

EL NUEVO URBANISMO COMERCIAL TRAZADO POR LA UNIÓN EUROPEA

NOEMI BLÁZQUEZ ALONSO

Abogada*

El nuevo urbanismo comercial trazado por la Unión Europea

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone un hito fundamental para valorar la compatibilidad de las normativas nacionales de ordenación de establecimientos comerciales con el Derecho de la Unión Europea. Al contrastarla con las vigentes normativas se plantean dudas de hasta qué punto se ha completado de manera óptima la preceptiva expulsión de los criterios económicos prohibidos por la Directiva de Servicios, o bien, si a través de fórmulas más sofisticadas estos criterios económicos siguen presentes.

The EU's take on Spanish Commercial Town planning rules

The judgment of the European Court of Justice is an important landmark in the process of determining the extent to which Spanish national and regional planning regulations applicable to commercial establishments are compatible with EU law. An analysis of the current regulations in light of the judgment raises doubts as to what extent the elimination of the economic tests sought by the Services Directive has been achieved, and whether existing requirements have simply been replaced by more sophisticated mechanisms that create the same barriers.

1 - PRIMER PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA REGULACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES A LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS

El pasado 24 de marzo el Tribunal de Luxemburgo se pronunció por vez primera sobre la compatibilidad de la normativa comercial española con el Derecho de la Unión Europea¹.

Esta primera jurisprudencia trae causa del recurso presentado por la Comisión Europea que cuestionaba la compatibilidad de la normativa reguladora del establecimiento de grandes superficies comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña con el anterior artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea², que regu-

labla la libertad de establecimiento. La sentencia ha declarado que determinadas limitaciones de la anterior normativa catalana, que tenían la finalidad de proteger al pequeño comercio, y que siguen presentes en la vigente, deben ser expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico.

El interés que suscita este primer pronunciamiento judicial va más allá de las normas aplicables en el territorio catalán. Son muchas las Comunidades Autónomas que bajo el lema de la protección del medio ambiente y la defensa de un modelo de ciudad compacta y cohesionada, en realidad han defendido una estructura de mercado protectora con el entramado empresarial formado por el pequeño comercio.

Como no podría ser de otro modo, la sentencia no tiene en consideración la Directiva de Servicios³ ni los numerosos y sustanciales cambios operados en las correspondientes normativas del Estado español en materia de equipamientos comerciales debido a su transposición. Pero ello no impide que la actual normativa pueda ahora ser cuestionada por las manifestaciones contenidas en este primer pronunciamiento judicial y, en puridad, ser objeto de un nuevo proceso de revisión teniendo en cuenta las pautas recogidas en el fallo y de cuyo análisis nos ocupamos a continuación.

* Del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Barcelona).

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (C-400/08), *Comisión contra España*.

² Actual artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que define la libertad de establecimiento en idénticos términos que las del artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales».

³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

2 · CONSIDERACIONES PREVIAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL PROCESO DE CAMBIO NORMATIVO EN MATERIA DE EQUIPAMIENTOS COMERCIALES

Como cuestión previa a entrar a analizar el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es preciso hacer una breve referencia a la normativa enjuiciada por la sentencia y a la actual normativa vigente en materia de equipamientos comerciales.

En primer lugar, hay que tener presente que la anterior normativa, estatal y autonómica, en materia de equipamientos comerciales condicionaba las nuevas implantaciones a criterios de orden económico, como la existencia de un equipamiento comercial suficiente para atender a la demanda existente o la protección del pequeño comercio de proximidad. Para ilustrar el alcance de estos criterios económicos, podemos referirnos a la normativa catalana objeto de la sentencia. Dicha normativa establecía unos límites al dimensionamiento comercial, según los cuales existía un límite de superficie comercial máxima en función de la población existente en una determinada zona. De esta manera, la normativa comercial vetaba la implantación de nuevos operadores que hicieran aumentar la oferta comercial cuando esta se consideraba ya «saturada».

Estos criterios de orden económico ya habían sido cuestionados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversos pronunciamientos relativos a la libertad de establecimiento, aunque nunca relativos a establecimientos comerciales. Tanto es así que la Comisión Europea, a la vista de la normativa catalana sobre ordenación de equipamientos comerciales, decidió interponer un recurso por incumplimiento contra el Reino de España, entre otros motivos, por sujetar las nuevas implantaciones a dichos criterios económicos.

Paralelamente al desarrollo del correspondiente proceso judicial, fue aprobada la Directiva de Servicios en desarrollo del artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea, que reconoce la libertad de establecimiento. La norma comunitaria positiviza la prohibición de condicionar el ejercicio de la libertad de establecimiento al cumplimiento de los mencionados criterios económicos. La Directiva de Servicios únicamente permite restringir la libertad de establecimiento sobre la base de las denominadas «razones imperiosas de interés general».

En consecuencia, los legisladores estatal y autonómicos se han visto obligados a expulsar los citados criterios económicos de sus respectivas regulaciones, por lo que han llevado a cabo un proceso de profundos cambios normativos. Es por ello por lo que la transposición de la Directiva de Servicios ha supuesto un cambio, cuando menos formal, de paradigma jurídico en las regulaciones en materia de equipamientos comerciales.

En este escenario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la sentencia sobre la anterior normativa catalana, ya derogada. En principio, este hecho nos podría hacer pensar que la sentencia llega tarde, por cuanto enjuicia una normativa que ha quedado derogada y superada por la transposición de la Directiva de Servicios.

No obstante, como veremos a continuación, esta reflexión no se ajusta con la realidad, por cuanto algunos de los reproches de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son plenamente aplicables a estas nuevas normativas.

3 · LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y SU MODULACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras recordar el marco jurídico nacional y autonómico catalán objeto de la sentencia y actualmente superado por las vigentes normas de transposición de la Directiva de Servicios, se apoya en sus numerosos pronunciamientos sobre las restricciones impuestas por las legislaciones nacionales a la libertad de establecimiento para dictar su fallo⁴.

Con carácter general, el Tribunal ha exigido en su jurisprudencia que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, deben reunir los siguientes requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria,

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2002 (C-439/99), *Comisión contra Italia*. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94), *Gebbard*. Y, más recientemente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2009 (C-169/07), *Hartlauer*, y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de mayo de 2009 *Apothekerkammer des Saarlandes y otros* (Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07).

que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo⁵.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que las medidas impugnadas en materia de equipamientos comerciales no son discriminatorias, puesto que son aplicables tanto a los operadores nacionales como a los del resto de la Unión Europea, y están justificadas en razones imperiosas de interés general, tales como la ordenación del territorio, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores.

Por consiguiente, el enjuiciamiento de la validez de esas medidas restrictivas de libertades comunitarias solo deberá efectuarse a la luz del principio de proporcionalidad, esto es, deberá comprobarse que son adecuadas, necesarias y equilibradas. Se trata, por tanto, de someter a examen las restricciones normativas, cuyo ejercicio se ha dado a conocer con el nombre de «triple test». En otras palabras, el Tribunal exige que la normativa controvertida supere un juicio de idoneidad, un juicio de necesidad y un juicio de proporción en sentido estricto.

Es suficiente con que la disposición recurrida no cumpla con una sola de las anteriores pautas para que pueda determinarse una vulneración de los principios propios del Derecho de la Unión Europea y deba, en lógica consecuencia, ser expulsada del ordenamiento del Estado miembro. Habida cuenta de la importancia del cumplimiento de estos estándares, conviene detenerse brevemente en cada uno de los tres parámetros de control de la proporcionalidad utilizados tradicionalmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En primer lugar, se debe aplicar un juicio de idoneidad. La normativa debe ser apropiada y necesaria para lograr el fin legítimo perseguido y merecedor de una especial protección. De esta forma, la medida restrictiva solo es adecuada si permite alcanzar el objetivo, lo que necesariamente exige realizar una labor intelectual sobre la utilidad prác-

tica entre la limitación impuesta y el resultado buscado. Debe haber una coherencia entre la restricción a la libertad de establecimiento y la satisfacción de la razón imperiosa de interés general que se pretende salvaguardar. Este primer condicionante no requiere que la medida escogida sea la más idónea; simplemente se trata de una técnica de descarte: se considerarían inadecuadas todas aquellas medidas que no salvaguarden satisfactoriamente el fin protegido.

El juicio de necesidad se configura como un complemento necesario del principio de proporcionalidad. A través de su aplicación, el juzgador debe comparar los distintos medios disponibles por los poderes públicos para alcanzar el objetivo y seleccionar únicamente aquel que es razonablemente necesario para satisfacer el interés general. El juicio de necesidad escoge de entre todas las medidas adecuadas para conseguir el objetivo perseguido, aquella menos limitativa de la libertad de establecimiento. Una determinada limitación resultará innecesaria cuando existen otras medidas alternativas que sean igualmente adecuadas para lograr el fin perseguido, pero menos lesivas para la libertad comunitaria.

Desde una perspectiva procesal, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige a los Estados miembros autores y defensores de la medida restrictiva a la libertad de establecimiento que acredite la superación de los juicios de idoneidad y necesidad. Las autoridades nacionales competentes, que invocan una exigencia imperativa para justificar el obstáculo a la libertad de establecimiento, deben demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido. Ahora bien, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones⁶.

Finalmente, más allá de la superación de los juicios de idoneidad y necesidad, el principio de proporcionalidad exige que la medida restrictiva sea equilibrada. Este juicio de proporcionalidad en sentido estricto exige realizar una ponderación homogénea

⁵ En concreto, el apartado 73 de la sentencia reza lo siguiente: «Según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo».

⁶ En sentido análogo, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de octubre de 1997 (C-157/94), *Comisión contra Países Bajos* y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de febrero de 2009 (C-110/05), *Comisión contra Italia*.

de los valores en conflicto, de tal manera que la restricción de la libertad comunitaria de establecimiento sea menor al beneficio que supone para el objetivo perseguido, esto es, la salvaguarda de otros bienes dignos de protección jurídica.

En el caso que nos ocupa, estos bienes jurídicamente protegidos se corresponderán con las denominadas razones imperiosas de interés general, tales como la protección del medio ambiente o la ordenación del territorio. Es preciso tener en cuenta que estas razones imperiosas de interés general no están expresamente mencionadas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión 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 (esta sí reconocida en el Tratado) y los intereses públicos de índole territorial, urbanística o ambiental, el derecho de libre establecimiento debería gozar de cierta prioridad. De ahí que esas razones imperiosas de interés general deberán existir y tener un fundamento objetivo relativo al caso concreto, siendo proporcionado a la entidad o trascendencia objetiva de la injerencia en la libertad afectada.

Llegados a este punto, cobra una especial relevancia el calificativo «imperioso» utilizado en la definición de interés general como objetivo perseguido a través de la limitación de la libertad comunitaria de establecimiento. El carácter «imperioso» de ese interés, sumado a la aplicación del principio de proporcionalidad, en sus tres dimensiones, debería enduccionar el rigor a la hora de introducir limitaciones a la libre implantación de los establecimientos comerciales.

4 · LAS PREVISIONES CONTRARIAS A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO SEGÚN LA SENTENCIA DEL TJUE

Siguiendo las pautas fijadas por la jurisprudencia comunitaria, la sentencia desgrana todos aquellos artículos de la anterior normativa catalana recurridos por la Comisión que, *prima facie*, ponen en peligro el derecho a la libertad de establecimiento.

Así, las previsiones normativas, analizadas en el fallo, se reagrupan en los siguientes bloques conceptuales:

(a) Las limitaciones relativas al emplazamiento y al tamaño de las grandes superficies.

(b) La exigencia de una licencia comercial y requisitos para su obtención.

(c) Aspectos procedimentales e impositivos, tales como los informes preceptivos que deben ser recabados durante el procedimiento de solicitud de licencia, los criterios para su otorgamiento, el régimen de silencio negativo, las tasas por la tramitación de la licencia y la duración del procedimiento de concesión de la licencia.

Sin perjuicio de entrar a analizar cada uno de los puntos, conviene adelantar que el primero de ellos es, sin duda, el que más problemas plantea en la práctica, puesto que, según la articulación de esas limitaciones territoriales, el legislador autonómico puede vedar, como veremos, la implantación de grandes superficies.

4.1 · Los criterios de localización de los establecimientos comerciales

Las previsiones normativas que restringen los emplazamientos en que resulta posible implantar nuevos establecimientos e imponen límites a la superficie de venta que puede autorizarse suponen, sin lugar a equívoco, una restricción a la libertad de establecimiento.

El Tribunal comparte la alegación presentada por el Estado español que justifica la implantación de esta medida en una razón imperiosa de interés general. En concreto, el fallo acepta que el criterio limitativo de localización, consistente en limitar la ubicación de los grandes establecimientos comerciales a los centros de población urbanos, resulta un medio adecuado para proteger el medio ambiente. El Estado español proclama, en su defensa, que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales evita los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarresta el deterioro de las zonas urbanas, preserva un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evita la construcción de nuevas carreteras y garantiza el acceso a los establecimientos mediante transporte público. El ejercicio a realizar por el Tribunal estriba en determinar si esta medida de limitación supera el juicio de proporcionalidad.

Por lo que se refiere al juicio de idoneidad, el Tribunal juzga adecuadas estas medidas para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente.

Pero es a través del juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto por lo que el Tribunal llega a la conclusión de que las restricciones controvertidas no están justificadas. Conviene, a este respecto, acudir a las conclusiones presentadas por la Abogada General —compartidas por el Tribunal—, quien, a mi juicio, con mayor elocuencia, dictamina la desproporcionalidad de las medidas controvertidas⁷:

«Sin embargo, es evidente que las limitaciones concretas impuestas por las medidas impugnadas son rigurosas y tienen una repercusión significativa en las oportunidades de implantar nuevos establecimientos comerciales grandes, en particular hipermercados, en Cataluña. No es suficiente que España demuestre qué limitaciones de esta naturaleza son apropiadas para garantizar la consecución de objetivos de protección del medio ambiente. Debe asimismo demostrar que las restricciones efectivamente impuestas no van más allá de lo necesario; por ejemplo, esbozando medidas alternativas (menos restrictivas) y explicando por qué no alcanzarían satisfactoriamente el objetivo. No encuentro prueba ni argumento alguno en ese sentido (que no sean meras afirmaciones) en los escritos del Gobierno español y dicho Gobierno tampoco ha presentado tales pruebas o argumentos en la vista. (...)

Como quiera que la existencia de la restricción ha quedado probada y que, con arreglo a la jurisprudencia, corresponde al Estado miembro que invoca una excepción demostrar que una restricción de una libertad reconocida en el Tratado no sólo es apropiada, sino también proporcionada para alcanzar un objetivo legítimo, debo concluir que la pretensión de la Comisión en orden a obtener la declaración que solicita es, en este aspecto concreto, fundada».

Esta afirmación viene a poner de manifiesto la falta de aportación por parte del Estado español de pruebas que acreditasen la necesidad de los medios elegidos para alcanzar el fin perseguido, al no existir otras medidas menos gravosas, y la justa correspondencia entre los beneficios y perjuicios para todos los intereses en juego.

En consecuencia, el Tribunal acoge las consideraciones realizadas por la Abogada General y conclu-

ye que la significativa repercusión de las limitaciones, consideradas en su conjunto, afectan de forma relevante las posibilidades de implantar grandes establecimientos comerciales en Cataluña. Por consiguiente, debe concluirse que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de las superficies comerciales no están justificadas.

4.2 · La exigencia de un control previo y los requisitos necesarios a la implantación de los establecimientos

La segunda imputación realizada por la Comisión se refiere al régimen de licencia comercial previa para la apertura de las grandes superficies comerciales y a las condiciones para su obtención.

Esta imputación trae causa de la obligación contenida en la anterior normativa relativa a la necesidad de la previa obtención de una licencia comercial para la implantación de grandes superficies. El otorgamiento de esta autorización venía precedido de un procedimiento complejo y gravoso por cuanto requería el análisis de la oferta y demanda comercial existentes (criterios económicos) y la intervención de numerosos organismos, tales como el Tribunal de Defensa de la Competencia y otros órganos consultivos, como la Comisión de Equipamientos Comerciales en el caso catalán.

4.2.1 · Necesidad de autorización previa

En esta ocasión, el Tribunal considera que la exigencia de una autorización comercial obedece a la existencia de razones imperiosas de interés general que se pretenden proteger y analiza en qué medida esa autorización es un medio idóneo para tutelarlas. El fallo admite que la instauración de medidas preventivas y, por consiguiente, previas debe considerarse adecuada para garantizar la realización del objetivo de protección del medio ambiente y la ordenación de territorio. El juicio de necesidad queda también superado por cuanto el Tribunal entiende que la adopción de medidas posteriores resulta una alternativa menos eficaz y más costosa que el sistema de autorización previa. Por último, el régimen de licencia comercial aprueba el test de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Tribunal indica que no queda probado por la Comisión de qué manera la exigencia de obtener una licencia con carácter previo «va más allá», por sí misma, de lo necesario para lograr el fin perseguido.

⁷ Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 7 de octubre de 2010 (C-400/08), *Comisión contra España*.

4.2.2 · Supeditación de la autorización a criterios económicos

No corren igual suerte las previsiones normativas relativas a (i) la necesidad de tomar en consideración la estructura comercial preexistente y los efectos sobre ella y (ii) la obtención de un informe, vinculante en caso de resultar desfavorable, sobre el grado de implantación del operador comercial que pretende implantar la gran superficie comercial. El Tribunal atribuye un carácter meramente económico a las razones que justifican la exigencia de estos requisitos y, por ende, no encuadrables en el concepto de razones imperiosas de interés general. Esta consideración *per se* es suficiente para declarar la invalidez de estas disposiciones, lo que hace innecesario un análisis sobre si cumplen con el juicio de proporcionalidad.

4.2.3 · Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia

Por lo que se refiere a la preceptiva consulta al Tribunal de Defensa de la Competencia⁸ o al Servicio de Competencia en la Distribución Comercial, prevista en las normativas estatal y catalana, sorprendentemente el Tribunal europeo entiende que está motivada por objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores. El fallo se remite a lo dispuesto en las conclusiones de la Abogada General, que dispone que la exigencia de un informe no vinculante no es una medida particularmente restrictiva, sino que, por emanar de un órgano que trata cuestiones de competencia y por establecer un sistema de control previo y no *a posteriori*, es probable que resulte apropiado y proporcionado a las exigencias de la protección de los consumidores.

4.2.4 · Informe de órganos consultivos: Comisión de Equipamientos Comerciales

En cuanto a la posible invalidez de la intervención de la Comisión de Equipamientos Comerciales en el procedimiento de otorgamiento de la licencia

comercial, el Tribunal arguye que el interés general que justifica esta medida difícilmente se encuentra tutelado cuando esta Comisión está formada por competidores potenciales del operador comercial que desea implantar una gran superficie. Ciertamente, la composición de la Comisión, tal y como estaba prevista en la anterior regulación catalana, difícilmente permitiría defender los intereses relativos a la protección del medio ambiente y de ordenación del territorio; la finalidad protegida parece encontrarse más bien en una protección del comercio local existente. Ello conduce a que el Tribunal entienda que, si bien la intervención de la Comisión de Equipamientos Comerciales puede estar justificada, no lo está el hecho de que esta Comisión esté formada por posibles competidores del solicitante de la licencia.

Por último, en cuanto a la imprecisión de los criterios de valoración para el otorgamiento de la licencia comercial denunciada por la Comisión, el Tribunal considera que esa vaguedad no los hace inapropiados ni desproporcionados para la consecución de los intereses generales perseguidos y coincide con la Abogada General al entender que la inclusión de límites más precisos conllevaría la introducción de una mayor rigidez y, en consecuencia, una mayor restricción a la libertad de establecimiento.

4.3 · Aspectos procedimentales e impositivos

La tercera imputación de la Comisión hace referencia a dos cuestiones concernientes al régimen del silencio negativo y a las tasas exigibles para la tramitación de la licencia.

Por lo que respecta al régimen del silencio, el Tribunal se separa de lo considerado por la Abogada General. Esta última considera que el establecimiento de un régimen administrativo positivo sería igualmente efectivo pero menos restrictivo que el régimen que operaba en la anterior regulación catalana. Esta afirmación nos lleva a la reflexión sobre si la implantación de este régimen sería contraria al juicio de necesidad, que recordemos compara los distintos medios que se pueden utilizar para alcanzar un mismo fin y escoge el menos lesivo para la libertad de establecimiento. En el fallo, no obstante, la concurrencia de un medio menos restrictivo no es óbice suficiente para considerar la medida contraria a los principios comunitarios y remarca que el sentido negativo garantiza la seguridad jurídica, puesto que, ante una inactividad de la Admi-

⁸ Actualmente, la Comisión Nacional de Competencia ha venido a sustituir al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia. Ambos órganos extinguidos por la disposición adicional sexta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

nistración, la producción de resolución implícita de desestimación permite al solicitante acudir a los tribunales.

Por lo que a la exacción de tasas se refiere, el Tribunal considera que su fijación en función de los metros cuadrados de la superficie de venta proyectada no se desvía significativamente de los costes reales en cada caso concreto y permite prever el coste del procedimiento con absoluta transparencia, sin que el importe, a juicio del Tribunal, tenga un efecto disuasorio para los operadores.

5 · ANÁLISIS CRÍTICO

5.1 · Planteamiento

Tal y como se ha anunciado, la irrupción de la Directiva de Servicios ha supuesto una alteración esencial del régimen jurídico de los equipamientos comerciales en España.

Sin embargo, las modificaciones introducidas en el nuevo bloque normativo pueden no resultar suficientes a la vista de este primer pronunciamiento judicial venido de la Unión Europea. En efecto, por lógica, el anterior análisis de la normativa estatal y catalana contenido en el fallo, debe también dar respuesta a algunos interrogantes sobre el perfecto encaje de la normativa en materia de equipamientos comerciales con el Derecho de la Unión Europea e incluso, con la Directiva de Servicios.

Sería ingenuo pretender que puesto que la normativa cuestionada por el Tribunal ya ha sido modificada para transponer la Directiva de Servicios, cuya finalidad es ciertamente garantizar la libertad de establecimiento, la vigente normativa habría superado la problemática ahora planteada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5.2 · Criterios de localización: su permanencia en las normativas vigentes

Si bien es cierto que la norma vigente ha suprimido la mayoría de los incumplimientos identificados en la sentencia, es más que cuestionable que todas las restricciones denunciadas hayan sido superadas. Las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos no solo siguen presentes en el ordenamiento catalán, sino que han sido replicadas, bajo fórmulas más sofisticadas, en la mayoría de las normas autonómicas.

Todas estas limitaciones pueden traducirse en una prohibición *de facto* de implantar grandes superficies fuera de la trama urbana consolidada.

En palabras del Tribunal, la validez de estas restricciones está condicionada al cumplimiento del principio de proporcionalidad, lo que significa que deben ser apropiadas para alcanzar el objetivo perseguido, que se justifique por el legislador la inexistencia de otras medidas igual de eficientes pero menos gravosas para la libertad de establecimiento y sean equilibradas una vez comparado el rango de los bienes y principios jurídicamente protegidos que están en conflicto.

Es preciso recordar que la normativa controvertida fundamentaba estas trabas en la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. En concreto, el legislador catalán pretendía reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y el consumo de combustibles fósiles que generan los desplazamientos en vehículo privado a los centros comerciales periféricos, así como preservar un modelo de ciudad compacta.

El Tribunal admite que los criterios de ubicación previstos en la anterior norma catalana son adecuados para alcanzar los anteriores fines, pero, como se ha visto, acaba concluyendo que las restricciones son contrarias al principio de proporcionalidad. La repercusión de las limitaciones se considera altamente significativa, por cuanto imposibilitaba la apertura de grandes establecimientos, y la justificación de la necesidad de estas medidas era claramente insuficiente.

Pues bien, estos criterios de localización se han mantenido en muchas de las vigentes normativas autonómicas. En algunos casos, como en Cataluña, se mantienen planteamientos categóricos como la prohibición de implantar fuera de las tramas urbanas consolidadas. En otros supuestos, estos criterios de localización se vehiculan a través de complejos planes de ordenación territorial.

En cuanto a los supuestos de prohibiciones categóricas de implantación fuera de los núcleos urbanos, los legisladores coinciden en justificar estas medidas restrictivas en la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente. Entonces, ¿qué es lo que ha cambiado? Sin perjuicio de que será necesario un análisis pormenorizado de cada caso para valorar si el correspondiente criterio de localización cumple con el principio de proporcionalidad, puede ya adelantarse que todos estos criterios de localización estarán bajo sospecha de estar vulnerando

la libertad de establecimiento, sobre todo porque ello supone la mencionada prohibición *de facto* de nuevas implantaciones de grandes superficies.

Por otro lado, en aquellos casos en que los criterios de localización se articulen a través de planes territoriales que delimiten determinados emplazamientos con «suelo comercial» nos encontramos con una problemática distinta. En primer lugar, será más complejo determinar si conllevan una vulneración del principio de proporcionalidad al no implicar una prohibición *de facto* de nuevas implantaciones. Ahora bien, estos planes territoriales sí estarán introduciendo una suerte de dimensionamiento máximo de suelo comercial. ¿Este dimensionamiento responde realmente a criterios de ordenación territorial o sigue respondiendo a fórmulas económicas? Será preciso que dichos planes territoriales incluyan una motivación adecuada y suficiente que acredite que ese dimensionamiento persigue unos objetivos de ordenación territorial o de protección del medio ambiente. A título de ejemplo, resultaría cuestionable que un plan territorial únicamente previese suelo comercial en los núcleos urbanos o en las inmediaciones de los municipios de mayor población. En este caso parecería que la planificación comercial responde a criterios de orden económico, más concretamente a la oferta y la demanda existente.

5.3 · Licencia comercial: su aceptación por el TJUE y mantenimiento por las normativas vigentes

Como se ha apuntado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que la exigencia de una autorización comercial específica por parte de las Comunidades Autónomas es una medida restrictiva acorde con la libertad de establecimiento y que cumple con el principio de proporcionalidad.

En relación con esta cuestión, es preciso plantear una reflexión sobre la finalidad perseguida por esta autorización comercial, y la procedencia de que sea mantenida en las normativas autonómicas vigentes.

En primer lugar, hay que recordar que la licencia comercial, según la anterior normativa, tenía como finalidad primordial comprobar el cumplimiento de los criterios y fórmulas de orden económico que permitían las nuevas implantaciones de establecimientos comerciales, como serían los criterios de dimensionamiento que contemplaban un suelo comercial máximo.

Pues bien, en la actualidad las normativas vigentes ya no permiten a las Administraciones autonómicas

intervenir sobre la base de dichos criterios de orden económico. ¿Puede subsistir una licencia comercial para fiscalizar criterios económicos cuando esos criterios han sido expulsados del ordenamiento jurídico?

Resultaría coherente que la desaparición de la razón de ser de la intervención de la Administración autonómica supusiese la desaparición de la propia potestad de intervención. No obstante, ello no ha sido así. Se mantienen la potestad y los instrumentos de intervención, esto es, la potestad autorizatoria a través del otorgamiento de una licencia comercial. La diferencia en el actual régimen consiste en que el órgano competente en materia de comercio de la Administración autonómica, en lugar de fiscalizar criterios de orden económico, controlará que la implantación del establecimiento comercial sea acorde con los criterios de ordenación del territorio, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la protección del paisaje o la movilidad.

Lo anterior supone que las nuevas normativas instituyen un nuevo instrumento para la salvaguarda de la ordenación del territorio o el medio ambiente. De ello se desprendería que la anterior normativa no tutelaba adecuadamente estos bienes jurídicos, al ser necesario ahora un nuevo instrumento de intervención administrativa.

En definitiva, sin solución de continuidad, el órgano autonómico competente siempre ha decidido sobre las implantaciones de establecimientos comerciales. Antes con base en criterios económicos y ahora sobre la base de la ordenación territorial y la protección del medio ambiente. De nuevo, se plantea otra pregunta: ¿es el órgano autonómico competente en materia de comercio el más idóneo para decidir sobre los impactos en la ordenación territorial y el medio ambiente?

No hay que olvidar que el respeto de la ordenación territorial (planes territoriales y planes urbanísticos) ya se fiscaliza por los entes locales mediante el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística. Por otro lado, el respeto del medio ambiente se controla a través de la autorización ambiental que sea precisa (autorización ambiental integrada, licencia ambiental o licencia de actividad). De este modo, los bienes jurídicos que ahora, supuestamente, pretende salvaguardar la licencia comercial ya se encuentran debidamente tutelados por otras potestades, órganos e instrumentos de intervención.

Esto supone un régimen diferencial y posiblemente discriminatorio con respecto a otro tipo de equipa-

mientos que tienen un impacto territorial y medioambiental equiparable a las grandes superficies. No cabe ninguna duda de la relevante movilidad que generan equipamientos como hospitales, tanatorios o estadios deportivos. Resulta difícilmente comprensible que en estos casos, para la fiscalización de la ordenación territorial y del medio ambiente sea suficiente el otorgamiento de licencias urbanísticas y ambientales de ámbito municipal y, en cambio, para los equipamientos comerciales se requiera, además, una supuesta nueva autorización territorial y ambiental otorgada por la Comunidad Autónoma, en particular, por el órgano competente en materia de comercio.

6 · REFLEXIÓN FINAL

Algunas de las normativas autonómicas vigentes de ordenación de establecimientos comerciales

conservan los criterios de localización y la exigencia de licencia comercial específica que ya contemplaban las anteriores normativas derogadas por las normas de transposición de la Directiva de Servicios.

La validez de estas restricciones a la libertad de establecimiento es altamente cuestionable a la luz de la sentencia del Tribunal de la Unión Europea y de la Directiva de Servicios. No se puede, por tanto, descartar la llegada de nuevos procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España y no olvidemos que ahora la nueva regulación estatal de comercio minorista faculta al Estado para repercutir las sanciones económicas de la Unión Europea a la Comunidad Autónoma responsable del incumplimiento. Quizá nuestros legisladores autonómicos debieran revisar nuevamente la normativa comercial a la vista de la sentencia a fin de asegurar que cumplen con el principio de proporcionalidad.