punt arriben les coincidències entre la seva filmografia i l'assumpte que tractem!

En diverses comunitats autònomes, l'adaptació de la normativa comercial a la DS i a la *lleï paraigua*, s'ha dut a terme amb caràcter previ a l'aprovació definitiva de la reforma per part de l'Estat de la LOCD —amb total legitimitat, per cert—. ³⁸ Res no impedeix que les comunitats autònomes es puguin avançar, com de fet ha ocorregut, sens perjudici que la solució posteriorment adoptada pel legislador estatal les obligui a una segona adaptació, aquesta vegada a la Llei bàsica. ³⁹

Encara que sintetitzar el camí que ha seguit la nova regulació autonòmica “post Directiva” no és una tasca fàcil, es poden fer algunes consideracions de caràcter general sobre tres aspectes essencials de la reforma: 1) el concepte de gran establiment, 2) la necessària coordinació de tràmits en el procediment administratiu i 3) les “raons imperioses d'interès general”.

4.1. *Cortina esquinçada*: la rellevància del llindar de 2.500 m² en la definició de gran establiment comercial

Una de les principals modificacions de la reforma de la Llei bàsica estatal ha estat la supressió de la classificació dels establiments comercials en funció de la mida i, conseqüentment, l'eliminació de l'obligació d'establir un règim d'autorització específic per als de grans dimensions. Com se sap, el 1996, la LOCD va imposar arreu del territori nacional la necessitat d'obtenir la “llicència” denominada “comercial específica”, de caràcter autonòmic, per als grans establiments comercials (art. 6.1), els quals l'art. 2.3 LOCD caracteritzava com els que el legislador autonòmic definís com a tals, i imposava un contingut mínim obligatori per a aquesta definició: «en tot cas» es considerava “gran establiment comercial” el que tingués una superfície útil per a l'exposició i venda al públic superior als 2.500 m². En funció de les seves competències exclusives en matèria de comerç interior, les comunitats autònomes van desenvolupar amb una gran llibertat el concepte “gran establiment comercial” de l'article 2.3 LOCD, de manera enormement variada i equívoca. ⁴⁰ Les divergències eren notables quan hi havia un mínim comú denominador en la legislació estatal, el qual, sigui dit de passada, no va significar —ni de bon tros— una homogeneïtzació de la regulació de la llicència comercial específica arreu d'Espanya.

³⁸ Com al seu dia vam assenyalar a Villarejo Galende, H. i Salvador Armendáriz, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», a Tornos Mas, J. (coord.), *Informe Comunidades Autónomas, 2008*, Barcelona, Institut de Dret Públic, 2009, p. 108. En relació amb la posició de les comunitats autònomes davant del dret comunitari, la doctrina majoritària i la jurisprudència constitucional coincideixen a assenyalar el dret —i l'obligació— de les comunitats autònomes de participar en la fase de desenvolupament legislatiu i reglamentari de la transposició de les directives que afectin l'àmbit de les seves competències. Vegeu Mangas Martín, A.; Liñán Noguerras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2a ed., Madrid, McGrawHill, 1999, p. 279, i Linde Paniagua, E., «Capítulo VI. El sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea», a Linde Paniagua, E. et al., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3a ed., Madrid, Colex, 2006, p. 525-526. També García de Enterría, E.; Fernández, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 10a ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 160-161.

³⁹ Vegeu Salvador Armendáriz, M. A., «Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España», a Villarejo, H. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009, p. 18.

⁴⁰ Com van destacar la majoria d'autors que s'han apropiat al tema: Martínez de Pisón, I., «Urbanismo comercial: El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista», RAP, núm. 145, gener-abril, 1998, p. 397; Navarro Del Cacho, C., «La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para la instalación y apertura de grandes establecimientos», REALA, núm. 280-281, 1999, p. 392; Razquin Lizarraga, M. M., «La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial en Navarra», RJN, núm. 32, 2001, p. 23, o Villarejo Galende, H., *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Granada, Comares, 2008, p. 422-428.

Curiosament, ara que no hi ha mínims estatals, encara que continuï existint una certa heterogeneïtat entre les diferents definicions de “gran establiment comercial” que figuren en les legislacions autonòmiques, la majoria de les comunitats autònomes han optat per considerar “grans” aquells establiments comercials amb una superfície de venda al públic superior a 2.500 m² i són aquests els sotmesos a la necessitat d’obtenir una autorització comercial. Sembla que les comunitats autònomes han atès aquesta mena de recomanació present en l’exposició de motius de la reforma de la LOCD: «A l’hora de sotmetre a autorització administrativa la instal·lació d’establiments comercials, s’han de prendre en consideració els estudis de la doctrina científica, segons la qual podria generar impacte ambiental i territorial la instal·lació i obertura d’establiments comercials a partir dels 2.500 metres quadrats de superfície comercial.» En aquest punt, la reforma presenta una incoherència evident entre la part expositiva i la prescriptiva, ja que en aquesta última, com ja s’ha assenyalat, s’ha suprimit la categoria “gran establiment”⁴¹.

Andalusia, Aragó, Astúries, Cantàbria, Castella-la Manxa, Castella i Lleó, Extremadura, Galícia, Navarra i València han optat per definir “gran establiment comercial” com el que supera els 2.500 m² de superfície de venda.⁴² També a Madrid, es manté un concepte idèntic de gran establiment comercial, però a aquesta definició no es lliga la necessitat d’obtenir autorització comercial, ja que la seva instal·lació només requereix la llicència municipal corresponent, juntament amb una comunicació prèvia a la Conselleria competent en matèria de comerç.⁴³

Amb algunes variacions, els 2.500 m² són també referència en la legislació murciana, de La Rioja i catalana. La primera distingeix en funció del format i considera que tenen impacte supramunicipal els establiments comercials minoristes individuals, ja siguin polivalents o dedicats a la venda de béns quotidians, amb una superfície útil d’exposició i venda igual o superior a 2.500 m². Però la superfície s’eleva a 4.000 m² en els supòsits d’establiments individuals dedicats a la venda de béns ocasionals i a 5.000 m² per a establiments comercials col·lectius.⁴⁴ En el cas de La Rioja, la definició es fa dependre del doble paràmetre superfície-població, i es consideren grans establiments comercials: a) En municipis amb menys de 10.000 habitants, els que tinguin una superfície comercial superior a 1.000 m². b) En municipis que tinguin entre 10.000 i 25.000

⁴¹ L’esment de l’exposició de motius podia tenir la seva lògica en les versions inicials de l’esborrany de la Llei, que incloïen en l’articulat la referència als 2.500 m² com a límit a partir del qual les comunitats autònomes podien establir un règim d’autorització especial, però manca de sentit en la versió actual del text aprovat. Així ho va posar en relleu el Consell d’Estat, *Dictamen 985/2009, de 25 de juny de 2009...*, citat, punt 5, apartat A, lletra d.

⁴² Vegeu l’art. 22 de la Llei 1/1996, de 10 de gener, del comerç interior d’Andalusia, modificada pel Decret llei 3/2009, de 22 de desembre; art. 14 de la Llei 9/1989, de 5 d’octubre, d’ordenació de l’activitat comercial a Aragó, modificada pel Decret llei 1/2010, de 27 d’abril, del Govern d’Aragó, de modificació de diverses lleis de la Comunitat Autònoma d’Aragó per a la transposició de la Directiva; art. 16 de la Llei del Principat d’Astúries 9/2010, de 17 de desembre, de comerç interior; art. 6 de la Llei 1/2002, de 26 de febrer, del comerç de Cantàbria, modificada per la Llei de Cantàbria 2/2010, de 4 de maig; art. 11 de la Llei 2/2010, de 13 de maig, de comerç de Castella-la Manxa; art. 17.1 de la reformada Llei 16/2002, de comerç de Castella i Lleó; art. 35.4 Llei 7/2010, de 19 de juliol, de modificació de la Llei 3/2002, de 9 de maig, de comerç de la Comunitat Autònoma d’Extremadura; art. 29.2 de la Llei 13/2010, de 17 de desembre, del comerç interior de Galícia; art. 19.3 de la Llei foral 17/2001, de 12 de juliol, reguladora del comerç a Navarra, modificada per la Llei foral 6/2010, de 6 d’abril, de modificació de diverses lleis forals per a la seva adaptació a la Directiva 2006/123/CE, relativa als serveis al mercat interior i art. 17 de la Llei 12/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, de gestió administrativa i financera, i d’organització de la Generalitat Valenciana.

⁴³ Vegeu la Llei 8/2009, de 21 de desembre, de mesures liberalitzadores i de suport a l’empresa.

⁴⁴ Vegeu la Llei 12/2009, d’11 de desembre, per la qual es modifiquen diverses lleis per adaptar-les a la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis al mercat interior.

habitants, els que tinguin una superfície comercial superior a 1.500 m². c) En municipis amb 25.000 habitants o més, els que tinguin una superfície comercial superior a 2.500 m².⁴⁵

A Catalunya es distingeix entre *grans establiments comercials* (GEC) —establiments, individuals o col·lectius, amb una superfície de venda igual o superior a 1.300 m² i inferior a 2.500 m²— i *grans establiments comercials territorials* (GECT) —establiments, individuals o col·lectius, amb una superfície de venda igual o superior a 2.500 m².⁴⁶

No hi ha dubte, doncs, que els 2.500 m² han esdevingut una referència homogeneïtzadora, encara que puguin trobar-se conceptes divergents a les Illes i al País Basc. Així, a les Balears, es considera gran establiment comercial el que tingui una superfície superior a 700 m² a l'illa de Mallorca; a 400 m² a les illes de Menorca i d'Eivissa, i a 200 m² a l'illa de Formentera.⁴⁷ Igualment, hi ha diferències entre illes en el cas de les Canàries, i així, es consideren grans els establiments amb una superfície útil d'exposició i venda igual o superior a 2.500 m² a les illes de Gran Canària i Tenerife, 1.650 m² a l'illa de Lanzarote, 1.250 m² a l'illa de Fuerteventura, 1.000 m² a l'illa de La Palma i 500 m² a les illes de La Gomera i El Hierro.⁴⁸ Al País Basc s'entén per gran establiment comercial, individual o col·lectiu, tot el que tingui una superfície edificada superior a 700 m².⁴⁹

En la major part de les normes autonòmiques prèvies se sotmetien a una llicència comercial específica altres supòsits de fet com ara els establiments mitjans i els establiments de descompte dur. En general, les reformes — amb vista a satisfer la “simplificació de procediments” que propugna la DS, així com l'esperit que es deriva del triple test de no-discriminació, necessitat i proporcionalitat— han eliminat les llicències comercials autonòmiques per a aquests formats de dimensions menors.

La fixació d'un límit quantitatiu (en funció del nombre de metres quadrats) que determina que el prestador que pretengui obrir un gran establiment comercial resti sotmès a un procediment més que aquell altre que no es trobi en alguna d'aquestes situacions, el qual només necessita les llicències municipals oportunes, no és un requisit prohibit per la DS. El que sí que exigeix, en funció de l'article 15 —i ara també de l'article 11 *Llei paraigües*—, és que la CA que decideixi mantenir aquest tipus de límits quantitatius o territorials ho faci de forma motivada, amb indicació de les raons per les quals considera que l'establiment d'un límit quantitatiu compleix els criteris de no-discriminació, necessitat i proporcionalitat.

4.2. *Encadenats*: la coordinació de tràmits en el procediment d'autorització per a la instal·lació d'establiments comercials

⁴⁵ Vegeu l'article 44 de Llei 6/2009, de 15 de desembre, de mesures fiscals i administratives per a l'any 2010, per la qual es modifica la Llei 3/2005, de 14 de març, d'ordenació de l'activitat comercial i les activitats firals en la Comunitat de La Rioja.

⁴⁶ Vegeu l'article 6 del Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials.

⁴⁷ Vegeu l'article 13 de la Llei 8/2009, de 16 de desembre, de reforma de la Llei 11/2001, de 15 de juny, d'ordenació de l'activitat comercial en les Illes Balears per a la transposició de la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis al mercat interior.

⁴⁸ Vegeu l'article 4 de la Llei 12/2009, de 16 de desembre, reguladora de la llicència comercial a les Canàries.

⁴⁹ Vegeu l'article 13.2 de la Llei 7/2008, de 25 de juny, de segona modificació de la Llei de l'activitat comercial.

Sens dubte, de totes les previsions que conté la LOCD renovada, la que, segons el meu parer, pot plantejar més problemes és l'exigència de coordinació de tots els tràmits administratius necessaris per a la instal·lació d'establiments comercials. Encara que la dicció definitiva del precepte respecte als esborranys del Projecte de Llei que van arribar a exigir un "procediment únic" resulti força descafeïnada, en qualsevol cas, sembla que s'està demandant una intervenció coordinada de l'Administració autonòmica i l'Administració local. I això exigirà articular un procediment en el qual es considerin els diversos nivells de planejament; d'una banda, el planejament supramunicipal (ordenació territorial com a marc general de referència) i, d'altra, el planejament municipal (ordenació urbanística com a model territorial concret per a la ciutat).

L'exigència de coordinació ha de posar-se en relació amb l'article 10.3 DS, que prohibeix l'existència de superposicions entre controls anàlegs que limitin la llibertat d'establiment. Aquesta prohibició connecta amb la filosofia de la norma comunitària que, com és sabut, no és altra que reduir les traves administratives i burocràtiques a la llibertat d'establiment de les empreses de serveis i es troba estretament relacionada amb el mandat de simplificació administrativa dels procediments d'autorització.⁵⁰

En el cas dels grans establiments comercials, en el nostre ordenament jurídic la denominada "segona llicència" autonòmica ha coexistit amb les llicències municipals urbanístiques i ambientals. La persistència ara de la convivència d'aquestes llicències, pot comportar una superposició entre controls equivalents en el sentit prohibit per la Directiva? Per a la Comissió Nacional de la Competència, la necessitat d'una segona autorització autonòmica per controlar les obertures de les grans superfícies resultaria redundant en la mesura que les finalitats d'interès general que pretén protegir la segona llicència ja estiguin cobertes pels règims d'autorització que mantenen les entitats locals. En aquest sentit, el manteniment de la segona llicència autonòmica incrementaria el grau de restricció a la competència, així com la càrrega administrativa i, en conseqüència, seria contrari a la DS.⁵¹

Una succinta revisió de les opcions seguides a les diferents comunitats autònomes revela que les solucions adoptades fins al moment són força dissemblants. Si bé, tret del cas de la Comunitat de Madrid, la majoria de les normes autonòmiques aprovades recentment mantenen la intervenció autonòmica en el control de la implantació de les grans superfícies, encara que amb notables diferències en el plantejament. Així, mentre en alguns casos es fa un esforç pel tal que el procediment sigui únic, en d'altres, es continua mantenint la duplicitat de procediments d'autorització –autonòmic i local– que existia anteriorment.

a) *Crim perfecte*: la supressió de la llicència comercial autonòmica (Madrid)

La Llei 8/2009, de 21 de desembre, de mesures liberalitzadores i de suport a l'empresa madrilenya elimina l'autorització comercial autonòmica i sotmet la instal·lació de grans establiments comercials únicament a control municipal. No obstant això, la legislació madrilenya preveu la participació autonòmica en el procediment a

⁵⁰ En aquest sentit, López Pérez, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 189.

⁵¹ Comissió Nacional de la Competència, *La reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, abril, 2009, p. 9-10; i, també, *Informe 09/2009, sobre la reforma de la Ley del Comercio Minorista*, Madrid, 6 de maig de 2009, p. 5. Aquests documents es troben disponibles a la pàgina web d'aquest organisme: <http://www.cncompetencia.es/>.

través d'un informe preceptiu i no vinculant. Amb caràcter previ a la concessió de la llicència municipal, l'Ajuntament corresponent ha de sol·licitar als òrgans competents de la Comunitat de Madrid en matèria d'ordenació del territori, de protecció del medi ambient, d'accessibilitat i de xarxa d'infraestructures viàries, l'emissió d'un informe sobre l'adequació de l'activitat projectada a la normativa sectorial vigent en cada cas. Així mateix, els projectes d'instal·lació o ampliació de grans establiments, han de ser objecte de comunicació prèvia a la conselleria competent en matèria de comerç.

b) Rebeca: comunitats autònomes que mantenen la llicència comercial autonòmica (Aragó, Catalunya, Castella i Lleó, Illes Balears, Illes Canàries, La Rioja, Galícia, Múrcia i València)

La majoria de les comunitats autònomes han decidit mantenir la llicència autonòmica atorgada per la conselleria competent en matèria de comerç, amb caràcter previ a la sol·licitud de les llicències municipals, en termes molt semblants a les regulacions dels procediments d'autorització previs a la Directiva. És el cas de Catalunya⁵², Castella i Lleó⁵³, Illes Balears⁵⁴, Illes Canàries⁵⁵, La Rioja⁵⁶, Galícia⁵⁷, Regió de Múrcia⁵⁸ o Comunitat Valenciana⁵⁹. Aragó manté el mateix règim que les anteriors, però no exigeix que la tramitació i l'atorgament de la llicència comercial autonòmica es produeixi amb caràcter previ, sinó una vegada que l'ajuntament corresponent hagi concedit expressament les llicències d'obres i ambiental d'activitats classificades.⁶⁰

Llegint algunes d'aquestes normes un somia que torna a *Manderley*, la mansió del lord anglès vidu amb qui es casa la jove Joan Fontaine i en què es veu assetjada pel buit i els records deixats per Rebeca, l'esposa anterior de lord Winter. Alguna cosa similar passa amb moltes de les noves regulacions comercials autonòmiques: l'ombra de les difuntes hi plana. Tinc el convenciment que, per molt que hagin adequat els seus règims a les exigències principals i més òbvies de la DS —principalment, amb la supressió de les proves econòmiques i la formulació de noves raons i criteris per fonamentar la decisió d'atorgament de la llicència comercial específica, així com de les disposicions que permetien la intervenció en el procediment d'autorització de persones que representaven els interessos comercials ja presents al mercat—, els espectres de les regulacions derogades —els fantasmes de *Manderley*— continuen sent-hi ben presents.

⁵² Art. 19 i s. del Decret llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials a Catalunya.

⁵³ Art. 20 de la Llei 16/2002, de 19 de desembre, de comerç de Castella i Lleó, modificada pel Decret llei 3/2009, de 23 de desembre, de mesures d'impuls de les activitats de serveis a Castella i Lleó.

⁵⁴ Art. 15 i s. de la Llei 11/2001, de 15 de juny, d'ordenació de l'activitat comercial en les Illes Balears, modificada per la Llei 8/2009, de 16 de desembre, per a la transposició de la Directiva de Serveis.

⁵⁵ Art. 6 i s. de la Llei 12/2009, de 16 de desembre, reguladora de la llicència comercial a les Canàries.

⁵⁶ Vegeu l'article 26 de la Llei 3/2005, de 14 de març, d'ordenació de l'activitat comercial i les activitats firals a la Comunitat de La Rioja, modificada per la Llei 6/2009, de 15 de desembre, de mesures fiscals i administratives per a l'any 2010.

⁵⁷ Art. 29 i s. de la Llei 13/2010, de 17 de desembre, del comerç interior de Galícia. Sobre la transposició en aquesta comunitat, vegeu Pérez González, C., «Reflexiones sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 30 d'abril de 2010.

⁵⁸ Art. 11 de la Llei 11/2006, de 22 de desembre, sobre règim del comerç minorista i Pla d'equipaments comercials de la Regió de Múrcia, modificat per la Llei 12/2009, d'11 de desembre, per la qual es modifiquen diverses lleis per adaptar-les a la Directiva de Serveis.

⁵⁹ Vegeu el capítol V de la Llei 12/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, de gestió administrativa i financera, i d'organització de la Generalitat, que modifica diversos extrems de la Llei 8/1986, de 29 de desembre, d'ordenació del comerç i superfícies comercials, per tal d'adaptar-la als requeriments de la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, relativa als serveis al mercat interior. En fase de correcció de proves d'aquest article, s'ha aprovat la Llei 3/2011, de 23 de març de comerç de la Comunitat Valenciana, el capítol III de la qual regula l'autorització comercial autonòmica en termes similars.

⁶⁰ Art. 14 bis de la Llei 9/1989, de 5 d'octubre, d'ordenació de l'activitat comercial a Aragó, modificada pel Decret llei 1/2010, de 27 d'abril, del Govern d'Aragó, de modificació de diverses lleis de la Comunitat Autònoma d'Aragó per a la transposició de la Directiva de Serveis.

L'òrgan instructor del procediment per a la concessió de les llicències autonòmiques continua sent la conselleria o el departament competent en matèria de comerç, però ja que els criteris de valoració ara han canviat —i ja no són econòmics—, la majoria de les normes reguladores del procediment inclouen la participació de les conselleries competents en matèria d'ordenació del territori, urbanisme i medi ambient mitjançant l'emissió d'informes no vinculants.

A Catalunya s'han establert diversos nivells diferents d'intervenció administrativa: un règim de llicència comercial autonòmica per als establiments comercials que superen els 2.500 m² de superfície de venda, un règim de declaració responsable per als establiments amb una superfície de venda igual o superior a 1.300 m² i inferiors a 2.500 m² i un règim de comunicació prèvia per a altres tipus d'establiments i situacions.⁶¹

El problema més important que presenten els models *Rebeca* és la duplicitat de controls que plantegen. Incorren en superposicions injustificades que entren en contradicció amb la simplificació administrativa que propugna la Directiva? Atès que aquests legisladors autonòmics han optat pel manteniment de la llicència comercial autonòmica, resulta necessari indagar si ho fan per protegir finalitats d'interès general que no estiguin ja cobertes per les llicències municipals, a fi de dilucidar si el règim d'autorització per a la implantació de grans superfícies és o no redundant, si incrementa o no de manera injustificada les càrregues administratives per als operadors. Es pot entendre que la instauració d'un règim d'autorització exclusivament per a grans superfícies troba la raó de ser en la presència d'interessos generals que no resulten protegits pel sistema de llicències municipals. La justificació rauria en el fet que l'àrea d'influència dels establiments comercials de grans dimensions desborda el terme municipal i, en conseqüència, es considera necessari que qui n'autoritzi la implantació sigui l'Administració autonòmica.

El sentit de la llicència comercial és controlar la implantació dels grans establiments quan influeixin de manera essencial en l'entorn (trànsit, medi ambient, condicions d'abastament de la població, repercussions supralocals...). «*Es obvia —són paraules del TC— la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan, los problemas en la caficación del suelo, etc.*» (STC 225/93, FJ 6).

En aquest ordre de coses, s'ha de portar també a col·lació la STC 264/1993, de 22 de juliol. Quan el TC examina els criteris que han de presidir l'atorgament de l'autorització especial per a la instal·lació de grans establiments comercials, rebutja els arguments dels recurrents sobre la lesió de l'autonomia municipal.⁶² El TC considera que es tracta d'una autorització especial concedida per les comunitats autònomes (sens perjudici de la concessió de llicències d'obertura per part dels ajuntaments) que obeeix al caràcter *supramunicipal* dels interessos concernits per la instal·lació d'un centre d'aquesta mena. Per això, no «*puede verse atentado alguno a la autonomía municipal, dada la dimensión territorial de los intereses en presencia*» (STC 264/1993, FJ 6).

⁶¹ Vegeu els articles 17 a 19 del Decret llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials a Catalunya.

⁶² La doctrina també s'ha referit al risc de lesió de l'autonomia local; vegeu, per exemple, Tornos Mas, J., «Comercio interior», a Martín-Retortillo, S. (dir.), *Derecho administrativo económico*, vol. II, Madrid, *La Ley*, 1991, p. 646-647, o Razquin Lizarraga, J. A., «La evolución de la ordenación del comercio minorista: hacia una política territorial integrada», a *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas-Endesa-Ibercaja, 2003, p. 1130.

Per tant, les raons que justifiquen la intervenció autonòmica, avalades per la jurisprudència constitucional, rau en la dimensió *supramunicipal* o *territorial* dels interessos concernits per la instal·lació d'una gran superfície comercial. En cas de no existir aquests interessos supramunicipals, no tindria sentit exigir una llicència autonòmica amb què es protegeixin els mateixos interessos que ja es protegeixen amb les llicències municipals. Seria, a més, contrari a la norma comunitària perquè vulneraria el necessari compliment dels principis de necessitat i proporcionalitat.

Però persisteix un problema en aquests règims. Fins i tot admetent l'exigència del control autonòmic per la necessitat de protegir interessos supramunicipals de naturalesa territorial i urbanística, manca de justificació que aquest control el duguin a terme òrgans administratius competents en matèria de comerç.

c) *La finestra indiscreta*: comunitats autònomes que suprimeixen la llicència autonòmica, però mantenen el control autonòmic, condicionant les llicències municipals (Astúries, País Basc, Andalusia, Extremadura, Cantàbria i Castella-la Manxa)

Hi ha regulacions autonòmiques que, com James Stewart a *La finestra indiscreta*, han decidit actuar com a *voyeurs* d'un procediment que, tot i que se substancia en l'àmbit municipal, compta amb la participació de l'òrgan autonòmic competent en matèria de comerç, que emet un informe previ que, atès el seu caràcter vinculant, hi té un paper decisiu. Les comunitats autònomes no solament "tafanegen" en el procediment local, no són mers espectadors passius, sinó que, com el personatge femení de la pel·lícula comentada, acaben participant-hi i interferint-hi.

Aquest model l'inicia la Llei 7/2008, de 25 de juny, de segona modificació de la Llei de l'activitat comercial al País Basc, que ben aviat va modificar la normativa comercial basca per adaptar-la a la DS. Amb caràcter previ a la concessió de la llicència d'activitat municipal, l'ajuntament corresponent ha de sol·licitar a l'òrgan competent en matèria de comerç de l'Administració autonòmica l'emissió d'un informe sobre l'adequació del projecte de gran establiment comercial als criteris que estableix el Pla territorial sectorial d'equipaments comercials.⁶³

De manera similar, a Andalusia, els grans establiments comercials estan sotmesos a l'obtenció, prèviament a la instal·lació o ampliació, de la llicència municipal d'obres, en el procediment de tramitació del qual es preveu la necessitat d'obtenir un informe de la Conselleria competent en matèria de comerç sobre l'adequació del projecte al contingut del Pla d'establiments comercials i al compliment dels requisits previstos en la Llei 1/1996, de 10 de gener, del comerç interior d'Andalusia.⁶⁴

Seguint aquest mateix camí, el de la integració de l'informe comercial autonòmic dins del procediment general seguit pels ajuntaments per a l'atorgament de les llicències urbanístiques municipals, se situen Cantàbria⁶⁵,

⁶³ El model basc ha estat examinat àmpliament per López Pérez, F., *El impacto de la Directiva...*, citat, p. 139-162. Vegeu, també, Urrutia Libarona, I., *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Bilbao, IVAP, 2010, p. 93-99.

⁶⁴ Reformada pel Decret llei 3/2009, de 22 de desembre, pel qual es modifiquen diverses lleis per a la transposició a Andalusia de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, del Parlament Europeu i del Consell, relativa als serveis al mercat interior.

⁶⁵ Art. 8 a 11 de la Llei 1/2002, de 26 de febrer, del comerç de Cantàbria, modificada per la Llei de Cantàbria 2/2010, de 4 de maig.

Castella-la Manxa⁶⁶ i Extremadura⁶⁷, encara que en aquestes comunitats autònomes, a diferència de les anteriors, no està prevista l'aprovació de cap pla.

El sistema que s'ha establert al Principat d'Astúries presenta variants significatives. En aquest cas, els establiments que tinguin la condició de gran equipament comercial (superfície superior a 2.500 m² o a 10.000 m², en el cas de complexos comercials), quan sol·licitin les llicències municipals pertinents han de sotmetre's a dos procediments d'avaluació d'“impacte estructural” —sobre ordenació del territori i urbanisme— i d'“impacte ambiental”.⁶⁸ No hi ha aquí participació de la Conselleria competent en matèria de comerç en la tramitació de les llicències municipals, encara que sí està prevista en l'elaboració de les directrius sectorials d'equipament comercial, així com en la tramitació del Pla general d'ordenació, dels plans parcials i dels plans especials, i en la tramitació de les seves respectives revisions o modificacions, mitjançant l'elaboració d'un informe sobre les reserves de sòl per a ús comercial.

d) *Marnie*: substitució de la llicència comercial autonòmica per l'autorització mitjançant un instrument d'ordenació del territori (Navarra)

La Comunitat Foral de Navarra ha dissenyat un règim de control diferent de tots els que s'han descrit fins ara. Se suprimeix la llicència comercial autonòmica i se substitueix per un control efectuat a través d'un instrument de naturalesa territorial, sense participació en el procediment del Departament competent en matèria de comerç. Les implantacions de grans establiments comercials, d'acord amb la nova dicció de l'art. 19. 2 de la Llei foral 17/2001, de 12 de juliol, reguladora del comerç a Navarra (modificada per la Llei foral 6/2010, de 6 d'abril), queden sotmeses a la tramitació d'un “pla sectorial d'incidència supramunicipal”, promogut per l'operador o el promotor, davant l'òrgan competent en matèria d'ordenació del territori i urbanisme. El seu contingut i procediment d'elaboració i tramitació es fa dependre de la legislació foral urbanística⁶⁹, i dels criteris específics que conté l'article 25 de la Llei foral de comerç, entre els quals s'inclou l'adequació als plans d'ordenació territorial. Aquests plans⁷⁰, conforme a l'article 17, han de contenir, entre les seves determinacions de caràcter vinculant, els criteris per a l'ordenació dels establiments comercials al territori, considerant, en general: a) la implantació preferent del comerç dins del nucli urbà dels municipis; b) la dotació complementària i unida dels usos residencials i les activitats comercials⁷¹, i c) la reducció de l'impacte de les activitats comercials en la seva implantació sobre el territori, en concret, en els àmbits de la mobilitat, contaminació atmosfèrica, consum d'energia i ocupació del sòl.

4.3. *Els ocells*: les raons imperioses d'interès general

⁶⁶ Art. 14 de la Llei 2/2010, de 13 de maig, de comerç de Castella-la Manxa.

⁶⁷ Art. 36 de la Llei 7/2010, de 19 de juliol, de modificació de la Llei 3/2002, de 9 de maig, de comerç de la Comunitat Autònoma d'Extremadura.

⁶⁸ Art. 19 i 20 en relació amb l'article 16 de la Llei del Principat d'Astúries 9/2010, de 17 de desembre, de comerç interior.

⁶⁹ Art. 43 i 45 de la Llei foral 35/2002, de 20 de desembre, d'ordenació del territori i urbanisme.

⁷⁰ Regulats als articles 34 i s. de la Llei citada en la nota anterior.

⁷¹ Cal tenir en compte que a Navarra els grans establiments comercials només es poden implantar en sòls urbans o urbanitzables amb un ús residencial dominant. S'entén com a tal l'ús que «contenga áreas residenciales con vivienda colectiva continuada de 250 viviendas o 600 habitantes y una densidad residencial de 40 viviendas por hectárea» (art. 19.6 Llei foral).

Assenyala Villar Palasí que l'essència de l'autorització és «*constituir un control previo de las actividades que, descontroladas, podrían dañar al público interés*». ⁷² En el nou règim legal d'accés a les activitats de serveis derivat de la DS, aquest interès públic es transforma en les denominades “raons imperioses d'interès general”. I, en el cas concret de les autoritzacions comercials de grans superfícies, s'han especificat quines poden ser. Com sabem, per al legislador estatal ho són: *la protecció del medi ambient i de l'entorn urbà, l'ordenació del territori i la conservació del patrimoni històric i artístic* (art. 6.2 LOCD). ⁷³ En tot cas, s'ha d'entendre que aquestes tenen caràcter merament exemplificatiu i no són un *numerus clausus*. De la qual cosa es deriva que les comunitats autònomes en podran valorar com a raons imperioses d'interès general d'altres —això sí, en cap cas d'índole econòmica— de diverses que les recollides a l'article 6 LOCD, sempre que es respecti el que disposen la DS i la legislació bàsica estatal. ⁷⁴ Algunes comunitats, per exemple, entenc que amb total justificació i de manera absolutament raonable i fins i tot ineludible, hi han afegit “la protecció dels drets dels consumidors”. En general, els criteris que recullen les noves normes autonòmiques han descartat encertadament les anteriors al·lusions a l'existència d'un “equipament comercial adequat” o a l'equilibri dels interessos sectorials (“efectes sobre l'estructura comercial existent”), posant de manifest que s'ha volgut eliminar qualsevol referència que pogués ser considerada una prova econòmica. Amb més o menys encert segons els casos, s'ha volgut instaurar un nou model d'urbanisme comercial basat en raons urbanístiques i mediambientals.

Aquestes raons es defineixen ben sovint amb imprecisió. Compleixen els requisits formulats mitjançant l'art. 10 DS? El màxim retret que s'hi pot formular és que la seva vaguetat excessiva deixa un amplíssim marge de discrecionalitat a les mans de l'Administració, que pot convertir-se en arbitrietat futura. Tanmateix, els riscos de la discrecionalitat excessiva que deriva dels criteris vagues que presideixen l'atorgament de les autoritzacions comercials per a grans establiments es poden mitigar per mitjà de la planificació urbanística i territorial, també prevista en moltes normes autonòmiques. ⁷⁵

En diverses comunitats autònomes, la defensa del model anomenat “ciutat compacta i cohesionada” és a sota de l'entramat de les “raons imperioses d'interès general” que s'al·leguen per fonamentar tot el règim d'autorització. Així, entre els principis rectors del Decret llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials a Catalunya, hi ha la «potenciació d'un model de ciutat compacta en què l'ús residencial s'harmonitza amb les activitats comercials i de serveis, per enfortir les estructures comercials com a valors de la cultura mediterrània» (art. 4.2). D'aquí deriva la definició de conceptes com ara “trama urbana consolidada”

⁷² Vegeu Villar Palasí, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 319.

⁷³ Sobre el particular transposició del concepte “raó imperiosa d'interès general” al nostre ordenament, vegeu la nota 26.

⁷⁴ Vegeu Consell d'Estat, *Dictamen 985/2009, de 25 de juny de 2009...*, citat, punt 5, apartat B, lletra f.

⁷⁵ Sense posar en dubte que la principal pretensió d'aquests nous plans sigui reduir la discrecionalitat que regna en l'atorgament de les autoritzacions comercials, no és fàcil assegurar que els plans no siguin igualment discrecionals. En aquest sentit, respecte del Pla territorial sectorial d'equipaments comercials a Catalunya, vegeu el FD 6è de la Sentència TSJ de Catalunya de 26 de juny de 2002 (Ar. 260196). Crida l'atenció l'argument de l'advocada general en les Conclusions sobre l'assumpte C-400/08 davant les al·legacions de la Comissió respecte de la falta de precisió dels criteris establerts a l'article 10 de la Llei 18/2005, de 27 de desembre, d'equipaments comercials de Catalunya. Per a la Comissió aquests criteris confereixen una excessiva discrecionalitat a les autoritats competents per atorgar la llicència. Tanmateix, l'advocada general entén que «si la integració en l'entorn urbà, els efectes sobre l'ús de la xarxa viària i del transport públic, i la varietat de l'oferta que disposen els consumidors són criteris lícits a l'hora de decidir si un establiment comercial s'ha d'autoritzar —la Comissió no s'oposa a la seva naturalesa, sinó únicament a la seva falta de precisió—, no sembla possible *establir a priori límits precisos sense introduir un grau de rigidesa que probablement resultés encara més restrictiva de la llibertat d'establiment*». En conseqüència, aquests criteris «no són tan imprecisos com per fer-los inapropiats per assolir els objectius mediambientals, urbanístics i de protecció dels consumidors que Espanya invoca, ni són desproporcionats en ordre a assolir aquestes finalitats (§ 116 i 117). En fase de correcció de proves, comprovem que el TJUE ratifica la interpretació de l'advocada general a la seva Sentència de 24 de març de 2011 (§ 117 i 118).

(TUC) i les seves conseqüències, com ara les prohibicions de noves implantacions comercials de superfície mitjana o gran superfície fora d'aquella (art. 7 a 9).

No es pot dir que els interessos que defensen les noves normes autonòmiques siguin desproporcionats; però d'acord amb la jurisprudència comunitària, el test de proporcionalitat exigeix, a més, demostrar que no existia cap altra mesura igualment efectiva i menys restrictiva de la llibertat d'establiment.⁷⁶ Hi hauria mesures alternatives (menys restrictives) que permetessin assolir de manera satisfactòria els mateixos objectius? És aquí, segons el meu parer, on les normes autonòmiques poden presentar més problemes d'adequació al dret comunitari.

5. Reflexions finals: *Sabotatge*?

Totes les comunitats autònomes han aprovat ja les seves reformes comercials. Encara és d'hora per enjudiciar-les, pendents com estan moltes de desenvolupament reglamentari. Però *L'ombra d'un dubte* plana sobre aquest nou bloc normatiu.

S'ha produït el canvi de model que requeria la DS? Aparentment sí.

En conjunt, s'ha fet un gran esforç d'adaptació dels règims d'autorització comercial a les exigències de la DS. No obstant això, queda molt camí per recórrer.⁷⁷

Es troben a faltar les disposicions relatives a la finestra única o a la tramitació electrònica, els procediments no són gaire més simples que els anteriors i tampoc no s'ha avançat gaire en la coordinació de tràmits entre l'Administració local i l'autonòmica. També ens hem referit als problemes derivats de la discrecionalitat en l'atorgament de les llicències comercials. O a les exigències del test de proporcionalitat, que planteja als legisladors autonòmics el repte de demostrar que les mesures elegides són apropiades per aconseguir els objectius perseguits, sense anar per a això més enllà del que cal.

Alguns autors denuncien el *Sabotatge*, en la mesura que consideren que la transposició duta a terme per la majoria de comunitats autònomes és merament nominalista i que, en realitat, s'intenta perpetuar les anteriors mesures intervencionistes i proteccionistes.⁷⁸

⁷⁶ Jurisprudència assentada, per exemple, a la Sentència de 22 de desembre de 2008, Comissió/Àustria (C-161/07, Rec. p. I-10671), apartat 36, que ara l'advocada general aplica a les restriccions a la implantació de grans establiments comercials (§ 90 a 92 de les Conclusions en l'assumpte esmentat abans). I fent seva aquesta argumentació, el TJUE considera que el Regne d'Espanya no ha donat explicacions suficients per a demostrar que les restriccions controvertides són necessàries per a arribar als objectius perseguits (§ 83 a 86). D'aquí se'n deriva la decisió de la Sentència de 24 de març de 2011, en la què s'estimen els plantejaments de la Comissió i es declara que les limitacions quant a l'emplaçament i la mida dels grans establiments comercials de l'article 4.1 de la Llei 18/2005 de Catalunya incompleixen l'article 43 TCE.

⁷⁷ Per cert, aquesta és una de les principals conclusions dels resultats del procés d'avaluació recíproca de la DS exposats recentment per la Comissió en la seva Comunicació Cap a un millor funcionament del mercat únic de serveis, a partir dels resultats del procés d'avaluació recíproca de la Directiva de Serveis, Brussel·les, 27.1.2011, COM (2011) 20 final.

⁷⁸ En aquest sentit, Pérez Rivarés, J. A. i Viquer Pont, J., «Cuestiones suscitadas por la transposición de la Directiva Bolkestein en el ámbito de los equipamientos comerciales», p. 33, 2010, accessible a <http://www.uria.com/docs/082transpDir.pdf>; Blázquez Alonso, N. i

Segons el meu parer, no es pot dubtar de les raons sobre les quals es basa aquest nou model (protecció del medi ambient i de la cohesió social i territorial), però tampoc no poden quedar en mera retòrica. Avala la seva formulació teòrica el suport que els ha ofert la Comissió Europea en el seu recent informe *Cap a un mercat interior del comerç i de la distribució més just i eficaç en la perspectiva de 2020*, on es pot llegir: «Cal tenir en compte tots els interessos en joc i, en particular, conciliar els interessos de les empreses de distribució amb els objectius de protecció del medi ambient o d'ordenació del territori (per exemple, el manteniment d'una accessibilitat suficient als comerços que ofereixen béns i serveis bàsics)».⁷⁹

Fins ara, amb les regulacions prèvies a la DS s'havia fet un ús esbiaixat de l'urbanisme, de l'ordenació del territori i de la protecció del medi ambient.⁸⁰ Passarà el mateix després de la transposició? S'utilitzaran de manera fraudulenta els instruments urbanístics i mediambientals per seguir intervenint per raons econòmiques? Esperem que no. *The End.*

Navarro Manich, J. A., «La Directiva de Servicios y los establecimientos comerciales: El escenario del día después de la transposición», *Diario La Ley*, núm. 7347, 2010, accessible a <http://www.uria.com/esp/publicaciones/art.asp?id=400>.

⁷⁹ COM (2010) 355 final. Brussel·les, 5.7.2010, p. 7.

⁸⁰ En les legislacions anteriors es recorria a l'ordenació del territori i la protecció del medi ambient per justificar més fàcilment les limitacions pròpiament comercials o econòmiques. La preocupació ambiental no operava més que com una mera coartada ideològica per a uns legisladors que, acomplexats per les seves incisives polítiques comercials, s'escudaven en els costos externs generats pels grans establiments per tractar de justificar-les d'alguna manera més legítima constitucionalment i, per què no dir-ho, també més popular. Però, malauradament, la preocupació ambiental no operava com hauria d'operar, perquè en lloc de valorar i corregir oportunament les externalitats negatives, a través de subterfugis com ara les quotes de mercat, es ponderaven primordialment els perjudicis ocasionats al comerç ja instal·lat a la zona. Sobre això, amb més amplitud, Villarejo Galende, H., *Equipamientos comerciales...*, citat, p. 106-124.