

Noemi Blázquez Alonso

José-Alberto Navarro Manich

LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES: EL ESCENARIO DEL DÍA DESPUÉS DE LA TRANSPOSICIÓN

1. PLANTEAMIENTO: La Directiva de Servicios y su impacto en la normativa comercial

La Directiva de Servicios¹ supone un paso más hacia el proceso liberalizador iniciado con el Tratado de la Comunidad Europea. Su transposición se debería traducir en la desregularización del sector de servicios de forma homogénea en todos los Estados miembros, eliminando aquellas barreras que, a juicio del legislador europeo, son innecesarias y suponen una traba a la libre competencia en el mercado interior.

Pero esa transposición uniforme, acorde con el principio de libertad de establecimiento, no está siendo un proceso pacífico. Buena prueba de ello es el caso español en materia de comercio minorista. Tanto la complejidad y diversidad del sector como la distribución de competencias marcada por nuestra Constitución han impedido la instauración de un mismo sistema comercial liberalizado para todo el territorio español, y la mayoría de los legisladores autonómicos han logrado perpetuar en las nuevas regulaciones la figura de la denominada “*segunda licencia*” para la implantación de los establecimientos comerciales de gran superficie.

Este artículo pretende examinar las implicaciones que la transposición de la Directiva de Servicios ha producido en el marco regulatorio del comercio minorista y proponer soluciones ante el escenario de falta de aprobación en plazo de la norma interna de transposición o de transposición incorrecta de la Directiva de Servicios. Para ello, recordaremos brevemente la acción normativa del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de equipamientos comerciales, tomando como ejemplo las Comunidades de Madrid y Cataluña, que han mantenido modelos comerciales contrapuestos, las nuevas exigencias de la Directiva de Servicios, su transposición, y, por último, un análisis en torno al posible efecto directo de la norma comunitaria.

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior* (DO nº L 376, pág. 36, de 27 de diciembre de 2006).

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

2.1. Ley de Ordenación del Comercio Minorista

A mediados de la década de los ochenta, el comercio interior dejó de ser un sector auto regulado que se regía únicamente por lo dispuesto en el Código de Comercio. A partir de ese momento, las Comunidades Autónomas empezaron a intervenir en el mercado de libre implantación de las grandes superficies para desplegar sus propias políticas de estructura comercial.

Pero no fue hasta el advenimiento de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (la “**Ley 7/1996**”), que en España se instauró a nivel estatal por primera vez una regulación uniforme en materia de comercio interior. La Ley 7/1996 homogeneizó en todo el territorio español la necesidad de obtener la llamada “*segunda licencia*” para la implantación de grandes establecimientos comerciales. Hasta aquel momento, el control previo a la instalación de las grandes superficies seguía estando en manos de los Ayuntamientos, aunque alguna Comunidad Autónoma como la catalana² o la aragonesa³ ya otorgaban a sus gobiernos autonómicos la competencia para decidir sobre la instalación -y ampliación en el caso catalán- de los establecimientos comerciales de grandes dimensiones.

Pero esta Ley tan sólo estableció un marco de mínimos en virtud de sus competencias básicas, puesto que eran las Comunidades Autónomas las que ya tenían asumida la competencia exclusiva en la ordenación comercial.

2.2. Normativa autonómica

A nivel autonómico, la regulación en el control de la implantación de grandes establecimientos comerciales es variada cuando no opuesta entre las diversas Comunidades Autónomas. Los poderes públicos autonómicos no coinciden en la forma de intervenir en el sector de la distribución comercial. Así nos encontramos, por una parte, con un bloque de Comunidades con un marcado carácter liberalizador, y por otra, con toda una serie de Comunidades Autónomas, cuya intervención se ha traducido en una restricción a la libre implantación de grandes establecimientos comerciales, basada en criterios principalmente económicos.

2.2.1. Modelo liberalizador

La Comunidad de Madrid fue pionera en el proceso de liberalización de la normativa en materia de comercio interior mediante las sucesivas modificaciones de las que ha sido objeto la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid (la “**Ley 16/1999**”). Aunque la gran reforma del régimen de grandes establecimientos comerciales vino

² Ley catalana 3/1987, de 9 de marzo de equipamientos comerciales, exigía la obtención de un informe favorable de la Comisión Territorial de Equipamientos comerciales para la tramitación de la licencia de apertura.

³ Ley aragonesa 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, que sometía la apertura de los grandes establecimientos comercial a la previa autorización autonómica.

con la Ley 1/2008, de 26 de junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid (la “Ley 1/2008”).

Si bien la Ley 1/2008 no elimina la necesidad de autorización para la ordenación de los grandes establecimientos comerciales, introduce una serie de medidas encaminadas a modernizar y consolidar el principio de libertad empresarial. Así, a partir de la modificación operada por la Ley 1/2008, para la concesión de la autorización comercial ya no se pondera la existencia de un equipamiento comercial adecuado o los efectos sobre la estructura comercial en el área de influencia afectada por el nuevo establecimiento; además, los criterios de valoración pasan a centrarse en cuestiones de interés general como son la protección del medio ambiente, el entorno urbano o la movilidad, parámetros plenamente acordes, como veremos, con la Directiva de Servicios. A pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2008 no se haga expresa mención a la Directiva, lo cierto es que los principios que imperan la Ley son la libertad de empresa y de la competencia y la libre circulación de bienes, principios propios del Derecho comunitario.

Sin embargo, la Ley 1/2008 también preveía otros criterios de valoración de la licencia comercial que tenían difícil encaje con la norma comunitaria, como son la generación de empleo prevista y la contribución al desarrollo económico del sector, que son expresamente derogados en la nueva norma de transposición de la Directiva de Servicios.

2.2.2. Modelo restrictivo

El modelo restrictivo por antonomasia en la implantación de grandes establecimientos comerciales ha sido el catalán. La recientemente derogada Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de Equipamientos Comerciales de Cataluña (la “Ley 18/2005”) establecía un régimen autorizatorio, basado en un previo estudio del “*statu quo*” de la distribución comercial en Cataluña, que inevitablemente tendía a proteger al pequeño y mediano comercio frente a la entrada de las grandes superficies.

Estas restricciones a la libre implantación de los grandes establecimientos comerciales se traducían en la imposición de un criterio de obligada localización del proyecto comercial en la malla urbana de determinados municipios⁴ y de acuerdo con las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales (el “PTSEC”)⁵. Con arreglo al PTSEC tampoco era posible otorgar la licencia comercial para grandes establecimientos si el municipio o comarca de que se trataba estaba en situación de equilibrio o superávit⁶.

⁴ Denominada en la Ley 18/2005 “*Trama Urbana Consolidada*”. Según esta norma, los proyectos comerciales debía situarse en la malla urbana de municipios capitales de comarca o con una población de más de 25.000 habitantes o asimilables por razón de los flujos turísticos y de acuerdo con las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales.

⁵ Aprobado por el Decreto 379/2006, de 10 de octubre.

⁶ En la práctica, esta idea se reconducía a los anexos del PTSEC que establecían el número máximo de metros cuadrados que podían implantarse en cada uno de los municipios y comarcas catalanes.

Hasta el momento, las directrices que enmarcaban la ordenación de los establecimientos en Cataluña tenían más que ver con factores económicos, comerciales o incluso de valoración de la competencia del mercado de establecimientos de distribución minorista que con el impacto territorial o la preservación del modelo urbanístico de la ciudad compacta, defendida en la propia Exposición de Motivos de la derogada Ley 18/2005.

Muestra de ello era que los criterios que debían arbitrar la revisión del PTSEC eran la evolución de los hábitos de compra y de consumo de la población o los cambios en la composición de la oferta comercial o incluso los avances de la concentración empresarial en el sector de la distribución comercial. También el impacto producido por la implantación de grandes establecimientos comerciales en el comercio intraurbano y, más concretamente, sobre los centros históricos tradicionales, era un factor determinante para la revisión del PTSEC que ordenaba la implantación de los establecimientos comerciales⁷.

Como veremos a continuación, los valores e intereses, marcadamente comerciales y económicos, que venían siendo protegidos por el ejecutivo catalán mediante su planificación comercial, son contrarios a la Directiva de Servicios y es justamente por ese motivo, que la reciente norma que transpone la norma comunitaria deroga expresamente el PTSEC.

3. NUEVO MARCO NORMATIVO COMERCIAL

En España, a nivel estatal, la transposición de la Directiva de Servicios se está llevando a cabo a través de diversos instrumentos normativos: a saber, (i) la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la “**Ley Paraguas**”); (ii) Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y (iii) el Proyecto de Reforma de la Ley 7/1996 (la “**Ley de Reforma del Comercio Minorista**”).

La Directiva de Servicios tiene como finalidad facilitar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios dentro de la Unión Europea y, como ya se ha adelantado, lo hace imponiendo a los Estados miembros la obligación de eliminar todas las barreras jurídicas y administrativas que puedan restringir la mencionada libertad de establecimiento.

Esta misma sistemática es la seguida por la Ley de Reforma del Comercio Minorista que elimina, como regla general, la necesidad de autorización comercial previa para la instalación de establecimientos y que además adapta la regulación comercial minorista a los nuevos mandatos de la Directiva de Servicios. El nuevo redactado de la Ley 7/1996 marcará, a partir de ahora, el común denominador a desarrollar por cada Comunidad Autónoma mediante su propia legislación.

3.1. Nuevas exigencias de la Directiva de Servicios

Trataremos en el presente artículo la Directiva de Servicios, la Ley Paraguas y la Ley de Reforma del Comercio Minorista. Las tres normas suprimen, como regla general, las

⁷ El artículo 5.3 del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, contemplaba los criterios de revisión del PTSEC.

autorizaciones para el acceso o el ejercicio de una actividad de servicios, y requieren que la permanencia de aquéllas esté justificada en razones imperiosas de interés general.

De hecho, por lo que aquí interesa, la Ley Paraguas y la Ley de Reforma del Comercio Minorista transponen lo dispuesto en el capítulo III de la Directiva de Servicios relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores y, más concretamente, los artículos 9 (“régimen de autorización”), 10 (“condiciones para la concesión de la autorización”), 14 (“requisitos prohibidos”) y 15 (“requisitos por evaluar”).

3.2. La libertad de establecimiento en la Directiva

La libertad comunitaria de establecimiento viene reconocida en el artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea y tiene por objeto garantizar que un nacional comunitario participe en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen.

La Directiva de Servicios establece los principios y pautas para orientar a los Estados miembros en el marco de este derecho a la libertad de establecimiento, y persigue la eliminación de obstáculos que resultan de la desproporcionada exigencia de trámites administrativos.

En materia de comercio interior, al margen de los aspectos sobre simplificación administrativa, que no son objeto del presente artículo, el núcleo central de la Directiva de Servicios que aquí debe ser analizado es el contenido en el capítulo III, que recoge los principios informadores del régimen de autorizaciones administrativas, así como los requisitos que los Estados no pueden exigir a los operadores económicos para su establecimiento, o los requisitos que están supeditados a evaluación en el análisis y criba de su ordenamiento interno.⁸

La novedad que aporta la Directiva y, posiblemente la más relevante, es la supeditación del régimen autorizatorio a una serie de condiciones, esto es: cuando el régimen de autorización no resulte discriminatorio para el prestador, esté justificado por una razón imperiosa de interés general y finalmente, el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, como sería un régimen de la comunicación.

3.3. Las razones imperiosas de interés general

Según se ha explicado, únicamente razones imperiosas de interés general⁹ pueden justificar la limitación de la libertad de establecimiento y, en todo caso, en su aplicación debe jugar el

⁸ En su considerando 47, la Directiva se refiere expresamente al régimen de autorización para la implantación de grandes superficies comerciales y dispone que “*Es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento -por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales-, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general*”.

⁹ El concepto de razón imperiosa de interés general emana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y según dispone la propia Directiva de Servicios, en considerando 40, esa jurisprudencia “*puede seguir evolucionando*”.

principio de no discriminación y de proporcionalidad. En consecuencia, estas razones imperiosas de interés general tendrán un papel tanto en la justificación del mantenimiento de la figura de la licencia comercial como en los nuevos criterios que deben regir su otorgamiento.

La Directiva de Servicios recoge las razones imperiosas de interés general que permiten justificar el sometimiento de los establecimientos comerciales a autorización y que conformaran los criterios para su otorgamiento, pero también los requisitos prohibidos y sometidos a evaluación de la Comisión.

El considerando 40 de la Directiva de Servicios contiene una relación de materias más amplia que la establecida en el articulado de la propia Directiva. A los efectos de las grandes superficies comerciales que nos interesa, debemos tener en cuenta que el considerando 40 se refiere a la “*protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural*”. En definitiva, el legislador comunitario otorga al concepto de “*interés general*” un carácter indeterminado que se verá atemperado por el juicio de proporcionalidad y razonabilidad que vinculará a los legisladores nacionales.

Centrándonos en las razones urbanísticas y ambientales, resulta legítimo restringir el derecho de libre establecimiento de las superficies comerciales, en atención, por ejemplo, a la zonificación de los usos a los que se puede destinar el suelo, las cuestiones que afectan a las infraestructuras viarias para garantizar una movilidad segura y sostenible o bien incluso a la protección de la biodiversidad. Pero resulta sorprendente que la normativa comercial contemple criterios urbanísticos y ambientales para fundamentar la necesidad de autorización, cuando estos valores de interés general ya deberían estar protegidos al exigirse la previa obtención de licencias municipales y autonómicas para la construcción y puesta en funcionamiento de establecimientos comerciales.

Además, debe destacarse que las razones imperiosas de interés general vinculadas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, citadas por el legislador estatal, no están expresamente mencionadas en el Tratado de la Comunidad Europea y tienen un origen exclusivamente jurisprudencial. Por tanto, a la hora de realizar una ponderación, para resolver el conflicto entre la libertad de establecimiento (ésta sí reconocida en el Tratado) y los intereses públicos de índole territorial, urbanístico o ambiental, el derecho de libre establecimiento debería gozar de cierta prioridad.

Por último, el carácter “*imperioso*” de ese interés, sumado a la aplicación del principio de proporcionalidad, que ahora veremos, debería endurecer el rigor a la hora de introducir excepciones a la regla general de no sujeción a autorización comercial.

De ahí que, a juicio del legislador y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (el “**TJCE**”), el mantenimiento de la conocida como “*segunda licencia*” pudiera considerarse una carga innecesaria para el prestador.

3.4. Prohibición de “*criterios económicos*”. Criterios sujetos a evaluación previa

La Directiva prohíbe de manera taxativa el establecimiento de requisitos de naturaleza económica para la implantación de nuevas superficies comerciales.

El artículo 14 de la Directiva de Servicios incluye, entre los requisitos prohibidos, la aplicación de una prueba económica “*consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente*”.¹⁰

Esa misma prohibición, y en los mismos términos que emplea la Directiva, la encontramos en la Ley Paraguas en la que se dispone que en ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de requisitos de naturaleza económica.

Pero separándose de la Directiva, el legislador español precisa que las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir bajo ningún pretexto requisitos de planificación económica.

Esto significa que no se podrá supeditar el régimen de autorización comercial a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, tanto posibles como reales, de la actividad o bien a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la Administración.

Esta prohibición es, sin duda, uno de los aspectos más controvertidos de la transposición de la Directiva en materia de equipamientos comerciales.

Hasta el momento, son muchas las Comunidades Autónomas que han venido utilizando, de forma un tanto desmedida, la autorización como un instrumento de la política económica y vinculando su otorgamiento al grado de equilibrio existente entre la oferta y la demanda en el mercado. En el nuevo marco normativo las restricciones a la libre implantación de equipamientos comerciales no deberían poder venir referidas a cuestiones de contenido económico, como es, el grado de saturación de la oferta o el grado de competencia entre distintos formatos de distribución.

Y ello cobra especial sentido si tenemos en cuenta que son precisamente esos intereses generales de la economía los que han motivado la supresión de barreras burocráticas impuestas en la Directiva. En definitiva, ya no cabe una planificación de los establecimientos comerciales fundada en razones económicas aunque sí se admitirá la planificación basada exclusivamente en razones territoriales o urbanísticas, como por ejemplo la capacidad de las infraestructuras que sirvan para garantizar la movilidad o bien la dotación suficiente de aparcamiento de vehículos.

¹⁰ A efectos interpretativos resulta de interés el considerando 66 de la Directiva de Servicios: “(66) *El acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en el territorio de un Estado miembro no debe supeditarse a una prueba económica. La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia.*”

En este sentido, deberá prestarse especial atención a que la imposición de restricciones justificadas en razones urbanísticas no escondan razones de naturaleza económica. Ése sería el caso de la defensa de un eventual modelo de ciudad compacta (que se repite en varios proyectos normativos autonómicos de transposición) que en realidad, pretende controlar la ordenación de los distintos formatos de establecimientos minoristas.

La Directiva y la Ley Paraguas también recogen una serie de requisitos cuyo mantenimiento deberá justificarse suficientemente al tratarse de requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa en la propia Directiva, esto es, criterios que debían ser examinados por los Estados miembros a la vista del nuevo marco normativo para valorar su permanencia en el ordenamiento interno.

Pues bien, a la hora de realizar esa criba, los Estados deben evaluar estos requisitos de aplicación excepcional (entre otros los límites cuantitativos o territoriales), y deben hacer lo necesario para que esos requisitos sean compatibles con las condiciones fijadas en las citadas normas que se refieren a la no discriminación, la necesidad y la proporcionalidad. En todo caso, la incorporación de estas condiciones deberá estar suficientemente motivada en la normativa comercial y justificada por una razón imperiosa de interés general.

El informe de evaluación recíproca que los Estados debían haber remitido a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009, debía advertir sobre los requisitos que el Estado miembro tuviese previsto conservar, indicando la justificación de su mantenimiento en cuanto a su compatibilidad con los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.¹¹

Por lo que aquí interesa destacar, si se opta por dar continuidad al requisito excepcional contemplado en la Directiva y la Ley Paraguas relativo a las restricciones cuantitativas o territoriales, o límites fijados en función de la población, debería acreditarse en el informe de evaluación recíproca, así como en la normativa que los recoja, que la imposición de estas limitaciones no son discriminatorias y son proporcionadas y que en ningún caso, persiguen garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, como podría ser, en el caso que nos ocupa, la defensa del pequeño y mediano comercio.

3.5. Juicio de proporcionalidad y razonabilidad

El principio de proporcionalidad en la valoración de las medidas restrictivas de libertades comunitarias requiere que éstas sean adecuadas, necesarias o equilibradas. No pretende ser objeto del presente artículo como juega la exigencia de proporción en la limitación del derecho de libre establecimiento, basta con poner de manifiesto que en materia de comercio minorista, la exigencia de autorización comercial debe ser proporcionada a la importancia del interés general protegido.

¹¹ El artículo 39 de la Directiva regula la información que debe contener el informe de evaluación recíproca así como el procedimiento para su tramitación. La Disposición Adicional Cuarta de la Ley Paraguas precisa que todo proyecto de norma legal o reglamentaria que recoja los denominados “*criterios sujetos a evaluación previa*” deberá ser comunicado al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, antes de su aprobación, incorporando una memoria justificativa en la que se motive que no son discriminatorios y son proporcionados y que están basados en una razón imperiosa de interés general, para su ulterior notificación a la Comisión Europea.

Dicho en otras palabras, si existen otras medidas alternativas a la autorización comercial que garanticen de igual modo la protección del interés general ambiental o urbanístico protegido (como es la licencia de obras o una mera comunicación de apertura), debería, en propiedad, eliminarse la necesidad de obtener la autorización.

3.6. Ley de Reforma del Comercio Minorista

La exclusión competencial del Estado queda lógicamente limitada por la intervención que aquél ejerce a través de sus competencias transversales en el ámbito de comercio interior en la Ley 7/1996.

Resulta lógico, por tanto, que la Directiva tenga una incidencia directa en esta normativa básica estatal y, principalmente, en su régimen autorizador, que se ha materializado en la Ley de Reforma del Comercio Minorista.

En línea con lo dispuesto en la Directiva de Servicios, la Ley de Reforma del Comercio Minorista exige que los requisitos que se establezcan para la ordenación de los establecimientos comerciales deban atender conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general (como son la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico) y prohíbe que la mencionada ordenación pueda ampararse en razones económicas.

Además, la Ley de Reforma del Comercio Minorista exige que cuando la norma se acoja a la excepción del régimen autorizador, debe motivar con claridad y precisión cual o cuales son las razones de interés público que justifican esa intervención administrativa que restringe la libertad de empresa (el legislador emplea los adjetivos *claros e inequívocos*) y debe motivar por qué entiende que no son discriminatorios. De ahí que los legisladores autonómicos no puedan limitarse a la abstracta invocación de las razones imperiosas de interés general como justificación de las restricciones en la ordenación de los establecimientos comerciales.

Esos mismos calificativos se repiten por el legislador al tratar los criterios de concesión de la autorización y, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva, deben ser objetivos, predecibles¹², ser hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles.

Estos calificativos refuerzan, por una parte, el pleno conocimiento de los prestadores sobre la viabilidad de implantar su establecimiento y, por otra, y la más importante, evitar la arbitrariedad de la Administración en el otorgamiento de las autorizaciones comerciales.

Por ello, la legalidad de las nuevas exigencias normativas autonómicas pasará por comprobar que el régimen de autorización sea comprensible para todos los operadores, que el procedimiento de otorgamiento de la autorización se conozca de antemano y, sobre todo, que las normas autonómicas no utilicen un lenguaje ambiguo que pueda dar pie a un amplio

¹² El adjetivo *predecible* es la única novedad que aporta la Ley de Reforma del Comercio Minorista sobre lo dispuesto en la Directiva que, en nuestra opinión, acentúa el juicio de razonabilidad que debe regir en la elección de los criterios valorativos para el otorgamiento de la autorización comercial.

margen de apreciación por parte de las Administraciones Públicas en la decisión sobre la concesión de la autorización.

3.7. Adaptaciones normativas de las Comunidades Autónomas

La titularidad de la competencia exclusiva en materia de comercio interior de las Comunidades Autónomas se ha visto reforzada por la nueva generación de Estatutos de Autonomía que pretenden conferir a sus Comunidades, en el ámbito de sus competencias exclusivas, la potestad legislativa de forma íntegra, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Con ello se pretende dotar a los gobiernos autonómicos de las funciones necesarias para diseñar sus propias políticas de distribución comercial.

Sin perjuicio del análisis más detallado que se realizará en los siguientes apartados en relación con las nuevas normas madrileña y catalana, conviene adelantar que no parece que haya una clara voluntad por parte de la mayoría de los poderes autonómicos de desarrollar la regulación de inspiración liberal marcada por la Directiva y la Ley de Reforma del Comercio Minorista.

Así, las Comunidades Autónomas que tradicionalmente han sido más intervencionistas, siguen imponiendo un riguroso control administrativo previo a la implantación de los establecimientos de gran superficie, amparándose ahora en las razones imperiosas de interés general que acaban de ser expuestas.

De este modo, las razones que acabamos de ver como la protección del medio ambiente, la sostenibilidad en el uso del suelo, la protección del entorno urbano, la movilidad de la ciudadanía e incluso el patrimonio cultural, pueden esconder en realidad razones de programación económica que persigan evitar la implantación de nuevos operadores de grandes superficies comerciales y, con ello, favorecer al pequeño comercio de proximidad.

3.7.1. Modelo madrileño

El Pleno de la Asamblea de Madrid aprobó el pasado día 17 de diciembre de 2009 la Ley de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña (en adelante, la “**Ley de Medidas Liberalizadoras**”) que abarca, entre otros, aspectos relativos al régimen de grandes establecimientos para adaptar completamente su regulación a la Directiva de Servicios.

A diferencia de la norma catalana, la Ley de Medidas Liberalizadoras no contempla ningún condicionante territorial o urbanístico que limite la libre implantación de nuevas superficies comerciales y aporta, como gran novedad, la eliminación de la autorización comercial.

De este modo, el artículo 4 de la Ley de Medidas Liberalizadoras modifica nuevamente la Ley 16/1999 y somete la instalación o ampliación de un gran establecimiento comercial¹³ únicamente a la correspondiente licencia municipal. Aunque, con carácter previo a la concesión de la licencia municipal correspondiente, el Ayuntamiento deberá solicitar a los órganos

¹³ De conformidad con el artículo 17 de la Ley 16/1999 en su redacción dada por la Ley 1/2008 tienen la consideración de grandes establecimientos comerciales minoristas, los establecimientos individuales o colectivos que, destinándose al comercio al por menor de cualquier clase de artículos, dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público, superior a 2.500 m².

competentes de la Comunidad de Madrid en materia de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente, de accesibilidad y de red de infraestructuras viarias, la emisión de un informe sobre la adecuación de la actividad proyectada a la normativa sectorial vigente.

En consecuencia, en el marco del procedimiento de la licencia municipal para la instalación o ampliación de los grandes establecimientos comerciales, deberán ponderarse únicamente las cuestiones relativas a la ordenación del territorio, a la protección del medio ambiente y a la accesibilidad, cuestiones objeto de informes preceptivos.

Sin perjuicio de ello, la Ley de Medidas Liberalizadoras también somete la instalación o ampliación de un gran establecimiento comercial minorista a comunicación previa a la Consejería competente en materia de comercio, al objeto de fomentar una coordinación eficaz de las competencias en materia de promoción, fomento y desarrollo del sector comercial.

3.7.2. Modelo catalán

En Cataluña, la adaptación a la Directiva de Servicios se ha realizado a través del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña (el “**Decreto Ley**”). El motivo que ha justificado la aprobación de la nueva normativa en materia de equipamientos comerciales a través de un decreto ley es el plazo perentorio para la transposición de la Directiva de Servicios. La entrada en vigor del Decreto Ley tuvo lugar un día después de su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, el pasado día 29 de diciembre de 2009.

Sin embargo, el Parlamento catalán debe convalidarlo, o bien acordar su tramitación como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia.¹⁴

El principal objetivo del Decreto Ley es mantener y consolidar el modelo de comercio urbano basado en la cohesión social, el equilibrio territorial, un modelo de ciudad compacto, la reducción de la movilidad, la protección de los entornos y del medio ambiente urbano y natural, y la preservación del patrimonio histórico-artístico y del paisaje de Cataluña.

Como puede observarse, todos estos objetivos parecen encontrar cabida en las razones imperiosas de interés general relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano recogidas en la Directiva.

Y es justamente al amparo de estos criterios que el Gobierno catalán impone que los establecimientos comerciales se instalen únicamente en las áreas donde se admite el uso comercial y para las categorías de establecimientos expresamente autorizadas. Así, los establecimientos pequeños se autorizan en suelo urbano y urbanizable donde el uso residencial sea dominante, siempre que no configuren un gran establecimiento comercial o territorial colectivo. Los medianos y los grandes están permitidos en las denominados tramas

¹⁴ De acuerdo con el artículo 64 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, tanto la convalidación como la tramitación como proyecto de ley deberá realizarse en el improrrogable plazo de 30 días desde la promulgación. Finalizado este plazo sin que haya sido ratificado por el Parlamento, el Decreto Ley quedará derogado.

urbanas consolidadas de los municipios capitales de comarca mayores de 5.000 habitantes o asimilables. Los territoriales en las tramas urbanas consolidadas de los municipios capitales de comarca mayores de 50.000 habitantes o asimilables¹⁵. Fuera de los ámbitos que acaban de ser relacionados, el legislador catalán sólo admite el uso comercial para la categoría de establecimientos comerciales singulares.¹⁶

En cuanto al régimen de intervención administrativa, a partir de ahora, el parámetro de superficie de venta marcará el sistema de control al que deberán someterse las superficies comerciales¹⁷. Ninguno de los regímenes de intervención se vincula a planes sectoriales de equipamientos comerciales.

Como ya se ha avanzado, queda derogado el PTSEC que tenía por objeto evaluar el gasto comercializable y establecer los déficits y superávits de los equipamientos comerciales de cada ámbito territorial para adecuar la oferta con la demanda.

Algunas de las novedades que aporta el Decreto Ley con respecto a la anterior normativa de equipamientos comerciales podrían entrar en conflicto con el espíritu liberalizador de la Directiva de Servicios y la Ley Paraguas, que acaban de ser analizadas.

Ése sería el caso del criterio de localización de los establecimientos que exige la delimitación de nuevas áreas no previstas en la regulación y el planeamiento urbanístico vigente en las que expresamente se autoricen los usos comerciales por categorías.¹⁸

¹⁵ Por reglamento se concretarán las características que han de concurrir para poder considerar un municipio como asimilable a uno de más de 5.000 habitantes o a uno de más de 50.000 habitantes así como los supuestos excepcionales en los que pueden implantarse MEC, GEC o GETC fuera de la TUC.

¹⁶ Se consideran: “*pequeños establecimientos comerciales*”(PEC): aquellos establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta inferior a 800 m²; “*medianos establecimientos comerciales*”(MEC): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 800 e inferior a 1.300 m²; “*grandes establecimientos comerciales*”(GEC): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 1.300 e inferior a 2.500 m² y por último, *grandes establecimientos comerciales territoriales*”(GECT): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 2.500 m². Los establecimientos comerciales singulares (ECS) comprenden los establecimientos de venta al por mayor, automoción y carburantes, embarcaciones y otros vehículos, maquinaria, materiales para la construcción y artículos de saneamiento y centros de jardinería y viveros que a su vez pueden ser PEC, MEC, GEC o GECT.

¹⁷ Así, estarán sometidos al régimen de licencia comercial que debe otorgar la *Direcció General de Comerç*, los establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta superior a 2.500 m² (GECT). También se crean dos nuevas figuras de intervención administrativa: el régimen de comunicación con declaración responsable para grandes establecimientos comerciales (GEC) y el régimen de comunicación para todos los establecimientos que tengan más de 400 m² de superficie de venta. Ambas comunicaciones deberán tramitarse ante el correspondiente Ayuntamiento.

¹⁸ A estos efectos conviene recordar que la Ley Paraguas califica como requisito de aplicación excepcional y sujeto a evaluación previa las restricciones cuantitativas o territoriales y configura los límites fijados en función de la población como ejemplo a título enunciativo. Por tanto, la introducción de este criterio de localización debería haber sido objeto de informe de evaluación recíproca y ulterior notificación a la Comisión Europea.

4. AUSENCIA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS O TRANSPOSICIÓN DEFECTUOSA: INVOCABILIDAD Y EFECTO DIRECTO VERTICAL

4.1. Posibles escenarios planteados: ausencia de transposición de la Directiva de Servicios, o transposición defectuosa por parte de las Comunidades Autónomas

Tras la finalización del plazo de transposición de la Directiva de Servicios (el 28 de diciembre de 2009), los operadores pueden encontrarse con dos posibles escenarios que deben ser analizados.

El primero consiste en la ausencia de aprobación, por parte de la correspondiente Comunidad Autónoma, de la normativa de transposición de la Directiva de Servicios (o bien que ésta todavía no hubiera entrado en vigor). En este caso, la normativa comercial previa a la Directiva de Servicios mantendría su vigencia más allá del plazo de transposición. Es preciso tener en cuenta que, con carácter general, esta normativa contiene elementos manifiestamente contrarios a la Directiva, como sería la imposición de requisitos fundamentados en criterios de orden económico. Esta contravención, global o parcial, de la Directiva de Servicios se hace evidente por cuanto las Comunidades Autónomas están modificando su normativa comercial para su adaptación a la norma comunitaria.

En el segundo escenario planteado, sí encontraríamos una normativa autonómica de transposición de la Directiva aprobada y en vigor, pero ésta introduciría restricciones a la libre implantación de establecimientos comerciales contrarias a la Directiva de Servicios, como sería la exigencia de una licencia comercial sobre la base de condiciones que no constituyeran razones imperiosas de interés general.

En ambos supuestos se generaría una misma problemática: vigencia y aplicabilidad de una normativa autonómica contraria a la Directiva de Servicios.

La aplicación de dicha normativa por parte de la Administración competente podría conllevar, en algún caso, la inviabilidad de implantar un establecimiento comercial.

¿Sería acorde a Derecho la denegación de una preceptiva licencia comercial por aplicación de unos criterios contrarios a la Directiva de Servicios?

La resolución de esta concreta confrontación entre la normativa autonómica vigente y la Directiva de Servicios, una vez finalizado el plazo de transposición, deberá analizarse a la luz de los principios de primacía y de efecto directo del Derecho comunitario, y su aplicabilidad al presente caso.

4.2. Efecto directo vertical de la Directiva de Servicios: invocabilidad del derecho a la libertad de establecimiento sin obstáculos que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general

La problemática planteada puede conllevar que la normativa autonómica vigente desvirtúe el efecto útil de la Directiva de Servicios que, a los efectos analizados, no es otra que el

reconocimiento de la libertad de establecimiento¹⁹ sin obstáculos que no se encuentren amparados por una razón imperiosa de interés general.²⁰

El conflicto entre una disposición de Derecho comunitario y una de ordenamiento nacional interno de un Estado miembro debe solucionarse a la luz de los principios de primacía²¹ y de efecto directo²² del Derecho comunitario.

El principio de primacía supone que las normas de Derecho comunitario prevalecen sobre las normas nacionales que las contradigan. El principio de efecto directo consiste en que las disposiciones de Derecho comunitario que reconozcan derechos o impongan obligaciones puedan ser ejercitables y exigibles. Para ello, esas normas de Derecho comunitario deberán reunir determinados requisitos identificados por la jurisprudencia del TJCE.

La conjunción de ambos principios se materializa en la inaplicabilidad de las normas nacionales de los Estados miembros que entren en conflicto con ellas. Por consiguiente, si la Directiva de Servicios tuviera efecto directo por reunir los requisitos señalados por la jurisprudencia del TJCE, la normativa autonómica vigente en materia de equipamientos comerciales que la contraviniera sería inaplicable²³. Ello sucedería también en los supuestos de que esa normativa tuviera rango legal.

Este efecto directo de las Directivas comunitarias ha sido reconocido por la jurisprudencia consolidada del TJCE²⁴. Efectivamente, si los particulares a quienes una Directiva

¹⁹ Artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea.

²⁰ Artículos 9, 10 y 14 de la Directiva de Servicios.

²¹ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964 (C-6/1964) *Costa c. Enel*. En esta Sentencia el TJCE disponía lo siguiente: “*el Tratado CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y que se impone a sus órganos jurisdiccionales*”.

²² Sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963 (C-26/1962) *Van Gend en Loos*. En ella se concluye que: “*la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico [...] cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos [...] que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias*”.

²³ Hay que recordar que, tal y como dispone el considerando 6 de la Directiva de Servicios, la aplicación del artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea no es suficiente para la supresión de los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento objeto de la Directiva. Por este motivo, se requerirá el efecto directo de la Directiva de Servicios y, para el caso que nos ocupa, de sus artículos 9, 10 y 14, para poder inaplicar la normativa autonómica vigente que establezca dichos obstáculos a la libertad de establecimiento.

²⁴ La Sentencia paradigmática sobre esta cuestión es la de 4 de diciembre de 1974 (C-41/1974) *Van Duyn*, en la que el TJCE disponía que: “*sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la directiva excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas; que, particularmente, en el caso en el que las autoridades comunitarias hayan, por directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se vería debilitado si los justificables no pudieran valerse en justicia de él y las jurisdicciones nacionales no pudieran tomarlo en*

comunitaria reconoce un derecho no pudieran invocarlo ante los poderes públicos y las jurisdicciones nacionales, mermaría el efecto útil de la Directiva y la seguridad jurídica de los interesados.²⁵

Ahora bien, el efecto directo de las Directivas es exclusivamente vertical, esto es, las Directivas únicamente puede invocarse y hacerse valer ante los poderes públicos (y no ante otros particulares).²⁶

El efecto directo de las Directivas comunitarias está sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos dispuestos en la jurisprudencia del TJCE.

El primer requisito consiste en la finalización del plazo de transposición de la Directiva sin que se haya llevado a cabo adecuadamente esta transposición²⁷ por parte el Estado miembro²⁸. En el presente caso, el plazo de transposición de la Directiva de Servicios finalizó el pasado 28 de diciembre de 2009.

El segundo requisito ha sido objeto de una cierta evolución jurisprudencial. En un primer momento, el TJCE lo formuló en el sentido de que la norma o el precepto de la Directiva que se invocara debía ser, por su propia naturaleza, clara, precisa, y no debía dejar margen de apreciación discrecional.²⁹

Como enseña la mejor doctrina³⁰, la jurisprudencia del TJCE fue abandonando la exigencia de claridad. De este modo, este requisito se fue concretando en la exigencia de que las

consideración en tanto que elemento de Derecho comunitario [...] dado que se trata de una obligación para los Estados miembros [...] la seguridad jurídica de los interesados exige que esta obligación pueda ser invocada por ellos”.

²⁵ El TJCE señala en su Sentencia de 6 d’octubre de 1970 (C-9/1970) *Franz Grad*: “el efecto útil [...] se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales”.

²⁶ Sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986 (C-152/1984) *Marshall*.

²⁷ Sentencia del TJCE de 5 de abril de 1979 (C-148/1978) *Ratti*.

²⁸ Hay que tener presente que la referencia al “Estado miembro” como responsable de la transposición adecuada de la Directiva debe ser entendido de manera amplia, esto es, a todas las instancias y autoridades competentes del Estado miembro, que tengan las facultades para transponer la Directiva. En el supuesto analizado, son las Comunidades autónomas las competentes para aprobar la normativa que debe transponer la Directiva de Servicios al ordenamiento interno en materia de equipamientos comerciales. Por tanto, la omisión de dicha transposición adecuada deberá analizarse en relación con cada Comunidad Autónoma.

²⁹ Sentencia del TJCE *Van Duyn* antes mencionada.

³⁰ RUIZ-JARABO COLOMER, D., “El Juez nacional como Juez Comunitario”, Cuadernos de Estudio Europeo, Civitas, 1993, pág. 137-138.

disposiciones de una Directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas.³¹

En consecuencia, la cuestión que deberá ser analizada es si los artículos 9, 10 y 14 de la Directiva de Servicios que concretan el derecho a la libertad de establecimiento son, desde un punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisos a la luz de la jurisprudencia del TJCE.

A nuestro juicio estos preceptos reúnen las condiciones de ser suficientemente precisos e incondicionales a los efectos del reconocimiento del derecho a la libertad de establecimiento sin obstáculos que no estén justificados en una razón imperiosa de interés general. Así se desprende de su lectura conjunta, y con el artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea.

Como ha sido expuesto anteriormente, los artículos 9 y 10 de la Directiva de Servicios disponen que el establecimiento de un régimen de autorización previa tendrá carácter excepcional y que, tanto este régimen de autorización, como los criterios que se valorarán para su concesión, deberán estar justificados en razones imperiosas de interés general.³²

A lo anterior se añade el artículo 14 de la Directiva de Servicios, en el que se prohíbe expresamente la exigencia de una serie de requisitos para el acceso al ejercicio de una actividad de servicios. Entre estos requisitos prohibidos, como hemos visto, destaca la aplicación de una prueba económica.

En definitiva, la Directiva de Servicios reconoce a los particulares el derecho a la libertad de establecimiento, el cual únicamente podrá supeditarse a un régimen de autorización previa cuando esté justificada en razones imperiosas de interés general. Además, y en particular, queda expresamente prohibida la sujeción de la mencionada autorización a requisitos que respondan a la denominada prueba económica.

Estas disposiciones (artículos 9, 10 y 14 de la Directiva de Servicios) son suficientemente precisas e incondicionales, de tal manera que los Estados miembros carecen de margen de

³¹ Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1982 (C-8/81) *Becker*.

³² A efectos interpretativos, el considerando 69 de la Directiva de Servicios dispone lo siguiente: “(69) *Con el fin de coordinar de forma coherente la modernización de las reglamentaciones nacionales con los requisitos del mercado interior, procede evaluar determinados requisitos nacionales no discriminatorios, que, por sus características, pueden restringir sensiblemente o, incluso, impedir el acceso a una actividad o su ejercicio acogiéndose a la libertad de establecimiento. Ese ejercicio de evaluación debe limitarse a la compatibilidad de aquellos requisitos con los criterios ya establecidos por el Tribunal de Justicia sobre la libertad de establecimiento. No debe afectar a la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia. Cuando dichos requisitos sean discriminatorios o no se justifiquen objetivamente por razones imperiosas de interés general, o cuando sean desproporcionados, deben suprimirse o modificarse. El resultado de esa evaluación diferirá conforme al carácter de la actividad y el interés público de que se trate. En especial, tales requisitos podrían justificarse plenamente cuando los motiven objetivos de política social.*”

apreciación para establecer una regulación que contradiga lo anterior. Hay que concluir, por tanto, que dichos preceptos de la Directiva de Servicios deberían tener efecto directo.³³

5. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA VIRTUALIDAD PRÁCTICA DEL EFECTO DIRECTO VERTICAL DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y SU POSIBLE SUPERACIÓN

5.1. Excesivo lapso de tiempo para hacer efectivo el derecho a la libertad de establecimiento

La conclusión anterior sobre el reconocimiento del efecto directo de la Directiva de Servicios puede tener escasa relevancia práctica. Ante la contravención de los artículos 9, 10 y 14 de la Directiva de Servicios por parte de la normativa autonómica vigente, la decisión del juez nacional reconociendo el efecto directo vertical de las mencionadas disposiciones comunitarias e inaplicando la normativa autonómica, podría llegar demasiado tarde. Esa decisión del juez nacional sería un consuelo insuficiente para el operador que proyectase la implantación de una gran superficie comercial. Veamos, a continuación, el porqué.

Para ilustrar esta problemática, partamos del supuesto hipotético de una normativa autonómica vigente en materia de equipamientos comerciales que contraviniera lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 14 de la Directiva de Servicios (por no haberse transpuesto la Directiva de Servicios, o ser la transposición inadecuada).

Pongamos además que un operador tiene un proyecto de implantación de una gran superficie comercial. Este proyecto sería acorde con un régimen de autorización justificado en razones imperiosas de interés general a tenor de la Directiva de Servicios, pero no se ajustaría a la mencionada normativa autonómica vigente (por ejemplo, porque ésta exigiese una prueba económica que no cumpliría).

Planteado el supuesto hipotético, puede concluirse que el proyecto no parece viable en la práctica.

La implantación de una gran superficie comercial requiere una fase preliminar en la que el operador (promotor) elabora su proyecto, lo que conlleva ciertos costes e inversiones, y debe conseguir la financiación necesaria para llevarlo a cabo.

Difícilmente un operador incurrirá en esas importantes inversiones, ni obtendrá la financiación necesaria para ello, si el marco normativo autonómico existente conduce

³³ En caso contrario, esto es, que estos preceptos de la Directiva de Servicios carecieran de efecto directo por no considerar el TJCE que cumplen con los requisitos de ser suficientemente precisas e incondicionales, los derechos en ella reconocidos no podrían invocarse directamente ante las autoridades nacionales. Ahora bien, resultaría de aplicación el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario, reconocido en la jurisprudencia del TJCE, en particular, la Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90) *Francovich*. Según este principio, los Estados miembros son responsables de la adecuada transposición de la Directiva, por lo que si su inadecuada transposición genera perjuicios a los particulares, éstos tendrán el derecho de ser reparados en los daños causados.

indefectiblemente a la denegación de la autorización para la implantación de la gran superficie por parte de la Administración competente.

No olvidemos que esta Administración competente se encuentra vinculada por el principio de legalidad, por lo que no parece plausible que decidiera inaplicar la normativa autonómica (incluso si llegase a considerar que la mencionada normativa contraviene la Directiva de Servicios). Así que nos encontraríamos ante un acto administrativo denegatorio de la autorización comercial.

Frente a este acto administrativo, el operador debería interponer un recurso contencioso-administrativo³⁴ (previos los recursos en vía administrativa que, en su caso, fueran preceptivos).

La tramitación de este recurso contencioso-administrativo tendrá una duración excesiva para hacer efectivos los derechos e intereses del operador³⁵. Será imposible obtener en un plazo breve una sentencia firme por la que se declare el efecto directo de la Directiva de Servicios, se inaplique la normativa autonómica y, en consecuencia, se anule el acto administrativo denegatorio de la autorización comercial.

No es económicamente realista que el operador y los financiadores mantengan sus posiciones en un proyecto sujeto a un plazo tan extenso, teniendo en cuenta las eventuales incidencias que pueden ocurrir.

En la práctica, ese prolongado lapso de tiempo desincentivaría (si no fulminaría) cualquier proyecto de implantar una gran superficie. Con ello, los operadores pueden ver desvirtuado *de facto* el efecto útil de los derechos reconocidos por la Directiva de Servicios relativos a la libertad de establecimiento.

5.2. Tesis sobre el modo de asegurar el efecto directo vertical de los derechos reconocidos por la Directiva de Servicios: las medidas cautelares

En el escenario hipotético que acaba de ser planteado, puede comprobarse como el legislador autonómico podría dejar vacíos de contenido los derechos reconocidos por la Directiva de

³⁴ Si la Administración competente es un ente local, debería interponerlo ante el correspondiente Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (artículo 8.1 de la Ley 29/1998). En cambio, si la Administración competente es la Comunidad Autónoma, el recurso debería interponerse ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (artículo 10.1 de la Ley 29/1998), salvo que se trate de un órgano de su Administración periférica (en cuyo caso conocería el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, a tenor del artículo 8.3 de la Ley 29/1998).

³⁵ En primera instancia el proceso no tendrá una duración inferior a un año (pudiendo ser muy superior). Si el recurso alcanza la segunda instancia o, en su caso, es objeto de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, los plazos para que sea dictada una sentencia firme pueden prolongarse de manera muy significativa.

A lo anterior hay que añadir la posibilidad de que un órgano jurisdiccional, de los que eventualmente conozca el asunto, eleve una cuestión prejudicial al TJCE en virtud del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, en caso de dudar de la interpretación y alcance de la Directiva de Servicios (en particular, de su eventual efecto directo y contravención con la normativa autonómica).

Servicios a través de una normativa frontalmente contraria a los artículos 9, 10 y 14 de la Directiva.

Desde la perspectiva del operador, este hecho supondría la negación de los derechos que le reconoce la Directiva de Servicios. Y ello, a pesar de que el principio de primacía del Derecho comunitario debería garantizar la eficacia de los referidos derechos que tienen efecto directo, prevaleciendo sobre la normativa autonómica contraria.

Se plantea entonces la cuestión de cómo pueden hacerse valer los derechos reconocidos por la Directiva de Servicios frente a una eventual normativa autonómica vigente contraria, sin que la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos se manifieste poco efectiva para garantizar la tutela judicial de los derechos de los operadores.

Con carácter preliminar, debe advertirse que la tesis que en adelante se expone no estaría exenta de dificultades y resultaría de difícil acogida en la práctica judicial.

La solución propuesta a la problemática planteada parte de la jurisprudencia sentada por el TJCE mediante sus Sentencias de 9 de marzo de 1978 (C-106/1977) *Simmmenthal*, y de 19 de junio de 1990 (C-213/1989) *Factortame*.

A la vista de esta jurisprudencia y de la mejor doctrina que la ha interpretado (centrándose ésta en particular en la Sentencia *Factortame*)³⁶, si partimos del supuesto hipotético expuesto en el apartado anterior puede sostenerse la siguiente hipótesis.

El juez de lo contencioso-administrativo, que conociera del recurso contra la denegación de la autorización comercial, podría adoptar una medida cautelar por la que acordara garantizar la eficacia del derecho a la libertad de establecimiento del operador en los términos de la norma comunitaria.

Para llegar a esta conclusión debemos empezar recordando lo dispuesto por la Sentencia *Simmmenthal*. En esta Sentencia, el TJCE señalaba que las normas de aplicabilidad directa del Derecho comunitario deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de validez. En coherencia con lo anterior, añadió que el principio de primacía del Derecho comunitario tiene como efecto la inaplicación de pleno derecho de cualquier disposición de la legislación nacional contraria a las normas de Derecho comunitario directamente aplicables.³⁷

Para hacer efectivo lo anterior, la Sentencia *Simmmenthal* reconoce al juez nacional la facultad de hacer todo lo necesario para remover las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias.³⁸

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La batalla de las medidas cautelares”, Civitas, 2006, pág. 97-126; y RUIZ-JARABO COLOMER, D., “El Juez nacional como Juez Comunitario”, Cuadernos de Estudio Europeo, Civitas, 1993, pág. 186-194.

³⁷ Apartados 14 y 17 de la Sentencia *Simmmenthal*.

³⁸ Apartados 22 y 23 de la Sentencia *Simmmenthal*.

Esta “*facultad de hacer todo lo necesario*” incluye la posibilidad de adoptar medidas cautelares que suspendan la normativa nacional contraria al Derecho comunitario, tal y como apuntará posteriormente la Sentencia *Factortame*.³⁹

Esta Sentencia reconocerá al juez nacional la potestad de otorgar todas las medidas cautelares precisas para evitar que pueda frustrarse la efectividad de la tutela del Derecho comunitario, incluyéndose la facultad de suspender con carácter inmediato las normas de Derecho nacional, incluidas las normas de rango legal.⁴⁰

En una aproximación a esta cuestión que se realizara exclusivamente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional y, en particular, de lo dispuesto por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la “**Ley 29/1998**”), resulta insólito que un juez nacional pueda suspender una norma de rango legal mediante una medida cautelar.

No obstante, de la lectura conjunta de las Sentencias *Simmenthal* y *Factortame*⁴¹, el juez nacional tiene la potestad de hacer valer las normas de Derecho comunitario sobre las disposiciones nacionales.

Asumiendo esta posibilidad, es preciso plantearse cuál sería su encaje con el sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998. En este sentido, hay que tener en consideración que el sistema español de medidas cautelares es insuficiente para dar respuesta al fenómeno planteado por la Sentencia *Factortame*⁴², por lo que la aplicación de los derechos reconocidos por la Directiva exige necesariamente que nuestro sistema de medidas cautelares de la jurisdicción contencioso-administrativo se adapte a la referida jurisprudencia comunitaria.

En efecto, el juez de lo contencioso-administrativo se encontraría obligado a dar una protección judicial efectiva a los derechos reconocidos por la Directiva de Servicios a través de medidas cautelares, superando incluso la tutela ofrecida por la Ley 29/1998 a los derechos

³⁹ Sentencia *Factortame*: “21 *Procede añadir que la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma.*”

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La batalla de las medidas cautelares*”, Civitas, 2006, pág. 119.

⁴¹ Y de manera especial las conclusiones del Abogado General Tesauro en relación con el asunto *Factortame*.

⁴² Sin embargo, es preciso tener en cuenta el objeto de la Sentencia *Factortame* era, precisamente, la conformidad con el Derecho comunitario de una disposición del ordenamiento jurídico del Reino Unido que impedía la adopción de medidas provisionales al juez nacional. La Sentencia *Factortame* declara inaplicable esa norma que configuraba el régimen de medidas cautelares en aquel ordenamiento jurídico, concluyendo que el juez nacional tiene la facultad de adoptar tales medidas cautelares.

reconocidos por el ordenamiento nacional⁴³. Asimismo, los criterios a valorar para el otorgamiento de la medida cautelar de suspensión de la normativa autonómica contraria a la Directiva de Servicios no deberían limitarse a lo establecidos en el artículo 130 de la Ley 29/1998, esto es, la pérdida de finalidad legítima del recurso (“*periculum in mora*”) y a la inexistencia de perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que deben ser objeto de ponderación.

Llegados a este punto, debería valorarse también la apariencia de buen derecho de la pretensión (“*fumus boni iuris*”) en cuanto a que la Directiva de Servicios reconociese los derechos alegados, si éstos tendrían efecto directo, y si la normativa autonómica que impide hacer efectivo el derecho a la libertad de establecimiento fuese contraria a aquéllos. Pero no debemos olvidar que la Ley 29/1998 no contempla como criterio principal para la adopción de la medida el principio del “*fumus boni iuris*”.⁴⁴

A todo ello debemos sumar el hecho de que el “*periculum in mora*” sigue constituyendo el presupuesto indispensable del otorgamiento de la medida cautelar en nuestro ordenamiento.

En conclusión, la jurisprudencia comunitaria apuntada permite sostener la facultad del Juez nacional de hacer prevalecer los derechos de libertad de establecimiento reconocidos en la Directiva de Servicios sobre el ordenamiento jurídico interno. Ello no obsta para que su aplicación práctica, mediante el ejercicio de la tutela cautelar, sea una cuestión controvertida.

6. CONCLUSIONES

La Directiva de Servicios y el Proyecto de Reforma del Comercio Minorista establecen el principio general de supresión de la exigencia de autorización previa para la prestación de un servicio. No obstante, permite la sujeción a regímenes de autorización únicamente cuando se justifiquen en razones imperiosas de interés general. Los criterios de valoración que deben regir las decisiones sobre la concesión de estas autorizaciones responderán, asimismo, a esas mismas razones. Además, las razones imperiosas de interés general nunca podrán referirse a criterios de orden económico.

Cumplido, el pasado 28 de diciembre de 2009, el plazo de transposición de la Directiva de Servicios, algunas Comunidades Autónomas no han adaptado su normativa comercial a la Directiva de Servicios. Y otras Comunidades, habiendo aprobado estas normas de

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La batalla de las medidas cautelares*”, Civitas, 2006, pág. 124.

⁴⁴ Si bien la aplicación del criterio del *fumus boni iuris* al proceso contencioso-administrativo no es unánime, sigue siendo admitida por parte de la doctrina y por la jurisprudencia. La configuración de esta doctrina parte de la necesidad de “evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para disfrutar de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle”. A título ilustrativo, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004 -RJ 2685- y de 14 de octubre de 2008 -RJ 5727- y Auto del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 -JUR 194769-.

transposición en el plazo, han introducido criterios que pueden no resultar acordes con el espíritu liberalizador de la Directiva.

Ante este doble escenario, a nuestro juicio, resulta invocable de forma directa los derechos reconocidos por la Directiva de Servicios. Ahora bien, el excesivo lapso de tiempo que requiere la revisión judicial de los posibles actos contrarios a la norma comunitaria cuestiona su eficacia en la práctica. A los efectos de soslayar este obstáculo, se plantea una tesis sobre el modo de asegurar el efecto directo de la libertad de establecimiento a través de la adopción de medidas cautelares judiciales, cuya puesta en práctica se anticipa compleja.