

**IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE  
SERVICIOS SOBRE EL URBANISMO  
COMERCIAL**

Sergio Monforte Tena

Tutor: Gerardo García Álvarez-García

## ÍNDICE

ABREVIATURAS⇒ 4

INTRODUCCIÓN⇒ 5

### **I. LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

1. EL ORIGEN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS⇒ 7

1.1. Origen y justificación⇒ 7

1.2. Jurisprudencia del TJCE, como verdadero motor de la Directiva de Servicios⇒ 8

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO⇒ 9

2.1. Ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios⇒ 9

A) *Ámbito objetivo*⇒ 9

B) *Ámbito subjetivo*⇒ 10

2.2. Contenido de la Directiva de Servicios⇒ 11

A) *La simplificación administrativa como objetivo común y sus Implicaciones*⇒ 11

B) *La libertad de establecimiento: requisitos prohibidos y requisitos sujetos a evaluación*⇒ 12

a) *Condiciones mínimas de los regímenes de autorización*⇒ 12

b) *Requisitos prohibidos*⇒ 15

c) *Requisitos sujetos a evaluación*⇒ 15

C) *La libre prestación de servicios*⇒ 16

D) *Características del procedimiento de autorización*⇒ 17

### **II. TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN ESPAÑA**

1. METODOLOGÍA⇒ 19

2. LEGISLACIÓN ESTATAL DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA⇒ 20

2.1 La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⇒ 20

2.2 La 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⇒ 21

3. LA NUEVA VERSIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN NUESTRA LEGISLACIÓN⇒ 22

4. LA COMUNICACIÓN PREVIA Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE⇒ 23

4.1. El cambio de posición en las formas de intervención administrativa⇒ 23

4.2. Naturaleza jurídica de la Comunicación Previa y de la Declaración Responsable⇒ 24

4.3. Diferencias entre la Comunicación previa y la Declaración responsable⇒ 25

4.4. El plazo de veto⇒ 26

4.5. Los efectos de la Comunicación previa y la Declaración responsable⇒ 27

4.6. Procedimiento administrativo⇒ 27

4.7. Régimen de Responsabilidad⇒ 29

### **III. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA A LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y DE ACTIVIDADES.**

1. DIFERENCIAS ENTRE LA LICENCIA URBANÍSTICA Y LA LICENCIA DE ACTIVIDADES⇒ 30

1.1. Orígenes: diferencia entre urbanismo y medio ambiente⇒ 30

1.2. Licencias urbanísticas⇒ 32

1.3. Licencias de actividades⇒ 32

2. OBJETO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y DE ACTIVIDADES⇒ 34

3. NATURALEZA JURÍDICA⇒ 35

4. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS A LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y DE ACTIVIDADES⇒ 36

4.1. Legislación estatal⇒ 37

4.2. Legislación autonómica⇒ 39

4.3. ¿Cómo debería aplicarse la Directiva de Servicios a las licencias urbanísticas y de actividades?⇒ 41

### **IV. LA ORDENACIÓN ESPACIAL DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.**

1. INTRODUCCIÓN⇒ 43
2. EL MODELO DE CIUDAD COMPACTA⇒ 44
  - 2.1. Introducción⇒ 44
  - 2.2. La Estrategia Territorial Europea. Una apuesta por la ciudad compacta ⇒ 45
  - 2.3. El urbanismo sostenible⇒ 47
3. LAS BASES PARA UNA ORDENACIÓN ESPACIAL DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES⇒ 49
  - 3.1. Cuestiones previas⇒ 50
  - 3.2. Formulación de las Bases. Por una regulación territorial y urbanística⇒ 51
4. LAS RELACIONES ENTRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO. LA LUCHA ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS LAS ENTIDADES LOCALES⇒ 54

## **V. LA NORMATIVA COMERCIAL ARAGONESA.**

1. INTRODUCCIÓN⇒ 57
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA TRAS LA IMPLANTACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS⇒ 57
3. LA LEY 9/1989, DE 5 DE OCTUBRE, DE ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN ARAGÓN⇒ 58
4. EL PLAN GENERAL DE EQUIPAMIENTO COMERCIAL⇒ 59
  - 4.1 Los tipos de intervención administrativa para grandes superficies⇒ 60
  - 4.2. Los problemas planteados en la dualidad Informe-Licencia⇒ 61
  - 4.3. Los criterios a ponderar en el régimen autorizador⇒ 63
  - 4.4. El procedimiento administrativo establecido para la autorización⇒ 65

**CONCLUSIÓN⇒ 67**

**BIBLIOGRAFÍA⇒ 71**

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
TS	Tribunal Supremo
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955
RAMINP	Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Novicias y Peligrosas, de 30 de noviembre de 1961
LOCM	Ley Orgánica del Comercio Minorista
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Núm.	Número
Vid.	Véase

## INTRODUCCIÓN

La Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE) fue promulgada a raíz de una jurisprudencia del TJUE referente a facilitar la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento dentro del territorio de la UE.

Uno de los objetivos más importantes de la Directiva es la supresión de excesos burocráticos. Para cumplir con este objetivo, ha sido necesario un cambio en nuestro sistema tradicional de intervención administrativa, ya que nos obliga a revisar y plantearnos la legitimidad de cada una de las autorizaciones previas y requisitos que se exigen en el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, debiendo suprimir aquellos que no resulten estrictamente necesarios para la defensa de los intereses generales, a los que la Directiva denomina «razones imperiosas de interés general».

La trasposición de la Directiva de Servicios a nuestro ordenamiento jurídico interno se produce mediante la Ley 17/2009, de 23 de Noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la 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.

De este modo, se plasman en nuestro ordenamiento los principios y objetivos de la Directiva de Servicios, y se reforman las bases de nuestro sistema tradicional de intervención administrativa, fomentando la simplificación administrativa, potenciando el control posterior al inicio de la actividad y la utilización de técnicas inusuales, tales como la comunicación previa o la declaración responsable, subrayando además el carácter general del silencio administrativo positivo.

Se genera un ambiente de incertidumbre, sin embargo, en lo relativo a las licencias urbanísticas y de actividades, debido a la falta de referencia en las leyes de trasposición de la Directiva y a la generalidad de los términos con los que la Ley de Economía Sostenible suprime la licencia de actividad. Por ello, el Gobierno aprueba el Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de Mayo, suprimiendo las licencias de acondicionamiento de local y la de actividades, para un gran número de actividades concretas. Se inicia así un camino hacia la reducción del gran número de licencias urbanísticas y de actividades existentes.

Paralelamente a la eliminación de la restricción de la libertad de establecimiento, aparece en la UE una preocupación por asegurar un desarrollo sostenible, respetuoso con el medio ambiente, quedando plasmado en una intensa labor legislativa. Se pretende pues, orientar las actuaciones administrativas hacia la denominada «ciudad compacta», con el fin de construir

ciudades más limpias y respetuosas con el medio ambiente. Ello afecta particularmente a los grandes establecimientos comerciales, ya que se impulsa la construcción de estos establecimientos dentro del casco urbano de la ciudad, intentando evitar de este modo con el modelo de ciudad dispersa.

Para Aragón, esta Directiva ha supuesto la necesidad de reformar repetidas veces su ley comercial, la Ley 9/1989 de 5 de Octubre, de ordenación de la actividad comercial de Aragón, para adaptarla a las exigencias de la Directiva de Servicios, y que utiliza el PGEC como el instrumento a través del cual la Comunidad Autónoma de Aragón establece su intervención administrativa para las grandes superficies comerciales.

# I. LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

## 1. EL ORIGEN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

### 1.1. Origen y justificación

El camino hacia la realización del Mercado Interior de Servicios nace de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, como instrumento para conseguir el objetivo marcado por el Consejo Europeo en Lisboa, en el año 2000. El objetivo principal de la Directiva de Servicios se expone en el considerando primero y es «la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros», dado que se trata de un «medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar el progreso económico y social, equilibrado y sostenible».

Con este fin, el Consejo de la UE encomendó a la Comisión la elaboración de una estrategia que, entre otras medidas, fijaba la necesidad de aprobar una Directiva de Servicios que comprendiese la realización de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios sin establecimiento permanente dentro de la UE, tal y como proclaman los arts. 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (ahora, arts. 49 y 56 del TFUE).

Por su parte, el Informe realizado por la Comisión para el Consejo y el Parlamento europeo, sobre «El estado del mercado interior de servicios»<sup>1</sup>, previo a la aprobación de la Directiva de Servicios, concluye que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la economía integrada para la UE y la realidad percibida por los prestadores de servicios y los ciudadanos, que encuentran una gran variedad de obstáculos con orígenes en un exceso de trámites administrativos, inseguridad jurídica en las operaciones transfronterizas y falta de confianza entre Estados miembros. Esta idea fue plasmada en el considerando 3 de la Directiva de Servicios.

Así pues, en enero del 2004, la Comisión presentó al Parlamento europeo la propuesta de Directiva, y después de una complicada fase de tramitación, el Parlamento europeo aprobó en segunda lectura la Directiva de Servicios, tras excluir del ámbito de la directiva, entre otros, los servicios sanitarios, así como suprimir el principio del país de origen, conforme al cual, el empresario prestaba sus servicios sometido únicamente a la legislación de su país de origen,

<sup>1</sup> Bruselas, 30.07.2002 COM (2002) 441 final.

ya que ello podía dar lugar a la exclusión del mercado laboral a los trabajadores del país destinatario del servicio (conocido como *dumping laboral*). La Directiva entró en vigor al día siguiente de su publicación, el 27 de diciembre de 2006, habiendo tenido los Estados miembros hasta el 28 de diciembre del 2009 para su trasposición.

## 1.2. Jurisprudencia del TJCE

La exposición anterior podría llevarnos a pensar que la Directiva de Servicios es fruto exclusivamente del impulso político de las instituciones comunitarias y de los propios Estados miembros.

El TJUE, en su tarea de interpretación de las normas contenidas en los Tratados, ha construido una sólida doctrina a la que ahora la Directiva de Servicios ha dado forma.

Tan es así que, incluso, algunos autores, como Salvador Armendáriz o Villarejo Galende, han llegado a afirmar que «la verdadera justificación de esta norma hay que buscarla en las abundantes, reiteradas e incisivas soluciones jurídicas que se derivan de la jurisprudencia comunitaria»<sup>2</sup>.

Así, sólo desde el análisis de la jurisprudencia comunitaria, pueden entenderse e interpretarse las soluciones que acoge la Directiva de Servicios<sup>3</sup>.

Concretamente, dentro de la doctrina jurisprudencial comunitaria, cabe destacar:

a) El reconocimiento de las libertades económicas por el Derecho comunitario no supone eliminar la posibilidad de que los países miembros puedan establecer excepciones cuando éstas sean «necesarias para la protección del interés general y estén concretamente justificadas». Además, hay una necesidad de aplicar restrictivamente las posibles excepciones a la libertad reconocidas, ya que deberán darse unos requisitos, como la no discriminación, que estén justificadas por el interés general, que sean adecuadas para garantizar el objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Toda esta doctrina la podemos encontrar en resoluciones como las SSTJUE de 18 de enero de 1979; de 30 de noviembre de 1995; de 9 de marzo de 1999; de 4 de julio de 2000, de 1 de febrero de

<sup>2</sup> Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo y VILLAREJO GALENDE, Helena (2007): «La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», en *Revista jurídica de Navarra* núm. 44, 2007, págs. 45-86.

<sup>3</sup> Resulta ilustrativa la profusa cita de jurisprudencia que se hace en el Manual para la trasposición de la Directiva de servicios, elaborado por la Comisión. Disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf)

2001 y de 4 de junio de 2002<sup>4</sup>.

b) El concepto de «razón imperiosa de interés general» se convierte en una idea central, pues va a ser la concurrencia de una razón así la que va a poder justificar la existencia de restricciones nacionales al ejercicio de las libertades económicas. Es decir, constituye uno de los requisitos imprescindibles que amparan la posibilidad de implantar un régimen autorizatorio para ordenar la libertad de establecimiento, pues, como principio general, los impedimentos para el ejercicio de este derecho están prohibidos en la Directiva de Servicios. A este respecto, el TJUE entiende como «razón imperiosa de interés general», la ordenación territorial, el urbanismo y la protección del medio ambiente, entre otras.

c) El TJUE cuestiona la propia existencia de procedimientos autorizatorios que condicionan el ejercicio de las libertades económicas, es decir y la, la existencia de un régimen de autorización previa, constituye una restricción. En este sentido, la STJUE de 20 de febrero de 2001 afirma que «una disposición nacional que supedita la prestación de servicios de cabotaje marítimo a la obtención de una autorización administrativa previa, puede obstaculizar la prestación de dichos servicios y constituye, por tanto, una restricción a su libre circulación»<sup>5</sup>. No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que en determinadas circunstancias y con sujeción a los principios de proporcionalidad y no discriminación, podía mantenerse el requisito de la autorización con la finalidad de imponer obligaciones de servicio público.

La legitimidad de la imposición de autorizaciones u otras restricciones a la libre prestación de servicios pasan por un doble test: existencia de una razón imperiosa de interés general; necesidad y proporcionalidad de la medida, de tal manera que no puedan obtenerse los objetivos de interés general con medidas menos restrictivas

## 2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

### 2.1 Ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1979, Ministère public y «Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique» ASBL contra Willy van Wesemael y otros, asuntos acumulados 110 y 111/78.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2001, Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Anafir) y otros contra Administración General del Estado, asunto C-205/99

### *A) Ámbito objetivo*

La principal novedad de esta norma es su método horizontal. Hasta el momento, el Derecho comunitario relativo a la coordinación de legislaciones en materia de libertad de prestación de servicios y de libertad de establecimiento, ha tenido carácter sectorial.

En su art. 2.1, la Directiva de Servicios establece que «se aplicará a los servicios prestados por prestadores de servicios en un Estado miembro», servicios que define en su art. 4.1 como «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de retribución, contemplada en el art.50 del Tratado».

El art. 2.2 enumera las actividades a las que no se aplica la Directiva, haciendo mención a «servicios no económicos de interés general». Hay otro grupo de servicios excluidos por razones políticas, es decir, por la voluntad de los Estados miembros de mantenerlos al margen de las obligaciones impuestas por la Directiva de Servicios, como los servicios de seguridad privados, o actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, entre otros. La seguridad pública, en sus dos vertientes (*safety* y *security*), constituye razón imperiosa de interés general, ya que está vinculada, en el primer caso, a la lucha contra la violencia, y en el segundo caso, a la prevención de accidentes.

Por otra parte, a la exclusión de los servicios no económicos de interés general, hay que añadir los servicios sanitarios y los servicios sociales.

El propio concepto de servicios comporta que se trata de prestaciones a cambio de precio, por lo que todos los servicios de voluntariado o benévolos también están excluidos, por no existir interés económico o contraprestación.

### *B) Ámbito subjetivo*

El art. 46 de la Directiva de Servicios determina que los destinatarios de la norma comunitaria son los Estados miembros. Apreciando la multitud de sujetos que ostentan competencias sobre esta Directiva en los Estados Miembros, el considerando 60 recuerda que «las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales», y además, en su art. 4.9 define quién es la «autoridad competente», entendiendo por tal «cualquier organismo o entidad en un Estado miembro, que lleve a cabo el control o la regulación de las actividades de servicios».

En España, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional coinciden en señalar

el derecho y la obligación de la Comunidades Autónomas a participar en la fase de desarrollo legislativo y reglamentario de la trasposición de las normas comunitarias que no sean directamente aplicables (esto es, las Directivas) y que afecten al ámbito de sus competencias

## 2.2 Contenido de la Directiva de Servicios

### *A) La simplificación administrativa como objetivo común y sus implicaciones*

Con el objetivo de facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, la Directiva impone como objetivo común a los Estados Miembros, la simplificación administrativa y la limitación de la utilización de la técnica autorizatoria previa para aquellos casos en que no sea absolutamente necesario. La razón de este esfuerzo, es hacer frente al problema al que se enfrentan especialmente las PYME, en lo relativo a la complejidad, extensión e inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos.

La Directiva regula tres paquetes de medidas dirigidas a garantizar la simplificación administrativa:

a) La simplificación de los procedimientos y trámites, reduciendo los procedimientos y trámites a los indispensables, debiendo evitar duplicidades, y suprimiendo aquellos requisitos formales innecesarios, tales como exigir originales, copia o traducción compulsada.

b) La tramitación electrónica de los procedimientos a través de la «ventanilla única», que actúan a modo de interlocutor único digital, donde los prestadores del servicio pueden obtener toda la información y realizar electrónicamente todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a una actividad de servicios, sin que ello afecte al reparto de competencias entre las autoridades administrativas de cada Estado.

c) La limitación de la utilización de la técnica autorizatoria previa a los supuestos estrictamente necesarios, configurando para ello un nuevo marco jurídico del régimen autorizatorio previo, entendiendo por régimen de autorización «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio» (art. 4.6 de la Directiva). Así, la Directiva de Servicios condiciona la admisibilidad de la autorización previa al cumplimiento de tres requisitos: no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Esto significa que la autorización previa tendrá un carácter excepcional, ya que sólo podrá exigirse cuando dicha autorización no dé lugar a un trato diferenciado entre los prestadores nacionales y los procedentes de otros

Estados Miembros (no discriminación), esté justificada por una razón de interés general (necesidad), y dicho objetivo no pueda cumplirse con otra medida menos restrictiva (proporcionalidad), concretamente porque el control *a posteriori* resultaría ineficaz.

*B) La libertad de establecimiento: requisitos prohibidos y requisitos sujetos a evaluación*

En primer lugar, es conveniente recordar la doctrina jurisprudencial que distingue la libertad de prestación de servicios de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios. La jurisprudencia centra la distinción en el concepto de «permanencia», es decir, en el hecho de que suponga una «participación de manera estable y continuada». Este sería el punto de partida para distinguir el concepto de prestación de servicios de la libertad de establecimiento. Concretamente, la Directiva de Servicios define en su art.4.5 el concepto de «establecimiento» como «ejercicio efectivo de una actividad económica a que hace referencia el art.43 del Tratado por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios»

*a) Condiciones mínimas de los regímenes de autorización*

Debemos destacar que, si bien la Directiva de Servicios legitima la posibilidad de que las normativas nacionales contengan procedimientos autorizatorios que condicionen la libertad de establecimiento, lo hace de un modo restrictivo, de tal forma que si no se dan una serie de condiciones o requisitos, quedan prohibidos dichos procedimientos.

El Capítulo III de la Directiva de Servicios «Libertad de establecimiento de los prestadores», regula el régimen de las autorizaciones que limitan este derecho, estableciendo, en primer lugar, las «condiciones mínimas» que deben ostentar para que puedan darse estos procedimientos autorizatorios, y son someramente las siguientes:

- a) Que no sea discriminatorio.
- b) Que los criterios para su concesión sean claros e inequívocos, objetivos, publicados con antelación y que sean transparentes y accesibles.
- c) Que el objetivo que se pretende con el requisito de autorización previa no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, es decir, que no se vulnere el principio de proporcionalidad.
- d) Que la necesidad de un régimen de autorización esté justificado en una «razón imperiosa de interés general».

Todas estas condiciones tienen su origen en la reiterada jurisprudencia del TJUE, que los ha ido estableciendo de forma paulatina y continuada, siendo abundantes las sentencias que los contemplan y aplican.

Concretamente, en la legislación comercial española, la problemática para su aplicación es distinta según se trate de una condición u otra.

Realmente, respecto de las tres primeras condiciones, puede decirse que están plenamente asumidas en nuestra legislación comercial, ya que la propia Constitución incluye disposiciones cuya aplicación en las normativas comerciales garantiza el cumplimiento de estos requisitos.

En primer lugar, la condición referida a que el procedimiento no sea discriminatorio, estaría garantizada por el art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, o a través del art. 14 de la Constitución, referido a la igualdad de los españoles ante la ley. No obstante, lo que en el Derecho español podría considerarse hipotéticamente una desigualdad justificada y, por tanto, no discriminatoria, como establecer una preferencia para las empresas locales, es inadmisibles a la luz del Derecho comunitario, que impide un trato que perjudique a residentes o empresas domiciliadas en cualquier otro país comunitario (o del espacio económico europeo).

De forma similar podemos hablar de la segunda condición, referido a la seguridad jurídica, consagrado en el ya citado art. 9.3 de la Constitución (si bien, las legislaciones comerciales autonómicas cuentan con disposiciones farragosas e incluso contradictorias, contraviniendo de esta forma esta disposición); y de la tercera condición, relacionado con el art. 103 de la Constitución, que proclama que la Administración actúa bajo los principios de eficacia y coordinación.

En cualquier caso, estas tres primeras condiciones mínimas impuestas en la Directiva de Servicios como requisitos indispensables para una autorización que limite la libertad de establecimiento, no debería plantear problemas para nuestro legislador estatal o autonómico.

Mayor problemática plantea la cuarta de las condiciones impuestas por la Directiva de Servicios, referida a la necesidad de que el régimen autorizador esté basado en una «razón imperiosa de interés general», y no porque en nuestro Ordenamiento no exista un concepto similar, sino porque el contenido de este concepto en nuestro Ordenamiento es sustancialmente diferente al que se refiere en la Directiva de Servicios. Esto es así porque, en primer lugar, ambos conceptos tienen un origen distinto, ya que están pensados para resolver problemas y necesidades de ordenamientos jurídicos que están basados en principios e intereses diferenciados. Así, la abundante jurisprudencia del TJUE que ha configurado las

«razones imperiosas de interés general», lo ha hecho atendiendo a los principios comunitarios, que no se corresponden necesariamente con los principios propios de nuestro Derecho. Por ejemplo, la creación de un mercado interior en todo el territorio comunitario puede asemejarse a nuestro principio de unidad de mercado, pero no lo es de un modo idéntico, y el origen y la intensidad con la que se protege es sustancialmente diferente<sup>6</sup>.

En consecuencia, para adaptar nuestra normativa comercial, debemos acudir al contenido que nos da la jurisprudencia del TJUE sobre las «razones imperiosas de interés general».

En este sentido, ha sido la propia jurisprudencia del TJUE la que ha construido este concepto, y siguiendo a este Tribunal, la propia Directiva de Servicios, en su art. 4.8, contiene un listado de «razones imperiosas», de las que, entre otras, podemos destacar «el orden público, la seguridad pública, la salud pública, la protección del medio ambiente y del entorno urbano [...]». Es preciso destacar que no estamos ante una lista cerrada, ya que al ser un concepto creado por la jurisprudencia, nada impide que en un futuro puedan surgir nuevas «razones imperiosas».

Cabe destacar que, en lo que respecta al entorno económico y urbanístico, no se encuentra ninguna razón reconocida por el TJUE que tenga conexión con motivaciones de índole económico o comercial, que sin embargo, son las que tradicionalmente han sustentado la licencia comercial en la legislación española. De hecho, la jurisprudencia del TJUE ha desechado este tipo de razones reiteradamente. A modo de ejemplo, la sentencia del TJUE de 28 de abril de 1998 declara que «hay que señalar que objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre circulación de servicios»<sup>7</sup>.

Una vez descartadas las razones económicas como posibles sustentadoras de un procedimiento autorizatorio, encontramos, de entre el listado, otra «razón imperiosa» que pudiera fundamentar una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales alternativa a la intervención actual. En dicho listado, destaca el concepto de «protección del entorno urbano», pero este concepto, ¿engloba al urbanismo y a la ordenación del territorio, en relación, sobre todo, a si sus instrumentos de regulación son o no hábiles para la ejecución de acciones que vayan dirigidas a la protección el entorno urbano?. La respuesta es afirmativa, ya que el Considerando 9 de la Directiva de Servicios se refiere específicamente a

<sup>6</sup> Sin embargo, en la reciente Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se utilizan conceptos y técnicas propios del Derecho comunitario y, más específicamente, de la Directiva de servicios.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie, asunto C-158/96, fto 41.

que «la presente Directiva sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como [...] la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, que no regulan o afectan específicamente a la actividad del servicio»

#### *b) Requisitos prohibidos*

El art. 14 de la Directiva de Servicios recoge una lista de ocho supuestos cuya introducción resultan categóricamente prohibidos. La mayoría de los mismos no nos plantean ninguna problemática en nuestro Ordenamiento, sin embargo, es preciso detenerse en dos requisitos que, atendiendo a la configuración concreta de la licencia comercial, pudieran resultar contradictorios con ella.

En primer lugar, el art. 14.5 de la Directiva señala la prohibición de que los Estados Miembros puedan supeditar el acceso a una actividad de servicios exigiendo la «aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general.

En segundo lugar, el art. 14.6 de la Directiva prohíbe «la intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de los órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general».

#### *c) Requisitos sujetos a evaluación*

En lo relativo a la regulación de la libertad de establecimiento de los prestadores, falta mencionar el art. 15 de la Directiva de Servicios, en el que el legislador comunitario facilita a los Estados Miembros una guía para identificar y evaluar requisitos actualmente recogidos en

las regulaciones que restringen o condicionan la citada libertad y proceder a su depuración. Concretamente, el art. 15.1 de la Directiva determina que «los Estados Miembros examinarán si en su Ordenamiento están previstos» determinados requisitos (enumerados en el apartado 3 de este art. 15) y «harán lo necesario para que dichos requisitos sean compatibles». Así, los principios jurídicos aplicables al ejercicio de las libertades se concretan en que «no podrán ser discriminatorios por razón de la nacionalidad o domicilio social, deberán estar justificados por una razón imperiosa de interés general y deberán ser adecuados para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo, no pudiendo ser, en su caso, sustituidos por otras medidas que permitan obtener el mismo resultado».

Los requisitos que no están prohibidos, pero sí sometidos al cumplimiento de los citados criterios son, entre otros, la determinación de límites cuantitativos o territoriales, concretamente, la presencia de límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores, la exigencia de constituirse adoptando una forma jurídica particular, o los relativos a la posesión de un mínimo de capital en la sociedad, entre otros muchos.

### *C) La libre prestación de servicios*

La Directiva de Servicios no sólo pretende garantizar la libertad de establecimiento, sino también la libre prestación de servicios, de tal manera, que como dice el art. 16 de la Directiva, «los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores de servicios en un Estado Miembro distinto de aquel en el que estén establecidos, salvo aquellos supuestos expresamente por la Directiva, especificados en el art. 17, tales como, servicios postales, servicios del sector eléctrico, servicios del sector del gas, servicios de distribución y suministro de agua, servicios de aguas residuales y tratamiento de residuos, entre otros.

Además, la libre prestación de servicios no impide que el Estado Miembro en el que se presta el servicio aplique, de conformidad con los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, sus requisitos específicos por razones de orden público o seguridad pública, o para proteger la salud pública o del medio ambiente. Es decir, existen razones de interés general que permiten establecer restricciones a la libre prestación de servicios, si bien se reducen a tres, frente al gran elenco de razones que pueden justificar una restricción a la libertad de establecimiento.

#### *D) Características del procedimiento de autorización*

Hasta ahora hemos visto únicamente disposiciones de la Directiva de Servicios relativas a la regulación del contenido material de los regímenes autorizatorios que condicionen o limiten la libertad de establecimiento o la prestación de servicios. Sin embargo, la Directiva de Servicios también incide en el marco formal del procedimiento bajo el cual debe otorgarse la autorización.

En este sentido, la vulneración de derechos comunitarios no siempre son consecuencia de una deficiente legislación material, sino que, en ocasiones, las deficiencias que se derivan de la tramitación del procedimiento administrativo son las que generan el acto ilegal.

Por ello, la Directiva de Servicios dedica el art. 13 a garantizar que los procedimientos del régimen autorizatorio cuenten con las debidas garantías que aseguren que el administrado va a recibir un trato objetivo e imparcial.

Este art. 13 tiene, *a priori*, reflejo en nuestra LRJ-PAC, así como en las normas reguladoras de la licencia comercial y en los procedimientos que se derivan.

Sin embargo, de cara a la formulación de la Ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales, se precisa de una perfecta acomodación del procedimiento regulado en la Directiva, por lo que a continuación examinaremos esta disposición, agrupando cada uno de sus puntos en tres bloques:

a) El primero de los bloques lo constituyen los apartados 1 y 2 del art. 13, que disponen respectivamente, que «los procedimientos y trámites de autorización deberán ser claros, darse a conocer con antelación y ser adecuados para garantizar a los solicitantes que su solicitud reciba un trato objetivo e imparcial» y que «los procedimientos y trámites no deberán tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio».

Así, el art. 9.3 de la Constitución garantiza la concurrencia de muchos de los requisitos dispuestos en este apartado 1, y respecto del apartado 2, podría entenderse implícito en el art. 3.2 de la LRJ-PAC, que dispone que la Administración debe actuar bajo los principios de eficiencia, o los arts. 74 y 75 de la LRJ-PAC, que disponen, como obligaciones de la Administración, el deber de impulso y celeridad en la tramitación de los procedimientos administrativos.

No obstante, aun con su plasmación formal de estos requisitos, en la práctica estas obligaciones no siempre son asumidas de manera efectiva y real por las Administraciones, constituyéndose estos procedimientos, en muchos casos, en auténticas barreras que superar

por los administrados para el ejercicio de sus derechos.

b) El segundo de los bloques, conformado por los apartados 3 y 4 del art.13, dispone que los procedimientos y trámites de autorización deben tener un «plazo de respuesta razonable, fijado y hecho público con antelación», cuya implicación «deberá motivarse debidamente». A su vez, se declara el carácter general del silencio positivo, salvo que se justifique en una razón imperiosa de interés general. Lo contenido en ambos apartados puede considerarse incluido en los arts. 42 y 43 de la LRJ-PAC, relativos al silencio.

Sin embargo, si bien desde la reforma de 1999 sobre la LRJ-PAC, el silencio tiene carácter positivo como regla general, se excepcionan algunos casos, como por ejemplo el que una norma de rango legal establezca el carácter negativo, configurándose en la práctica el silencio negativo como regla general, lo cual debería evitarse en el caso de autorizaciones que condicionasen la libertad de establecimiento.

c) Por último, queda por examinar los últimos apartados (5, 6 y 7) de este art. 13, que podrían entenderse recogidos en los arts. 42.4 y 71 de la LRJ-PAC, por lo que no se plantea problema alguno para su incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico.

En definitiva, la mayoría de los requisitos procedimentales exigidos a través del art. 13 de la Directiva de Servicios pueden ser fácilmente asumidos en cualquier procedimiento autorizatorio que se plantee, acudiendo a lo dispuesto en la LRJ-PAC. Ahora bien, debemos tener en cuenta que la Administración, en ocasiones, abusa de su posición jurídica privilegiada sobre el administrado, por lo que cualquier reforma al respecto de las normativas comerciales debe ahondar en la transparencia y eficacia que se le suponen en todo momento a la Administración.

## II. TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN ESPAÑA

### 1. METODOLOGÍA

La Directiva de Servicios, como instrumento normativo comunitario, exige una trasposición a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros, obligando en cuanto a fines, pero dejando libertad de forma y medios (art. 288 TFUE).

Sin embargo, en España el proceso de trasposición tiene una dificultad añadida, derivada del propio modelo de organización territorial del Estado descentralizado, donde coexisten tres niveles administrativos (estatal, autonómico y local), todos ellos con competencia en materia de servicios, y por tanto con la exigencia de transponer esta normativa comunitaria, lo que requiere de una especial coordinación que debe presidir el legislador estatal, que no se ha producido.

La Directiva de Servicios obliga a los Estados miembros a realizar un profundo programa de simplificación administrativa, reduciendo los procedimientos y trámites a los estrictamente necesarios, se implante la tramitación electrónica de los procedimientos por medio de la ventanilla única y se reserve la utilización de la técnica autorizatoria previa con carácter excepcional.

Ahora bien, al margen de algunas obligaciones específicas impuestas por la Directiva, la mayor parte de sus disposiciones resultan muy genéricas, dejando un margen de concreción a los Estados miembros, como sucede con los instrumentos de control *a priori* o *a posteriori*, que la Directiva no define, ni regula, y que sustituirán a la autorización previa. Lo mismo sucede con respecto a las razones imperiosas de interés general, cuya apreciación permite cierta ambigüedad y subjetividad a los Estados miembros<sup>1</sup>.

A pesar de las dificultades que puedan derivarse de un proceso de esta naturaleza, la trasposición de la Directiva de Servicios, se presenta en España como una «oportunidad para reducir trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso y ejercicio de una actividad de

<sup>1</sup> En este sentido, vid. ESTEVE GARCÍA, Francina, «Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva de Servicios», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, págs 22 y 23.

En sentido contrario, vid. RIVERO YSERN, Jose Luis, «La trasposición de la Directiva de Servicios a nivel autonómico y local», en *El nuevo Derecho Administrativo. Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, 2012, p. 370, que manifiesta que «la Directiva no es una norma que fije a los Estados Miembros unos objetivos a cumplir (que ya están predeterminados en el TFUE) dejando libertad a los Estados Miembros para elegir los medios para lograr el efecto útil querido por la Directiva».

Por el contrario, la Directiva de Servicios se caracteriza por una especial determinación concreta de medios a utilizar para conseguir ese fin del libre mercado de servicios.

servicios, lo que incentivará la actividad empresarial y contribuirá a la mejora de la regulación, de donde se derivarán ganancias en términos de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos» (Preámbulo de la Ley 17/2009, apartado I).

## 2. LEGISLACIÓN ESTATAL DE TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

El proceso de trasposición de la Directiva de Servicios en España se abordó desde un doble enfoque, mediante la aprobación de una ley horizontal que promoviera una aplicación amplia de los principios y disposiciones de la Directiva, esta es la Ley 17/2009, y por otro lado, mediante una reforma sectorial a través de la Ley 25/2009, que de un tirón modificó 48 leyes estatales.

### 2.1 La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

La Ley 17/2009, proclama un conjunto de principios y disposiciones generales, reiterando los de la Directiva de Servicios.

A pesar de la similitud existente entre la norma comunitaria y la Ley 17/2009, esta última asume un enfoque ambicioso e intensificador en la aplicación de los principios de la Directiva, reconociendo que la supresión de trabas injustificadas al acceso a una actividad de servicio y su ejercicio incentiva la creación de empresas, la productividad y el empleo en el sector servicios, lo que repercute en un aumento del número y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos (Preámbulo de la Ley 17/2009, apartado I).

Es la propia Ley la que advierte de su insuficiencia para superar los obstáculos que impiden la realización del mercado interior de servicios, ya que tras calificarse como «impulsora», reconoce que para mejorar el marco regulatorio del sector servicios no basta con una norma general, sino que hace falta reformar la normativa sectorial concreta afectada<sup>2</sup>.

El objeto de la Ley 17/2009 es el mismo que el de la Directiva, y es, como establece el art. 1 de la Ley, «establecer las disposiciones generales para garantizar el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, simplificando los procedimientos y fomentando un nivel elevado en la calidad en los servicios, evitando que se creen nuevas barreras injustificadas».

Esta Ley incorpora, frente a la Directiva que no lo hace, la definición de Declaración

Responsable, en su art. 3.9, y la define como «documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad». Sin embargo, llama la atención que esta Ley no defina la Comunicación Previa, que es la otra técnica por antonomasia que junto con la Declaración Responsable va a utilizar el legislador español para sustituir, en algunos casos, a la autorización previa.

La Ley 17/2009, acorde con la Directiva, partiendo del principio de libertad de establecimiento, mantiene el carácter excepcional de la exigencia de autorización previa para aquellos supuestos en los que se den los requisitos de necesidad, proporcionalidad y no discriminación (arts. 4 y 5 de la Ley 17/2009)

Finalmente, y entre otras cosas, esta Ley ratifica los principios rectores del procedimiento administrativo dispuestos por la Directiva, y que son garantizar la aplicación del silencio administrativo positivo con carácter general, restringir al máximo la posibilidad de establecer límites temporales y territoriales, así como limitar el número de autorizaciones, debiendo garantizarse en estos supuestos que el procedimiento de autorización sea público, objetivo, imparcial, transparente y que permita la concurrencia competitiva (arts. 6 a 8 de la Ley 17/2009).

Como conclusión, cabe preguntarse si esta Ley 17/2009 era realmente necesaria, ya que a grandes rasgos, se ha limitado a plasmar el texto que ya teníamos en la Directiva.

## 2.2 La 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

Con la aprobación de esta Ley, nuestro legislador estatal completó la fase de trasposición formal de la Directiva de Servicios a nuestro Ordenamiento jurídico, que se había iniciado con la Ley 17/2009.

El objetivo de la Ley 25/2009 es doble, tal y como indica su Preámbulo, por un lado,

<sup>2</sup> En este sentido, FUERTES LÓPEZ, Mercedes, la califica como «una Ley deslucida de la que podía haberse prescindido». Vid. «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, págs. 57-83.

La autora nos recuerda en las notas a pie de página 18 y 19, op. Cit, pág 65, que también critican la opción de aprobar esta Ley, Santiago Muñoz Machado y Luciano Parejo, además del propio Consejo de Estado, en el apartado IV de su Dictamen de 18 de marzo de 2009.

Así, PAREJO ALFONSO, Luciano, la califica de «inútil». Vid. «La desregularización de los servicios con motivo de la Directiva de Bolkenstein: La interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado social y en ómnibus de derecho*, núm.6, junio 2009, pág 39.

reformular el marco regulatorio de las actividades de servicio, para adaptarlo a los principios generales establecidos en la Ley 17/2009, y por otro, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva.

El Título I (arts.1 a 10), bajo la denominación de «Medidas Horizontales», introduce diversas modificaciones que afectan de forma genérica a todo el sistema de intervención administrativa, y por tanto a todas las actividades de servicios, mientras que en el resto de Títulos (arts 11 a 48), e. Este Título I opera sobre las leyes de procedimiento administrativo, de bases de régimen local y de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos<sup>3</sup>.

### 3. LA NUEVA VERSIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

La generalización del silencio administrativo positivo en nuestro Ordenamiento es relativamente reciente, pues no se produjo hasta la aprobación de la LRJ-PAC. En el año 1999, se aprobó la Ley 4/99, de 13 de enero, de modificación de la LRJ-PAC, introduciendo como excepción a la regla general del silencio administrativo positivo, entre otros, el supuesto en que lo autorice una norma con rango de ley, y que por tanto también puede ser una norma autonómica<sup>4</sup>.

La Directiva de Servicios apuesta por el silencio administrativo positivo como medida de simplificación administrativa, que solo puede exceptuarse por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros.

Finalmente, ha sido el art. 2.2 de la Ley 25/2009 el que modifica el art.43 de la LRJ-PAC, reafirmando el carácter general del silencio administrativo positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, restringiendo la utilización de la excepción legal a la previa justificación de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. La nueva redacción del art. 43.1 de la LRJ-PAC queda así: «En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma

<sup>3</sup> Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, «La trasposición de la Directiva de Servicios en España», en *El Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva de Servicios en España*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág 77.

<sup>4</sup> Esto ha sido fuertemente criticado por la doctrina, vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, «La Ley ómnibus y el silencio administrativo», en *Diario la Ley*, núm. 7465, 2010.

También vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la trasposición de la Directiva de servicios», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, págs 129-132.

prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

#### 4. LA COMUNICACIÓN PREVIA Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

##### 4.1 El cambio de posición en las formas de intervención administrativa

La trasposición de la Directiva de Servicios a nuestro Ordenamiento ha supuesto un cambio sustancial en nuestro Derecho Administrativo, ya que ahora se debe partir de la regla general de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y sólo excepcionalmente y de manera justificada puede limitarse esta libertad, siempre que resulte necesario, proporcional y no discriminatorio.

Así, se producen modificaciones de gran envergadura en lo que a las formas de intervención administrativa se refiere, donde la autorización previa queda relegada a un segundo plano, por su carácter sumamente restrictivo para la iniciativa privada, adquiriendo gran protagonismo la comunicación previa y la declaración responsable<sup>5</sup>. Y es que, aunque parece que la autorización administrativa haya reinado hasta ahora prácticamente en solitario como si fuera la única técnica de intervención administrativa<sup>6</sup>, no es así, porque existen técnicas de intervención *a priori* y *a posteriori*, y entre las primeras, junto con la autorización administrativa, existen otras técnicas, como la comunicación previa o la declaración responsable, que comportan distinta intensidad de intervención administrativa<sup>7</sup>.

Resulta dudoso que la autorización previa sea más eficaz para la defensa del interés general

<sup>5</sup> Vid. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pág. 96

También vid. Al respecto, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, pág. 293.

<sup>6</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «El concepto clásico de autorización y su crisis actual», en *Curso de Derecho Administrativo, Vol II*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, 11ª edición págs. 135-137

<sup>7</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «El concepto clásico de autorización», en *Curso de Derecho Administrativo, Vol II*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, 11ª edición págs. 114 y 115.

que la comunicación previa o la declaración responsable, ya que estas últimas no sólo son técnicas de simplificación administrativa y liberalización, sino también de eficacia, que no impiden a la Administración intervenir para verificar el cumplimiento de la normativa de aplicación<sup>8</sup>.

Este cambio de posición en nuestro sistema tradicional de intervención administrativa, implica el reconocimiento del derecho preexistente de establecimiento y de prestación de servicios, que sólo puede limitarse y someterse a un régimen de autorización previa cuando no resulte discriminatorio, exista una razón imperiosa de interés general que la justifique, y no exista otro instrumento menos restrictivo para la libertad, concretamente porque el control a posteriori al inicio de la actividad pueda resultar ineficaz.

Tras la Directiva de Servicios, las tradicionales autorizaciones previas no desaparecen, sino que pasan a ocupar un segundo lugar, en convivencia con las declaraciones responsables y comunicaciones previas, que adquieren prioridad de uso tras replantearnos el principio de proporcionalidad en la intervención administrativa<sup>9</sup>.

#### 4.2 Naturaleza jurídica de la Comunicación Previa y la Declaración Responsable

Las técnicas de la comunicación previa y la declaración responsable se plantean como una alternativa a la autorización administrativa en un contexto de liberalización y simplificación administrativa, y aunque no son nuevas en nuestro Derecho (véase, por ejemplo, el Reglamento Catalán de Obras, Actividades y Servicios de 1995, o el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), han sido técnicas inusuales en nuestro Ordenamiento.

Han sido las Leyes 17/2009 y 25/2009 las que por primera vez establecen el régimen jurídico de la comunicación previa y la declaración responsable, con carácter de legislación básica, si bien es un régimen muy escueto que remite al desarrollo que realice la normativa

<sup>8</sup> Vid. LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, «La autorización administrativa», Thomson-Civitas, Pamplona, 2006, págs 92 y 93.

También vid. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pág. 102.

Igualmente, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, pág. 288.

<sup>9</sup> vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, págs. 263 y 271

sectorial concreta y las aplique<sup>10</sup>.

Podríamos definir la comunicación previa y la declaración responsable como técnicas de intervención preventivas, ya que operan en el plano teórico de lo pretendido, al igual que la autorización administrativa, pero con una diferencia radical respecto de esta última, y es que no requieren de una resolución administrativa expresa, ya que son técnicas que reconocen la existencia de un derecho preexistente al ejercicio de la actividad que no requiere ser autorizado previamente, lo cual no impide que el ejercicio de la actividad tenga que someterse a la normativa vigente y que la Administración pueda desplegar el ejercicio de sus potestades de comprobación, así como adoptar medidas de reacción legalmente previstas para el supuesto que el ejercicio de la actividad no se ajuste a las determinaciones legales<sup>11</sup>.

#### 4.3. Diferencias entre la Comunicación Previa y la Declaración Responsable

Aunque la comunicación previa y la declaración responsable son técnicas muy similares<sup>12</sup>, tienen sus diferencias.

Por un lado, la declaración responsable, se define en el art. 3.9 de la Ley 17/2009, como «el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad», a lo que el art. 71.1 bis de la LRJ-PAC añade que el interesado deberá exponer de forma expresa, clara y precisa que reúne los requisitos exigibles para el ejercicio del derecho o actividad de que se trate.

Por otro lado, la comunicación previa, se define en el art. 71.2 bis de la LRJ-PAC, como «aquél documento mediante el cual los interesados ponen en conocimiento de la Administración competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el

<sup>10</sup> Vid. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pág. 98.

También vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, pág. 275.

<sup>11</sup> En este sentido vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, pág. 278.

<sup>12</sup> Tanto se asemejan, que ARROYO JIMÉNEZ, Luis, ha calificado a ambas técnicas de «comunicaciones», refiriéndose a la declaración responsable, como «comunicación previa con control represivo», y a la comunicación propiamente dicha, como «comunicación previa sin control», en función de la intensidad del control que ejercerá la Administración tras la comunicación.

ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el art.70.1».

Así pues, con la declaración responsable, la documentación acreditativa del cumplimiento de la normativa relativa al ejercicio de un derecho o actividad, queda en poder del interesado, lo que implica una mayor confianza en el ejercicio responsable de la libertad del ciudadano, mientras que la comunicación previa, el promotor de la actuación tendrá que presentar ante la Administración la documentación exigible, y será la Administración la que valorará si la documentación presentada acredita el ejercicio legal del derecho o actividad.

En definitiva, parece que la declaración responsable está prevista para aquellos supuestos en que se ejerzan derechos o actividades que exijan unos conocimientos técnicos, de cuyo ejercicio legal pueda responsabilizarse un determinado personal cualificado, frente a la comunicación previa, en la que el interesado no se responsabiliza del cumplimiento de la normativa para el ejercicio del derecho que comunica, sino que simplemente aporta los requisitos que le son exigibles, debiendo ser la Administración la que compruebe la legalidad de lo comunicado<sup>13</sup>.

#### 4.4. El plazo de veto

El plazo de veto es aquel período de tiempo que fijará la normativa reguladora de cada procedimiento, en el que la Administración puede oponerse al inicio de la actuación pretendida, tras comprobar que no se adapta a la normativa de aplicación. Por su parte, en la comunicación previa sin plazo de veto, el particular puede iniciar su actividad tras comunicarlo, o incluso, si se prevé legalmente, la comunicación puede presentarse después de iniciada la actividad.

La comunicación previa sujeta a plazo opera de forma parecida a los procedimientos administrativos iniciados a solicitud de interesado para los que se rige el silencio administrativo positivo, ya que en ambos casos la ausencia de comunicación expresa en contra por parte de la Administración, habilita para ejecutar lo pretendido. De este modo, con la comunicación previa, no existe obligación expresa de resolver, ya que para el desarrollo del ejercicio que sólo requiere comunicación, basta con la tenencia de esta comunicación previa presentada en el registro del órgano administrativo competente.

<sup>13</sup> En este sentido, NÚÑEZ LOZANO, M<sup>a</sup> del Carmen, «Las actividades comunicadas a la Administración», editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 52.

Finalmente, cabe apuntar que si existe un plazo de veto antes del inicio de la actividad, será considerado como una «autorización», a efectos de la Directiva de Servicios.

#### 4.5. Los efectos de la Comunicación Previa y la Declaración Responsable

Ambas técnicas, comunicación previa y declaración responsable, determinan la posibilidad de iniciar el ejercicio del derecho o actividad que proclaman, si bien el art. 71 bis de la LRJ-PAC establece que la comunicación previa se puede presentar en un momento posterior al inicio de la actividad, cuando se prevea legalmente.

La comunicación previa y la declaración responsable, al igual que la autorización administrativa, habilitan con carácter general para el ejercicio de un derecho o actividad por tiempo indefinido y en todo el territorio nacional, salvo que concurra una razón imperiosa de interés general que justifique su restricción, como establecen los arts. 10.4 y 11 de la Directiva de Servicios, y art. 57 de la Ley 17/2009.

#### 4.6 Procedimiento administrativo

En primer lugar, cabe destacar que nos encontramos en presencia del acto de un particular, y no de un acto administrativo, sin embargo, ello no implica que tras su presentación no haya que articular un procedimiento administrativo, aunque con peculiaridades respecto del procedimiento previsto para la autorización administrativa<sup>14</sup>.

El procedimiento administrativo previsto para el ejercicio de un derecho o actividad sujeto a declaración responsable o comunicación previa, se inicia con la mera presentación de la comunicación o la declaración responsable en el registro del órgano competente, si bien en ocasiones podrá prefijarse por la normativa sectorial otro plazo diferente en el que debe o puede presentarse, incluso con posterioridad al inicio del ejercicio del derecho o actividad.

La comunicación previa y la declaración responsable deberán cursarse en los modelos oficiales que apruebe la Administración competente, a cuyos efectos el art. 71.5 bis de la LRJ-PAC, dispone la obligación de las Administraciones de mantener «permanentemente publicados y actualizados los modelos de declaración responsable y de comunicación previa que en todo caso podrán presentar por vía electrónica».

En dichas comunicaciones previas y declaraciones responsables, deben constar los datos y acompañarse de los documentos exigidos por la normativa aplicable, y en el caso concreto de la declaración responsable, además, deberá manifestarse que se cumplen los requisitos

exigibles para el ejercicio del derecho o actividad, debiendo estar recogidos dichos requisitos de forma expresa, clara y precisa, lo que supone trasladar al ciudadano la obligación de conocer e interpretar la normativa para decidir cuándo puede actuar dentro de la legalidad.

Ahora bien, no por trasladar cierta responsabilidad al ciudadano desaparece la responsabilidad de la Administración, ya que tendrá que ejercer sus funciones de comprobación en el momento de la presentación de la comunicación o la declaración responsable, y posteriormente, cuando la actividad esté en funcionamiento.

De este modo, la Administración competente deberá verificar la exactitud de la comunicación previa o la declaración responsable y de la documentación que se acompaña, para verificar que se ajusta a la normativa de aplicación. Si la Administración no ejerce sus potestades dentro del plazo previsto en cada caso, el prestador podrá iniciar o continuar legítimamente con el ejercicio de su actividad.

Si existieran errores u omisiones en la comunicación previa, comunicación responsable, o en la documentación adjunta, la Administración requerirá la subsanación de estas deficiencias, y en el supuesto de que el interesado no atienda al requerimiento de subsanación, se entenderá por desistido de lo solicitado, con los efectos que prevea la normativa de aplicación.

La terminación del procedimiento administrativo tendrá lugar, bien con la mera presentación de la comunicación previa o la declaración responsable sin que la Administración se oponga o fije condiciones, o bien con una resolución administrativa oponiéndose o fijando condiciones al ejercicio de la actividad.

En el supuesto en que la Administración haya verificado la declaración responsable o la comunicación previa, y no se observe ningún tipo de contravención con el Ordenamiento jurídico, no tiene que comunicar el resultado positivo de su comprobación al interesado, es decir, el promotor puede iniciar o continuar con el ejercicio de su actividad. Solamente en aquellos supuestos en que el resultado de la labor de comprobación que efectúa la Administración sea desfavorable, deberá adoptarse en forma de resolución motivada, que

<sup>14</sup> En este sentido, vid. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, págs 100-102.

También vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, pág 286.

Otro sector doctrinal, entiende que en el supuesto de la comunicación previa sin veto y la declaración responsable, no se produce el efecto de abrir un procedimiento concreto de fiscalización previa por la Administración, que sí tiene lugar en el caso de la comunicación previa con plazo de veto. En este sentido, vid. NÚÑEZ LOZANO M<sup>a</sup> del Carmen, «Aproximación al régimen de las declaraciones responsables y comunicaciones» *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, junio 2011, pág 112.

incluirá los aspectos que impidan el ejercicio de la actividad o que justifiquen la imposición de condiciones. Esta decisión de hacer una comprobación sistemática y que, por tanto, la presentación de la declaración responsable o la declaración previa suponga automáticamente el inicio de un procedimiento puede ser más bien una decisión organizativa interna de carácter discrecional por parte de la Administración.

#### 4.7 Régimen de Responsabilidad

Al margen del procedimiento administrativo que se articule tras la presentación de la comunicación previa o la declaración responsable, nada impide que una vez iniciado el ejercicio de la actividad, la Administración pueda realizar controles a posteriori, como afirman el párrafo segundo del art. 39 bis de la LRJ-PAC «La Administración debe velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan», o el párrafo primero del art. 71.3 bis de la LRJ-PAC, «y es que el inicio de una actividad al amparo de una comunicación previa o declaración responsable, no impiden el ejercicio de facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones»

Ciertamente, las técnicas de la comunicación previa y la declaración responsable trasladan parte de la responsabilidad de la Administración al ciudadano. Ahora bien, la Administración no queda exenta de responsabilidad ante el cumplimiento de sus funciones de verificación y fiscalización de la propia comunicación previa o declaración responsable, así como posteriormente, respecto del ejercicio de la actividad, pudiendo responder de posibles actuaciones negligentes.

### III. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA A LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y DE ACTIVIDADES

#### 1. DIFERENCIAS ENTRE LA LICENCIA URBANÍSTICA Y DE ACTIVIDADES

La aplicación de la Directiva de Servicios a las licencias urbanísticas y de actividades depende del tipo de licencia, pues existe una multitud de licencias urbanísticas y de actividades, cada una de ellas con un objeto, un alcance y una entidad muy diferente, lo que determina que la intensidad de la intervención administrativa no sea igual en todas ellas.

En primer lugar, conviene aclarar la diferencia existente entre licencia urbanística y de actividad, ambas separadas por un estrecho margen<sup>1</sup>.

##### 1.1. Orígenes: diferencia entre urbanismo y medio ambiente

Para aclarar la diferencia existente entre licencia urbanística y licencia de actividad, debemos remontarnos a los orígenes de las diferencias entre el Derecho Urbanístico y el Derecho Ambiental.

El concepto de urbanismo como ordenación de la ciudad, resulta válido hasta la II Guerra Mundial, donde el ensanche de las ciudades provoca que el urbanismo traspase los límites del núcleo de la ciudad, para referirse a la ordenación de todo el territorio nacional<sup>2</sup>.

Por su parte, el medio ambiente puede definirse como «entorno urbano natural en el que el hombre se desenvuelve, integrado por los elementos que lo rodean, suelo, agua y aire, y en los que coincide con su actividad cotidiana<sup>3</sup>», lo que a su vez convierte el urbanismo en una técnica de protección y mejora del medio ambiente.

Sin embargo, es justo en ese momento, en el que el concepto global de urbanismo abarca al medio ambiente, cuando a nivel organizativo y normativo el medio ambiente empieza a tomar autonomía respecto del urbanismo.

Con la aprobación de la Constitución de 1978, se incorporan una serie de principios

<sup>1</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y DOMÍNGUEZ BASCÓN, P., «Medioambiente urbano. Incidencia del entorno ambiental en la legislación urbanística española del siglo XX», editorial Ería, 45 (1998), pág. 80.

<sup>2</sup> Vid. PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, «Diccionario de derecho urbanístico y de la construcción», 4ª edición, Granada, 2006, pág. 505.

<sup>3</sup> Vid. PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, «Diccionario de derecho urbanístico y de la construcción», 4ª edición, Granada, 2006, pág. 284.

relativos al urbanismo y medio ambiente, a cuya realización deben tender los poderes públicos. Así sucede con la función social delimitadora del derecho de la propiedad (art. 33), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), el derecho de acceso a la cultura (art. 44), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo, debiendo velar los poderes públicos por la utilización racional de los recursos naturales a fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente (art. 45). También se impone a los poderes públicos la obligación de velar por la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (art. 46). Igualmente, los poderes públicos deben promover la realización del derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna (art. 47). Asimismo, nuestra Constitución también distribuye las competencias en materia de urbanismo y medio ambiente entre todas las Administraciones Públicas, reconociendo la autonomía de los Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas para la gestión de sus respectivos intereses (art. 147).

En materia de urbanismo, se atribuye la competencia en exclusiva a las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3 de la Constitución), quedando relegada la competencia estatal a la determinación de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales<sup>4</sup> (art. 149.1.1 de la Constitución). También tiene especial incidencia en el urbanismo la atribución al Estado de la competencia para dictar las bases y para la coordinación de la planificación económica general (art. 149.1.13 de la Constitución), así como la competencia para dictar la legislación de expropiación forzosa (art. 149.1.18 de la Constitución).

Por lo que respecta al medio ambiente, el art. 149.1.16 y 23 de la Constitución, atribuye la competencia exclusiva al Estado para dictar la legislación básica en materia de sanidad y protección del medio ambiente, sin perjuicio de la facultad de las Comunidades Autónomas de dictar la legislación de desarrollo. El art. 148.1.9 de la Constitución, atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de gestión del medio ambiente.

En lo que respecta a los municipios, la garantía institucional de la autonomía local reconocida en el art. 140 de la Constitución, les posibilita intervenir en los asuntos que afecten a sus intereses, como sucede con el urbanismo y el medio ambiente.

En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas han dictado su legislación urbanística y de protección ambiental, que coexiste con la legislación estatal en materia, actualmente integrada por la Ley 21/1013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, y el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, ambos dictados en su mayor parte con el carácter de legislación básica.

<sup>4</sup> Según la interpretación otorgada en la Sentencia del TC 61/97, de 20 de marzo.

## 1.2 Licencias urbanísticas

El concepto de licencia urbanística es muy amplio<sup>5</sup>, ya que abarca todos los actos de edificación y de uso del suelo que excedan de su normal utilización (el uso agrario). Así, encontramos, entre otras las siguientes licencias urbanísticas: licencia de obras de edificación, licencia de modificación y reforma de edificaciones existentes, de ejecución de instalaciones, de demolición, de movimientos de tierras, de cerramientos de parcelas, de instalación de infraestructuras, de elementos publicitarios, de tala de árboles, licencia de ocupación, entre otras muchas.

La enumeración anterior se realiza a modo de ejemplo, ya que el número de actuaciones urbanísticas sujetas a licencia no es un *numerus clausus*, sino que es un listado abierto a todo tipo de uso del suelo, construcción y edificación, así como a los demás actos que señalen los planes<sup>6</sup>.

## 1.3 Licencias de actividades

Al igual que sucede con las licencias urbanísticas, también existen una multitud de licencias de actividades.

El concepto de licencia de actividad no es unívoco, no solo en la doctrina y la jurisprudencia, también el propio legislador le otorga varios significados.

Por tanto, en primer lugar debemos esclarecer el concepto de licencia de actividad. Para ello, tenemos que remontarnos a la normativa estatal de mediados de siglo pasado, concretamente al RSCL y al RAMINP, derogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, aunque

<sup>5</sup> BENTANACHS TÁBOAS, Manuel, «La proyección de la Directiva de Servicios, en los ámbitos urbanístico y medioambiental», en *Cuadernos de Derecho Local*, nº 23, junio 2010, pág 74, donde pone de manifiesto la dificultad de aplicar la Directiva de Servicios atendiendo a la pluralidad de licencias urbanísticas existentes.

<sup>6</sup> En este sentido, el art.8.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, establece: «Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística».

Posteriormente, todas las Comunidades Autónomas han adoptado el sistema de listado abierto para los actos sujetos a previa licencia.

En estos términos también se ha pronunciado el TS en su sentencia de 20 de enero de 1990 (RJ 1990, 551), que comienza su fundamento de derecho tercero diciendo: «todas las actividades que implican un uso artificial del suelo están sometidas a control previo destinado a comprobar su adecuación a las normas aplicables a cada caso».

permanece vigente para aquellas Comunidades y Ciudades Autónomas que no tengan aprobada su propia normativa ambiental.

Las actividades clasificadas son todas las que el RAMINP calificaba como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, por ser potencialmente generadoras de daños para la salud de las personas, el medio ambiente o bienes, y son las que las legislaciones autonómicas vienen sometiendo a alguno de los mecanismos de control ambiental.

Por otro lado, las actividades inocuas son todas aquellas, que por sus características no cabe presumir que vayan a producir molestias significativas, alterar las condiciones normales de seguridad e higiene en el medio ambiente u ocasionar daños a bienes públicos o privados, ni entrañan un riesgo apreciable para las personas, y por tanto no están sujetas a ningún procedimiento de evaluación ambiental.

El ejercicio de una actividad, sea clasificada o inocua, con carácter general, está sujeta a la obtención de la previa licencia municipal. Así, el RSCL, en su art. 22.1, se refiere a la licencia de apertura como aquella que legitima el inicio del ejercicio de una actividad privada, y dice así: «Estará sujeta a licencia de apertura de establecimientos industriales y mercantiles». En este sentido, la intervención municipal en la licencia de apertura «tenderá a verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad y las que en su caso estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados» (art. 22.2 del RSCL).

Por lo que se refiere a las actividades clasificadas, el RAMINP, en su art. 34, diferencia entre «licencia de instalación de actividad» y el «inicio del ejercicio de la misma» cuando establece: «Obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente, no sólo por la actividad de que se trate, sino también por la naturaleza del daño que pueda causarse. En el caso de que no dispusiere el Ayuntamiento de tal funcionario, podrá solicitarlo del correspondiente Organismo provincial».

Estas dos normas (RSCL y RAMINP), han llevado a algunas legislaciones autonómicas a diferenciar entre «licencia de apertura» y «licencia de actividad», exigiéndose la primera para los establecimientos comerciales e industriales que no requieran licencia de actividad clasificada, tendente a asegurar que los locales e instalaciones reúnen las debidas condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad; y la segunda, para las actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, conforme a lo dispuesto en las legislaciones que las regulan<sup>7</sup>.

Finalmente, el TS califica de artificiosa a la distinción entre licencia de apertura y de actividad, «confundiendo seguramente esa distinción, jurídicamente inexistente (pues la licencia de apertura se concede precisamente para que se ejerza la actividad), con la diferencia que sí hay, dentro del Reglamento de Actividades, entre la licencia para la instalación de la actividad (arts. 29 al 33 de dicho Reglamento), y la autorización de apertura para el ejercicio de la misma (art. 34 del propio Reglamento)»<sup>8</sup>.

## 2. OBJETO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y DE ACTIVIDADES

La intervención municipal en materia de urbanismo, se traduce en «el ejercicio de potestades referidas al planteamiento, gestión y ejecución de los instrumentos planificadores y a la intervención administrativa frente al ejercicio de las facultades dominicales sobre los actos de uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas concretas»<sup>9</sup>, cuya finalidad última es conseguir el bienestar ambiental del entorno urbano y por ende mejorar la calidad de vida de los ciudadanos<sup>10</sup>.

La finalidad de la licencia urbanística es verificar si lo pretendido se ajusta a la normativa de aplicación, como establece el art. 22 del RSCL «En todo caso se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana y, además, si concurren las circunstancias que se expresan para cada uno de los relacionados (...)».

Ahora bien, la propia licencia urbanística está llena de aspectos ambientales, puesto que su finalidad inmediata es verificar que los actos de uso del suelo, construcción y edificación que se pretenden realizar se ajustan al ordenamiento urbanístico vigente, y siendo que la ordenación urbanística tiene como finalidad última garantizar un entorno ambiental urbano adecuado para el desarrollo de la vida humana, ésta será también la finalidad mediata de las licencias urbanísticas.

Por otro lado, la licencia de actividad también tiene su vertiente urbanística, puesto que con

<sup>7</sup> Por ejemplo, véase el art. 230 y siguientes de la Ley 3/2009 de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

<sup>8</sup> Sentencia de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993,1631, fundamento de derecho cuarto).

<sup>9</sup> Según la Sentencia del TC 61/97, de 20 de marzo.

<sup>10</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y DOMÍNGUEZ BASCÓN, P., «Medioambiente urbano. Incidencia del entorno ambiental en la legislación urbanística española del siglo XX», editorial Ería, 45 (1998), pág. 74

<sup>11</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y DOMÍNGUEZ BASCÓN, P., «Medioambiente urbano. Incidencia del entorno ambiental en la legislación urbanística española del siglo XX», editorial Ería, 45 (1998), pág. 76

la licencia de actividad o apertura, no solo se controla que los locales o instalaciones donde se pretende ubicar la actividad reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, sino además, si la propia actividad se ajusta a los usos autorizados para la zona por el instrumento de planteamiento vigente.

De lo hasta aquí expuesto, podemos apreciar que las licencias urbanísticas y de actividades están separadas por un estrecho margen<sup>12</sup>, ya que todo lo urbanístico está imbricado de aspectos medioambientales y viceversa<sup>13</sup>.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA

Las licencias urbanísticas y las de actividades, son actos administrativos declarativos de derechos, enmarcados dentro de la categoría de las autorizaciones municipales, que permiten a un sujeto ejercer un derecho del que ya era titular, previa comprobación de que se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable. Además, las licencias son una manifestación del ejercicio de la actividad administrativa de policía o limitación, ya que en numerosas ocasiones nuestro Ordenamiento exige que no se puedan ejercitar ciertos derechos hasta que una Administración verifique que se cumplen los requisitos legalmente establecidos, con el fin de satisfacer el interés público concretado en la ley, tratando de asegurar que con el ejercicio de derechos individuales no se ponga en peligro intereses de orden público, tales como salubridad, la higiene, el medio ambiente, la estética urbana, o la seguridad de terceros, entre otros<sup>14</sup>.

También los dos tipos de licencias tienen un carácter real, pues su otorgamiento o denegación depende del objeto sobre el que recae (suelo y actividad que se pretende desarrollar), «sin tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante y sin alterar las relaciones privadas entre particulares». De ahí que las licencias se entienden otorgadas «sin

<sup>12</sup> Vid. DOMPER FERRANDO, Javier «Análisis de algunas licencias urbanísticas y de otras licencias y autorizaciones conectadas o relacionadas con aquellas», en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Dir. MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1633-1635.

<sup>13</sup> Vid. SETÚAN MENDÍA, Beatriz «Introducción: la integración inescindible entre urbanismo y medio ambiente», en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Dir. MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1633-1635.

Igualmente, Vid. RASTROLLO SUAREZ, Juan José, «El impacto de la Directiva Bolkestein en el ámbito municipal: especial referencia al urbanismo», en *Noticias de la UE*, núm. 317, junio 2011, pág. 157, habla del «medio ambiente como principio informador del urbanismo moderno»

<sup>14</sup> Vid. BUSTILLO BOLADO, Roberto «Condicionamiento de licencias», en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1100.

perjuicio de terceros y dejando a salvo el derecho de propiedad» (art.10 del RSCL).

Igualmente, tanto las licencias urbanísticas como las de actividades son en principio transmisibles, sin perjuicio de tener que comunicarlo al Ayuntamiento competente, para que éste pueda proceder a modificar los datos obrantes sobre la titularidad de la licencia (art.13 RSCL).

Por su parte, las licencias urbanísticas tienen una naturaleza estrictamente reglada, porque lo que puede hacerse y no hacerse está en el plan, debiendo denegarse la licencia en caso de no hacerlo, sin perjuicio de la posibilidad de condicionar la licencia al cumplimiento de una norma concreta; mientras que las licencias de actividad tienen un componente valorativo, que se concreta en la facultad discrecional de la Administración de sujetar el ejercicio de una actividad a determinadas condiciones o incluso de oponerse a su ejercicio<sup>15</sup>.

Además, las licencias urbanísticas tienen un objeto diferente a las licencias de actividades. Las urbanísticas son «por operación» (una obra concreta) y se agotan con la ejecución de esa operación. Las de actividad son «de funcionamiento», y por tanto disciplinan el futuro, son de tracto sucesivo o continuado, y mantendrán su vigencia mientras subsistan las condiciones que motivaron su otorgamiento, y si no se cumplen, puede dar lugar a la imposición de sanciones o incluso a la revocación de la autorización (art.16.1 del RSCL), lo que implica la existencia una relación estable entre la Administración y el administrado, que a su vez provoca un control permanente de la actividad para garantizar el interés público tutelado.

#### 4. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS A LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y DE ACTIVIDADES

En primer lugar, destacar que ni la multitud de licencias urbanísticas y de actividades existentes, ni la falta de una coordinación fuerte en la trasposición de la Directiva de Servicios en un Estado descentralizado como el nuestro, han impedido que aparezcan intentos de aplicación de la Directiva de Servicios en materia de licencias urbanísticas y de actividades en los tres niveles administrativos (estatal, autonómico y local). No obstante, sólo vamos a centrarnos en el estudio de la legislación estatal y autonómica, por motivos prácticos.

<sup>15</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «El Medio Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales», en *Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1973, págs. 111 y 112.

## 4.1 Legislación estatal

Aun siendo la regulación de las licencias urbanísticas y de actividades competencia eminentemente autonómica, tras la Directiva de Servicios nuestra legislación estatal ha sufrido algunas modificaciones, entre las que destacan las siguientes:

a) La inclusión de las técnicas de la Comunicación Previa y la Declaración Responsable, no sólo en la legislación básica de procedimiento administrativo (art. 71 bis, de la LRJ-PAC), sino que también en la propia LBRL (art. 84), aparecen junto con el resto de las tradicionales técnicas de intervención administrativa, lo que implica la posibilidad de utilizar estas técnicas como sustitutivas de las tradicionales licencias.

b) El enaltecimiento que adquieren los principios de proporcionalidad y de simplificación administrativa (art. 39 bis de la LRJ-PAC y art. 84.2 de la LBRL), que deben presidir toda la actuación administrativa, y que por tanto también alcanza a la intervención administrativa que se deriva de las licencias municipales.

c) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, suprime con carácter general la licencia de actividad, salvo que resultase justificada para la protección de la salud o seguridad pública, el medio ambiente o el patrimonio histórico-artístico, o cuando requiriesen de un uso privativo y ocupación del dominio público pero, en todo caso, condicionada su exigibilidad a un juicio de necesidad y proporcionalidad (art. 84 bis de la LBRL).

d) Sin embargo, la Ley de Economía Sostenible no ha sido suficiente para reducir el número de licencias municipales a sus justos términos, por lo que el Gobierno central dictó el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, que sustituye la licencia municipal de actividad y de obras de acondicionamiento de local que no requieran proyecto, por la comunicación previa o declaración responsable, para un gran número de actividades<sup>16</sup> consideradas de menor trascendencia para el medio ambiente, salud y seguridad, siempre que se ejerzan por medio de establecimiento permanente, con una superficie útil de exposición y venta al público no superior a 300 metros cuadrados<sup>17</sup>.

Ahora bien, la presentación de la correspondiente comunicación previa o declaración responsable no prejuzga la legalidad de la actividad, ni excluye el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección o sanción, debiendo las entidades locales regular

<sup>16</sup> Vid. Anexo del Real Decreto Ley 19/2012, ahora Anexo de la Ley 12/2012

<sup>17</sup> Vid. Arts. 2, 3 y 4 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre

los procedimientos de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el interesado en la comunicación previa o declaración responsable<sup>18</sup>.

e) Se incorpora la ventanilla única en el ámbito local (art. 70.4 bis de la LBRL), que debería permitir a los ciudadanos presentar sus solicitudes de licencias por medios electrónicos y a distancia, debiendo estar a disposición del ciudadano toda la información necesaria de manera clara y eficaz. Si bien es cierto que la solicitud electrónica de licencias, o la presentación de comunicaciones previas y declaraciones responsables por medios electrónicos y a distancia en el ámbito local parece una utopía, pues la Administración española, y sobre todo la Administración local, llevan un retraso importante en el desarrollo de las nuevas tecnologías.

f) Finalmente, cabe destacar la polémica derivada del régimen del silencio administrativo. Así pues, antes de la trasposición de la Directiva, la jurisprudencia del TS culmina con la Sentencia de 28 de enero de 2009<sup>19</sup>, de su Sala Tercera, que confirma la imposibilidad de obtener por silencio administrativo positivo, derechos o facultades en contra de la legislación urbanística o territorial.

Con la trasposición de la Directiva, el panorama no cambió mucho, ya que la Ley 25/2009 dejaba vigente el régimen del silencio administrativo existente con anterioridad.

Fue posteriormente, con la Ley de Economía Sostenible la que, en su art. 40, obliga al Estado y a las Comunidades Autónomas a fijar el silencio administrativo positivo para los procedimientos no cubiertos por una razón imperiosa de interés general.

Finalmente, con fundamento en la Sentencia del TS de 28 de enero de 2009 y en el principio de seguridad jurídica, el legislador estatal aprueba el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, en su art. 26 establece el silencio positivo para una gran variedad de procedimientos iniciados a solicitud del interesado<sup>20</sup>.

En lo referente al régimen del silencio administrativo en las licencias de actividades, nuestro TS condicionaba la obtención de la licencia de actividad calificada por silencio, al cumplimiento del procedimiento dispuesto en el art. 33.4 del RAMINP, que exigía la denuncia de la mora transcurridos cuatro meses desde la solicitud de la licencia, y transcurridos dos meses desde la denuncia, salvo en aquellos casos en que la Comisión hubiere notificado su

<sup>18</sup> Vid. Art. 5 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre.

<sup>19</sup> Vid. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010, págs. 275-292.

<sup>20</sup> Vid. Anexo I del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio

acuerdo desfavorable y se hallase éste pendiente de ejecución por parte del Ayuntamiento, por lo que el mero transcurso del plazo de tiempo no permitía obtener la licencia de actividad calificada por silencio administrativo<sup>21</sup>.

En el régimen vigente, la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, modificada por la Ley 5/2013, de 11 de junio, para adaptarla al Derecho comunitario, en su art. 21.2, fija el régimen del silencio administrativo negativo para la autorización ambiental integrada (autorización prevista para las actividades de mayor repercusión ambiental), señalando que: «Transcurrido el plazo máximo de nueve meses sin haberse notificado resolución expresa, podrá entenderse desestimada la solicitud presentada<sup>22</sup>».

#### 4.2 Legislación autonómica

En lo referente a las licencias urbanísticas, Aragón no ha realizado innovaciones normativas reseñables.

Sin embargo, en lo referente al control administrativo relativo al ejercicio de una actividad, destaca la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, en su art. 60.5, según la redacción otorgada recientemente por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, establece la posibilidad de iniciar aquellas actividades sujetas a licencia ambiental de actividades clasificadas, «mediante la presentación de declaración responsable del titular de la actividad empresarial o profesional avalada por un informe redactado por profesional técnico competente, sin perjuicio de la ulterior obtención de la licencia, debiendo presentar en el plazo de tres meses la solicitud de dicha licencia, junto con toda la documentación que resulte procedente».

Esto no será de aplicación a aquellas actividades que previamente al otorgamiento de la licencia ambiental de actividades clasificadas, requieran alguna de las siguientes

<sup>21</sup> Sentencia del TS, de su Sala Tercera, de 16 de enero de 1996.

Sentencia del TS, de su Sala Tercera, de 17 de septiembre de 1997.

Sentencia del TS, de su Sala Tercera, de 12 de noviembre de 1996.

Sentencia del TS de 26 de Septiembre de 2013 (Rec. Cas. 3593/2011)

Sentencia del TS de 27 de Diciembre de 2013 (Rec. Cas. 423/2011)

Sentencia del TS de 25 de Enero de 2013 (Rec. Cas. 4524/2010)

autorizaciones (art. 60.5 párrafo 2):

«a) Evaluación de Impacto Ambiental, en los supuestos previstos en el Anexo II de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón, y cuando, estando en el Anexo III, se haya resuelto someter a evaluación de impacto ambiental.

b) Autorización de vertederos.

c) Autorización de instalaciones de actividades de gestión de residuos peligrosos.

d) Autorización de instalaciones de actividades de gestión de residuos no peligrosos.

e) Autorización de instalaciones de actividades de gestión de residuos sanitarios.

f) Autorización de centros de tratamiento de vehículos al final de su vida útil.

g) Autorización de emisión de gases de efecto invernadero.

h) Autorización de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera.

i) Autorización de plantas de biogás con subproductos animales no destinados a consumo humano.

j) Autorización de plantas de compostaje con subproductos animales no destinados a consumo humano.

k) Autorización de plantas de incineración y co-incineración con subproductos animales no destinados a consumo humano».

En lo referente al silencio administrativo en materia de licencia de actividades, aunque no es homogéneo en las Comunidades Autónomas, veremos únicamente el tratamiento que le da la legislación aragonesa, por motivos prácticos.

Así, en Aragón se ha optado por seguir el régimen previsto para las licencias urbanísticas, impidiendo adquirir licencias de actividades por silencio en contra de la legislación vigente<sup>22</sup>. Es decir, se ha optado por el silencio negativo, distinto del régimen de silencio positivo condicionado que regía con anterioridad.

También es distinto en cada Comunidad Autónoma el régimen del silencio administrativo previsto para la evaluación ambiental, autorización ambiental o licencia ambiental.

De este modo, la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, dispone el silencio administrativo negativo para la autorización ambiental integrada (art. 49.2), y para la declaración de impacto ambiental (art. 31.3). Asimismo, la Directiva de Servicios exige autorización escrita, como señalan las SSTS de 26 de Septiembre de 2013 (Rec. Cas.

<sup>22</sup> Vid. Art. 243 de la Ley 3/2009, de 17 de junio de Urbanismo de Aragón «En los supuestos de sujeción a licencia urbanística regulados en esta Ley, transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender desestimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación básica estatal».

3593/2011; de 27 de Diciembre de 2013 (Rec. Cas. 423/2011); y de 25 de Enero de 2013 (Rec. Cas. 423/2011).

4.3 ¿Cómo debería aplicarse la Directiva de Servicios a las licencias urbanísticas y de actividades?

Tanto la ejecución de actuaciones urbanísticas, como el ejercicio de una actividad, han venido estando sometidas a la obtención de la previa licencia municipal, estando ahora prohibido por la Directiva, salvo que no sea discriminatoria, sea necesaria por una razón imperiosa de interés general y resulte proporcional, en tanto que no exista otra medida menos restrictiva para conseguir la defensa del interés general concreto que se trata de proteger (art. 9 de la Directiva y art. 5 de la Ley 17/2009).

Por tanto, la Directiva nos obliga a efectuar tres preguntas en las licencias urbanísticas y de actividades:

- a) ¿Es discriminatoria?
- b) ¿Es necesaria?
- c) ¿Es proporcional?

Las licencias urbanísticas y de actividades no son discriminatorias, ya que su naturaleza real determina que se otorguen con independencia de la nacionalidad o de la persona que la solicite.

En cuanto a la valoración sobre la necesidad de la licencia, condiciona el pase a la tercera pregunta, ya que si la licencia no es necesaria porque no exista una razón imperiosa de interés general que la justifique, deberá suprimirse sin necesidad de pasar a la última pregunta. Sin embargo, en el supuesto que la respuesta a la necesidad de la licencia resulte afirmativa, debemos preguntarnos si la licencia resulta proporcional, es decir, si esa razón imperiosa de interés general no puede asegurarse con otro tipo de medida menos restrictiva para la libertad, como es un control posterior o con otras técnicas, como la comunicación previa o la declaración responsable. Si el control posterior al ejercicio de la actividad es suficiente para garantizar el interés concreto que se trata de proteger, la licencia deberá sustituirse por ese control posterior, y del mismo modo, si un control posterior resulta demasiado tarde para conseguir la defensa del interés público concreto, pero resulta suficiente con una comunicación previa o declaración responsable, la licencia deberá sustituirse por alguna de estas técnicas.

Del mismo modo, el procedimiento de otorgamiento de licencias también estará sujeto a

las reglas de simplificación que proclama la Directiva, y que exige que los procedimientos y trámites de autorización sean claros, públicos, objetivos, imparciales, sin carácter disuasorio, sin costes excesivos, con un plazo de resolución razonable y público, donde rija el silencio administrativo positivo, excepto que una razón imperiosa de interés general o los legítimos intereses de terceros requieran lo contrario, debiendo informar al solicitante del plazo previsto, las vías de recursos, así como el sentido del silencio. En los supuestos de solicitudes incompletas, deberá otorgarse un trámite de subsanación. Finalmente, cuando se desestime una solicitud debido a que incumple el procedimiento o los trámites requeridos, los solicitantes deberán ser informados lo antes posible de dicha desestimación<sup>23</sup>.

Aunque todo lo expuesto anteriormente puede no resultarnos novedoso, respecto a la regulación española tradicional de los procedimientos y trámites de otorgamiento de licencias<sup>24</sup>, también ahí debe efectuarse una revisión individualizada de cada uno de los procedimientos y trámites, simplificándolos<sup>25</sup>.

1. Por otra parte, también habrá que revisar los requisitos exigibles para ejecutar una actuación urbanística o ejercer una actividad, y asegurarnos que no son discriminatorios, que están justificados por una razón imperiosa de interés general y que son proporcionados, claros, inequívocos, objetivos, públicos, transparentes y accesibles. Además, en ningún caso podrán exigirse controles previos o garantías equivalentes o comparables, a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado Miembro y que no se trata de alguno de los requisitos prohibidos por la Directiva de Servicios<sup>26</sup>.

Finalmente, las entidades locales, también deberán realizar actuaciones necesarias para permitir que las licencias urbanísticas y de actividades, puedan solicitarse y tramitarse electrónicamente, a distancia, por medio de la ventanilla única, donde obrará toda la información necesaria a tal fin<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Vid. Art. 13 de la Directiva de Servicios y art.6 de la Ley 17/2009

<sup>24</sup> El procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas y de actividades, será el establecido en cada una de las Ordenanzas Locales, o en la legislación sectorial de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la posibilidad de acudir supletoriamente al procedimiento de otorgamiento de licencias previsto en el art.9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

<sup>25</sup> Vid. GARCÍA GARRO, M<sup>a</sup> Aránzazu, «Impacto de la Directiva de Servicios en las Licencias Urbanísticas y de Actividades», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y edificación*, núm 26, 2013, pág. 149.

<sup>26</sup> Vid. Art.14 de la Directiva de Servicios.

<sup>27</sup> Vid Art.8 de la Directiva de Servicios.

## IV. LA ORDENACIÓN ESPACIAL DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

### 1. INTRODUCCIÓN

Hemos visto que puede haber una serie de procedimientos autorizatorios limitativos de la libertad de establecimiento, cuando concurran una serie de requisitos. A saber, que sean proporcionados, que no resulten discriminatorios, y que estén amparados por una razón imperiosa de interés general.

De forma paralela a esta eliminación de restricciones a la libertad de establecimiento, aparece en la UE una creciente preocupación por asegurar un desarrollo sostenible, respetuoso con el medio ambiente, que ha quedado plasmado en una intensa labor legislativa, en forma de Directivas y Reglamentos, que responden a principios propios de la UE<sup>1</sup>.

Al margen de estas iniciativas comunitarias dirigidas a la protección ambiental, que han obligado a los Estados Miembros a introducir en sus normativas procedimientos conducentes a la evaluación de impacto ambiental, y sobre todo, la evaluación ambiental estratégica, también se han aprobado textos de carácter programático que patrocinan el modelo de ciudad compacta como el marco idóneo para alcanzar un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, así como la evaluación del nivel y calidad de vida (principios contemplados en el art.2 del Tratado Constitutivo de la UE), que pretenden poner freno a los fenómenos de expansión urbana descontrolada que han sufrido las ciudades europeas<sup>2</sup>.

Concretamente, para llevar a cabo estos objetivos, se apuesta por el modelo de ciudad compacta para que, en el desarrollo de las ciudades, se atiendan a criterios de multifuncionalidad o mezcla de usos, continuidad del entramado urbano, accesibilidad de todos los espacios a todos los ciudadanos, independientemente de su condición social,

<sup>1</sup> El medio ambiente ostenta el *status* de política comunitaria. Así, en los arts. 4 y 11 del TFUE (antiguos arts. 3 y 6 del Tratado Constitutivo de la UE), refieren entre los principios de la UE, la consecución de un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, reconociéndole la competencia para emprender acciones en este sentido.

<sup>2</sup> En este sentido BIELZA DE ORY (2001) ha afirmado que «se identifica que, a pesar del casi nulo crecimiento demográfico de las ciudades europeas, la disminución del tamaño de la unidad familiar y la tendencia inherente a la elevación del nivel de vida de un mayor consumo per capita de superficie habitable, se traducen en un incremento de la vivienda y de terrenos edificables. Ello significa desarrollos periurbanos cada vez más extensos, unas veces planificados y otras de forma incontrolada o ilegal, y también de residencias secundarias en ciudades de fin de semana. Todo ello repercute en incrementos de consumo de energía, infraestructuras y degradación ambiental».

reducción de la movilidad obligada, etc.

Lo contrario a este modelo de ciudad compacta es el modelo anglosajón, o ciudad dispersa, caracterizado por su expansión en forma de «mancha de aceite», que supone una pérdida de complejidad de las funciones de la ciudad, creando una dependencia casi absoluta del vehículo a motor, mermando con ello el valor de los espacios naturales, generando un impacto social en forma de segregación de clases sociales, etc<sup>3</sup>, y en la cual los grandes establecimientos comerciales, sobre todo los situados en la periferia, han contado con una oportunidad para su extensión y éxito, de tal forma que algunos autores los consideran fenómenos que van íntimamente unidos<sup>4</sup>.

Por ello, la única forma de conservar un régimen de intervención limitativo del derecho de libertad de establecimiento de esta tipología comercial estaría justificado en el impacto que tuviesen sobre el modelo de ciudad compacta defendido por las instancias comunitarias, quedando amparado en la razón imperiosa de interés general relativa a la protección del entorno urbano.

Para ello, se parte del carácter restrictivo con el que la Directiva de Servicios contempla los procedimientos autorizatorios que afectan a la libertad de establecimiento y, en consecuencia, se propone exclusivamente una intervención pública en aquellas tipologías comerciales que por sus grandes dimensiones supongan realmente un impacto a nuestras ciudades y al equilibrio de nuestro entorno.

## 2. EL MODELO DE CIUDAD COMPACTA

### 2.1 Introducción

Como ya hemos hecho referencia anteriormente, una de las razones imperiosas de interés

<sup>3</sup> En este sentido, Vid. LÓPEZ PÉREZ, Fernando «La ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales», en *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el Urbanismo comercial*, Ed. Atelier, págs. 169-171.

También en este sentido, LÓPEZ RAMÓN (2007 págs. 89 y 90) considera que «la segregación urbana viene identificada con la formación de guetos, que son fuente de inestabilidad social, marginación y violencia en todo el mundo. En Estados Unidos, el foso económico y social entre razas y las clases ha podido ser identificado como el mayor problema de la sociedad norteamericana, donde resulta habitual contraponer la pobreza característica de los habitantes de las inner cities, con la riqueza de promoción típicas de los suburbs».

<sup>4</sup> Así, para VILLAREJO GALENDE (2008 pág. 91) «es innegable la estrechísima relación entre el modelo de ciudad y el modelo de comercio que en ella se asienta. Puede hablarse de un paralelismo entre, por un lado, la ciudad concéntrica y el comercio tradicional, y por el otro la ciudad difusa y la gran superficie periférica».

general, a los efectos de la Directiva de Servicios, es la relativa a la protección del entorno urbano, la cual está vinculada también a la ordenación del territorio.

Sin embargo, cabe preguntarse qué debemos entender por protección de entorno urbano en el ámbito comunitario, y sobre todo cuál es el alcance concreto de esta protección.

Para responder a estas cuestiones, sólo podemos atender a criterios interpretativos que se deriven del propio Ordenamiento comunitario o de sus Instituciones. De este modo, acudimos a la ordenación del territorio, disciplina sobre la que la UE no tiene, en principio, competencias expresas atribuidas, y también a la consecución de un medio ambiente urbano adecuado, cercana a la disciplina del urbanismo, sobre la que tampoco tendría, en principio, competencias atribuidas.

En ambos casos se llega a la misma conclusión: la protección del modelo de ciudad compacta, conclusión que se ha alcanzado a través de textos de carácter programático, el denominado *soft law*. Así, aunque éstos no tengan valor jurídico alguno, sí que suponen un marco de directrices o propuestas de actuación que deben informar la actuación de los Estados Miembros y de la UE, y que puede servir como criterio interpretativo<sup>5</sup>.

## 2.2 La Estrategia Territorial Europea. Una apuesta por la ciudad compacta

Como es sabido, la UE no tiene atribuidas competencias en materia de ordenación del territorio. Sin embargo, muchas de las competencias sectoriales que sí tiene atribuidas, inciden sobre el territorio. De este modo, comienza una creciente preocupación por esta materia, que se materializa con la celebración de reuniones periódicas de los Ministros responsables de ordenación del territorio, la primera en Nantes en 1989, que han derivado en la aprobación de textos comunitarios sobre ordenación del territorio.

Hasta la fecha, el documento comunitario clave, a estos efectos, es la denominada Estrategia Territorial Europea (en adelante ETE)<sup>6</sup>, y que se constituye como la referencia de la ordenación del territorio desde una perspectiva comunitaria, y en la cual se realizan constantes alusiones al modelo de ciudad compacta. La ETE constituye un marco adecuado de

<sup>5</sup> A este respecto, LÓPEZ RAMÓN (2007 pág. 17), relativo al *soft law*, destaca que «el observador atento podrá observar en ellos el diseño de futuros elementos normativos que pueden alcanzar la obligatoriedad y, en todo caso, fundados criterios que debieran vertebrar las políticas urbanas».

<sup>6</sup> Acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, en mayo de 1999, con el nombre completo de «Estrategia Territorial Europea. Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE».

orientación para las políticas sectoriales con repercusiones territoriales de la UE y los Estados miembros, así como para las autoridades regionales y locales, a fin de conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio europeo

La ETE se hace eco, en definitiva, de las preocupaciones que por el uso del suelo se habían dado años antes en otras instancias internacionales.

En la ETE, dirigida al solapamiento de un marco político para mejorar la coherencia de las políticas sectoriales con incidencia territorial, se destaca, en su punto 3, que «las políticas de desarrollo territorial pretenden conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE», pretendiendo que se alcancen por igual en todos los territorios de la UE, la cohesión económica y social, la conservación y gestión de los recursos naturales y del patrimonio cultural y una competitividad más equilibrada del territorio europeo.

En este texto, se reconoce a la ciudad un papel preponderante como marco idóneo de la política territorial europea, encontrándonos en la ETE firme apuesta por el modelo de ciudad compacta.

Así, dentro del apartado 3.2.2 de la ETE «Ciudades y regiones urbanas dinámicas, atractivas y competitivas», se alude a lo decisivo que resultan, para el desarrollo sostenible de las ciudades, los siguientes aspectos:

- a) El control de la expansión urbana.
- b) La mezcla de funciones y grupos sociales (en particular, en las grandes ciudades, donde una parte creciente de la población se ve amenazada por la exclusión social.
- c) La gestión inteligente y economizadora de los recursos del ecosistema urbano (en particular, el agua, la energía y los residuos).
- d) Una mejor accesibilidad gracias a medios de transporte que sean no sólo eficaces, sino también compatibles con el medio ambiente.

Estos cuatro aspectos, que caracterizan a la ciudad compacta, resultan confirmados en otros apartados de la ETE. Así, en el punto 281, se alude a que «el crecimiento anárquico genera un desarrollo más intenso del tráfico privado, aumenta el consumo de energía, encarece la infraestructura y los servicios», o en el punto 282, donde se pone de manifiesto la necesidad de encontrar «soluciones y modelos sostenibles para la planificación y el control de la expansión urbana».

<sup>7</sup> En este sentido, el punto 184 de la ETE «sugiere a los Estados Miembros que tengan en cuenta de forma apropiada los objetivos y opciones políticas de la ETE a la hora de elaborar su planificación territorial nacional, y que informen públicamente de sus experiencias de cooperación europea en materia de desarrollo territorial».

En definitiva, la ETE resalta los beneficios del modelo de ciudad compacta sobre los sectores ambiental, económico y social, y del que surge una orientación que los Estados Miembros deben tener en cuenta en su actuación, lo que implica la adopción de medidas que conduzcan a su protección y, por extensión, la omisión de prácticas (o su permisividad) que conlleven un ataque sobre el mismo<sup>7</sup>.

### 2.3 El urbanismo sostenible

Una segunda aproximación al modelo de ciudad compacta lo encontramos en el urbanismo sostenible, con el objetivo de generar un entorno urbano que no atente contra el medio ambiente, y que proporcione recursos urbanísticos suficientes, no sólo en cuanto a las formas y la eficiencia energética y del agua, sino también por su funcionalidad. Este es un criterio que también ha adquirido un papel relevante en el ámbito comunitario, de forma paralela a la vertiente territorial vista anteriormente.

Este modelo de urbanismo se identifica en un urbanismo supranacional europeo, caracterizado por la idea del desarrollo sostenible, que ha tenido reflejo en multitud de textos, también de carácter programático, y en foros de ámbito internacional. Así, la ONU, a mediados de los setenta, a través del Programa *Hábitat* asumió el mandato de la Asamblea General de promover ciudades sostenibles, con un marcado carácter social, que se plasmaba en el objetivo de proveer de vivienda adecuada para todos<sup>8</sup>.

Otro hito del urbanismo sostenible lo constituyen las Agendas 21 local<sup>9</sup>, que suponen un «compromiso de los pueblos y ciudades con el desarrollo sostenible, un programa universal para hacer compatible el progreso con el medio ambiente urbano», y que en Europa alcanzó un gran protagonismo a raíz de la Conferencia europea de Ciudades y Pueblos Sostenibles,

<sup>8</sup> Los principales documentos que configuran el mandato de la ONU *Hábitat* son:

- Declaración de Vancouver de 11 de junio de 1976.
- Agenda Hábitat de 14 de junio de 1996.
- Declaración de Estambul: Resoluciones de la Asamblea General de la ONU 51/177 de 16 de diciembre y 53/242 de 28 de julio de 1998.
- Declaración del Milenio de 8 de septiembre de 2000.

<sup>9</sup> El desarrollo de la Agenda 21 se inició en 1989 con la aprobación en la Asamblea extraordinaria de las Naciones Unidas en Nueva York de una Conferencia sobre el medio ambiente y el desarrollo, y definitivamente impulsada a través de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre de Río o Cumbre de la Tierra), llevada a cabo en 1992 en Río de Janeiro, en la cual, representantes de 179 países acordaron su adopción.

celebrada en Aalborg en 1994, donde se aprobó la denominada Carta de Aalborg. En la misma, se alude al modelo de ciudad compacta, destacando la importancia del «control urbanístico como procedimiento legal o administrativo a nivel local para controlar la localización y la configuración del desarrollo urbano y los cambios de uso en los edificios».

En cualquier caso, la esencia del urbanismo sostenible está en que, en la adopción de las decisiones que afecten a la ciudad, se atienda, entre otros, a los siguientes aspectos:

- La densificación de la ciudad, reducción del consumo de suelo.
- La multifuncionalidad o mezcla de usos en la ciudad. La accesibilidad.
- La potenciación del transporte público, frente al vehículo privado. La movilidad sostenible.
- La continuidad en el entramado urbano.
- La rehabilitación de los centros degradados de las ciudades.
- El uso eficiente del agua y el fomento en el uso de las energías renovables.
- La protección del patrimonio cultural y los espacios naturales próximos a la ciudad.

De estos movimientos internacionales que propugnan un urbanismo sostenible, no ha sido ajena la UE, a través de una labor plasmada en multitud de textos que, sin embargo, carecen de efectos jurídicos.

En cualquier caso, el primer paso se dio a través del *Libro Verde de la CE* en 1990, y la política URBAN, y, hasta el momento, estos trabajos han finalizado con:

a) La Estrategia Temática por un Medio Ambiente Urbano, de 2006, que es una Comunicación de la Comisión de 11 de enero, refiriéndose a la necesidad de «promover modelos de asentamiento que usen eficazmente los recursos, limitando con ello la utilización de terreno y expansión urbana». Este documento ostenta un cierto carácter ejecutivo, por cuanto permite el uso de los Fondos Estructurales para apoyar inversiones con las que mejorar la calidad del entorno urbano.

b) La Carta de Leipzig, aprobada por los Ministros responsables de urbanismo y ordenación del territorio en Leipzig, en mayo de 2007. En esta Carta, se refieren ideas de un uso eficiente y sostenible de los recursos que constituya una estructura compacta de asentamientos, y evitar la expansión descontrolada de las ciudades y la integración de los usos de vivienda, de empleo, de educación, de suministros y de recreo en los barrios (Recomendación I de la Carta). Por otra parte, se recogen referencias relativas al transporte sostenible, la movilidad o la igualdad de oportunidades (Recomendación II), en un sentido parecido a la ETE.

En definitiva, tanto en la Estrategia de 2006 como en la Carta de Leipzig, se alude a extremos que constituyen las características esenciales que definen al modelo de ciudad compacta.

Además, estos trabajos han tenido un reflejo expreso en nuestro país, a través de la Estrategia de Medio Ambiente Urbano, elaborada por el Ministerio de Medio Ambiente, basada en la Estrategia Temática por un Medio Ambiente Urbano, de 2006, que resulta ser un manual sobre el significado del modelo de ciudad compacta y sus beneficios, e incluso han influido en la nueva legislación estatal de suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), pero sin carácter jurídico, ya que tan sólo plantea unas directrices para conducir a los pueblos y ciudades hacia un desarrollo sostenible.

### 3. LAS BASES PARA UNA ORDENACIÓN ESPACIAL DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Tras el examen de la Directiva de Servicios, ahora corresponde regular la ubicación de este tipo de establecimientos, con el objeto de minimizar los impactos y externalidades que de su implantación se derivan sobre el modelo de ciudad compacta. Especialmente, cuando estos grandes establecimientos se ubican en la periferia de las ciudades, creando espacios monofuncionales a las afueras, hecho éste cada vez más habitual y que conlleva repercusiones de carácter ambiental, social, urbanístico y territorial, llegando estos establecimientos a ser causa y consecuencia de la creciente transformación de las ciudades hacia modelos de urbanización expansiva. Es por ello necesario una intervención pública para controlar todo este impacto en el entorno urbano.

#### 3.1 Cuestiones previas

En primer lugar, la elaboración de un modelo de ordenación de este tipo de establecimientos exige delimitar el ámbito subjetivo de aplicación. Es decir, debemos concretar y fijar cuáles son los establecimientos susceptibles de generar impactos que supongan un quebranto en nuestro entorno urbano.

La mayoría de leyes autonómicas, y la LOCM, omiten en el cómputo para ser considerado gran establecimiento a aquellos espacios que se dedican a la prestación de servicios, tales como cines, bares, restaurantes, etc. la implantación de un modelo que atienda a cuestiones urbanísticas y territoriales no debería distinguir el tipo de negocio que se desarrolla en las

instalaciones objeto de intervención, sino que debería atenderse necesariamente a la capacidad que tuviese para atraer al público<sup>10</sup>.

Para finalizar con el ámbito subjetivo, cabe mencionar que el modelo debería tener en cuenta, a su vez, la concreta ubicación espacial del establecimiento. Así, los situados en el centro de la ciudad no pueden recibir el mismo tratamiento respecto de aquellos que se ubiquen en la periferia, aun contando con características análogas, ya que los impactos territoriales y urbanísticos que uno y otro generan no son iguales.

Al margen del ámbito subjetivo, la elección de la protección del entorno urbano como la razón imperiosa de interés general que sirve de base a la Ordenación espacial propuesta, implica que ésta se ejecute a través de instrumentos de planificación propios del urbanismo y de la ordenación del territorio.

A este respecto, tanto el urbanismo como la ordenación del territorio son competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, y ello valida el establecimiento de límites normativos a la instalación de grandes establecimientos comerciales sin que ello suponga una infracción del derecho a la libertad de empresa<sup>11</sup>.

Por otro lado, el art.4.8 de la Directiva de Servicios, que contempla la protección del entorno urbano como razón imperiosa de interés general; el Considerando 40, que lo extiende a la planificación urbana y rural; y el Considerando 9, que impone que los prestadores respeten las normas sobre ordenación del territorio y urbanismo, constituyen motivos suficientes para concluir que la utilización de estos instrumentos de planificación resultan plenamente compatibles para el establecimiento de limitaciones y condicionamientos a la libertad de establecimiento, siempre y cuando se respeten los restantes requisitos incluidos en la Directiva de Servicios.

Así pues, los instrumentos de planificación urbanística y territorial resultan aptos para el establecimiento de una Ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales, fomentando el modelo de ciudad compacta para garantizar un adecuado acceso al suministro de bienes y servicios a todos los habitantes de la ciudad, con independencia de su condición social, capacidad adquisitiva, lugar de residencia, etc.

<sup>10</sup> En este sentido, LÓPEZ PÉREZ, Fernando, «*El impacto de la Directiva de Servicios sobre el Urbanismo Comercial*», Ed. Atelier, pág. 204

<sup>11</sup> Vid. STC 27/1993, de 9 de julio.

### 3.2 Formulación de las Bases. Por una regulación territorial y urbanística

A la vista de todo lo visto anteriormente, se establecen las Bases que configurarían la Ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales:

a) Se plantea una regulación territorial y urbanística. No tiene sentido, por tanto, que sean leyes comerciales las que regulen la intervención. La ordenación propuesta debería realizarse a través de la legislación urbanística y territorial, introduciendo en las mismas las disposiciones generales pertinentes que amparen la utilización de los instrumentos de planeamiento de ambas disciplinas, con el fin de establecer una Ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales. Además, la intervención sólo se dirigiría a aquellos establecimientos que, por sus dimensiones, supusiesen un impacto supramunicipal. En consecuencia, deberían derogarse aquellas disposiciones de las legislaciones comerciales que implantan la autorización comercial, por resultar manifiestamente incompatibles con la Directiva de Servicios.

b) Se opta por un Plan Territorial de elaboración autonómica, de carácter específico y exclusivo (sectorial y de aplicación general a todo el territorio de la Comunidad Autónoma), destinado a la ordenación de las áreas comerciales y su integración en el hecho urbano y territorial. Este Plan Territorial Sectorial debería ser elaborado por el Departamento competente en ordenación del territorio. Además, en su elaboración debería quedar garantizada la participación real de los municipios, sobre todo de las capitales de provincia y de los situados en el área metropolitana de dichas ciudades.

c) Debería fomentarse que la implantación de los grandes establecimientos comerciales se haga dentro del casco urbano de las ciudades o en nuevos desarrollos residenciales que vayan a integrarse en el entorno urbano. Este trato preferencial, frente al comercio periurbano, se basaría en que la ubicación de este tipo de establecimientos en espacios centrales de la ciudad suponen un impacto sobre el modelo de ciudad compacta a proteger.

d) En el régimen previsto para el comercio urbano, los Planes municipales de ordenación urbana general se constituirían como los instrumentos idóneos para regular este tipo de establecimientos. En estos casos, una vez aprobado el Plan General, el particular tan sólo tendría que obtener la licencia urbanística de edificación y de apertura o de actividad. Ahora bien, esta libertad reconocida a los municipios quedaría limitada mediante tres mecanismos:

A) En el Plan Territorial Sectorial deberían contenerse criterios sobre la ubicación en las ciudades. No tendrían el carácter de vinculantes, si bien la separación de los mismos por el municipio tendría que ser motivada.

B) La superación de los estándares máximos implicarían su sometimiento al régimen del comercio periurbano.

C) Las previsiones por el municipio para la implantación de un gran establecimiento deberían realizarse en el Plan General (sujeto, por tanto, a control de la intervención de órganos autonómicos sobre su adecuación al Plan Territorial). No sería posible, por tanto, que se desarrollase un gran establecimiento a través de un Plan Parcial si previamente el Plan General no lo hubiera previsto, al menos, de forma general.

e) A aquellos grandes establecimientos cuya ubicación pretenda planearse fuera del casco urbano de las ciudades, se les aplicaría el régimen de comercio periurbano. En estos casos, el Plan Territorial Sectorial establecería disposiciones vinculantes que atenderían a aquellos extremos que pudieran poner en peligro el modelo de ciudad compacta, tales como la lejanía con los núcleos de población de sus clientes potenciales, superficie de ocupación de suelo, facilidades a los mismos a través del transporte público, riesgo de espacios monofuncionales, etc. Con el fin de acreditar estos extremos, la modificación o revisión del Plan General tendría que incorporar en su tramitación el Estudio de impacto sobre la estructura urbana, a través del cual se justificaría el cumplimiento de los requisitos territoriales y urbanísticos contenidos en el Plan Territorial, acreditando que su implantación en el espacio elegido no iba a suponer un impacto sobre el modelo de ciudad compacta.

f) Reconociendo el papel estructurante que el comercio ostenta y su carácter de dotación urbanística, debe asegurarse que, en el centro de las ciudades y en los nuevos desarrollos residenciales, existan espacios reservados al ejercicio de esta actividad comercial.

Los denominados estándares urbanísticos constituyen el instrumento idóneo para este fin, a través de los cuales se impondría al planeamiento urbanístico la previsión de unos ratios de superficie mínima dedicada al uso comercial, evitándose, de este modo, la aparición de las ciudades-dormitorio, tan habituales en las últimas décadas.

Así pues, el Plan Territorial Sectorial que fijara el Modelo de Ordenación de los grandes establecimientos comerciales, tendría que establecer unos estándares mínimos de dotación comercial. Estos estándares urbanísticos mínimos de reserva para uso comercial se aplicarían exclusivamente al régimen de comercio urbano (por ejemplo,  $3\text{m}^2/\text{vivienda}$ ), asegurándose así que los nuevos desarrollos residenciales contasen con una suficiente dotación comercial para sus habitantes. Dicho estándar mínimo reservaría, además, un porcentaje destinado a espacios comerciales en los bajos de edificios residenciales.

Del mismo modo, debería establecerse sólo para el régimen de comercio urbano exclusivamente, un estándar comercial máximo para grandes establecimientos que, una vez

superado, implicase la aplicación del régimen de comercio periurbano y, en consecuencia, el Plan Territorial tendría un aspecto vinculante, y además, una necesidad de aportar un Estudio de impacto sobre la estructura urbana con motivo de la modificación o revisión del Plan General. De este modo, una vez superado el estándar máximo, la ubicación del gran establecimiento ya no sería de la exclusiva incumbencia de los Ayuntamientos, sino que habría intervención y control de la Comunidad Autónoma. Este estándar máximo no supone una imposibilidad de superarlo, solo que en tal caso se aplica el régimen de comercio periurbano, con la consecuencia de no aplicar el art. 12.1 de la Directiva de Servicios que dispone que cuando el número de autorizaciones estuviese limitado, por escasez de recursos naturales (como es el suelo), se debe aplicar un proceso de selección, que encaja difícilmente con el Derecho de propiedad y con nuestro sistema urbanístico.

g) Se elimina la autorización o licencia autonómica, así como cualquier informe previo en los términos recogidos en las normativas comerciales (subsistiendo sólo en la tramitación del Plan General que prevea suelo comercial sometido al régimen de comercio periurbano, a través del Estudio de impacto sobre la estructura urbana, convertido de este modo, en una especie de procedimiento autorizatorio). En el caso del régimen de comercio urbano, y siempre y cuando no se superase el estándar máximo, la apertura de un gran establecimiento quedaría al libre arbitrio de la Administración municipal. En consecuencia, la intervención autonómica se limitaría a comprobar la adecuación del planeamiento urbanístico general, y del Estudio de impacto sobre la estructura urbana en su caso, quedando esta intervención insertada dentro del procedimiento normal de tramitación del planeamiento urbanístico, sin generar, por ello, dilaciones indebidas, ni suponiendo un doble procedimiento de control.

h) Por último, la redacción de todos los instrumentos de planificación deberían estar caracterizados por una motivación adecuada y extensa, con criterios claros y objetivos, justificándose las elecciones realizadas por el planificador, todas ellas relativas a la protección del modelo de ciudad compacta.

#### 4. LAS RELACIONES ENTRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO. LA LUCHA ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS ENTIDADES LOCALES

En este apartado vamos a tratar la difícil y tensa relación que, en ocasiones, se produce en el ejercicio de las competencias de ordenación del territorio y de urbanismo entre los municipios y las Comunidades Autónomas, y no por el conflicto entre una competencia

sectorial y otra territorial, sino por el conflicto entre dos competencias de carácter espacial: la ordenación del territorio perteneciente a las Comunidades Autónomas y el urbanismo de los municipios.

Así, la LBRL reconoce en el artículo 25.2.a) (en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de Diciembre) la competencia a los municipios en ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

Ahora bien, esta competencia urbanística no puede ser desconocida por las Comunidades Autónomas en su planificación territorial, registrándose un complicado equilibrio entre el urbanismo y la ordenación del territorio de difícil solución<sup>12</sup>. Si bien es cierto que no puede dejarse al libre arbitrio de los municipios, para que sean éstos los que, en el ejercicio de la competencia urbanística atribuida, puedan decidir libremente qué grandes establecimientos y en qué lugar pueden ubicarse, ya que se han podido ver casos de municipios cercanos a grandes ciudades que abusan de esta posición estratégica, previendo desarrollos urbanísticos de una entidad muy superior a lo que son capaces de asumir en relación a las infraestructuras y servicios que se demandan.

En el caso concreto de los grandes establecimientos comerciales, podría suponer que, en pequeños municipios cercanos a ciudades de mayor tamaño, se estableciesen grandes bolsas de suelo terciario con el objeto de atraer consumidores del municipio cercano. La causa de atajar estas prácticas, ya no estaría por motivos de oferta y demanda (tal y como ocurre con las normativas comerciales actuales), sino por motivos territoriales y urbanísticos, no resultando deseable, por las razones expuestas en el apartado 2 del presente capítulo, este tipo de desarrollos por el impacto sobre la ciudad sostenible que trata de protegerse.

Por ello, como ya se ha apuntado, resulta más lógico que sean las propias Comunidades Autónomas las que, en ejercicio de la competencia en ordenación del territorio que tienen atribuida, fijen un Modelo Territorial para grandes establecimientos comerciales, en el que se atienda, de manera global, a toda la dimensión espacial de la Comunidad Autónoma, y donde se tengan en cuenta las consecuencias que, sobre el modelo de ciudad compacta a defender, se deriven de este tipo de implantaciones.

Sin embargo, cabe preguntarse acerca del alcance de la competencia en ordenación del territorio autonómica en su coexistencia con las competencias municipales aludidas. En este

<sup>12</sup> LÓPEZ RAMÓN resume la problemática planteada a través de la siguiente frase: «el espacio correspondiente a la función urbanística no puede ser invadida por los instrumentos de ordenación del territorio y, a la inversa, los instrumentos urbanísticos deben respetar el contenido de la ordenación del territorio».

sentido, no queda claro jurídicamente dónde se encuentra el límite regulatorio de un plan de ordenación del territorio respecto de un plan urbanístico municipal, sobre todo teniendo en cuenta que la implantación de una planificación espacial del comercio llevaría aparejada la necesidad de establecer normas sobre el uso del suelo, facultad que ha sido reconocida a los municipios<sup>13</sup>.

A este respecto, la jurisprudencia ampara la posibilidad de que «los instrumentos territoriales aprobados por las Comunidades Autónomas puedan clasificar y desclasificar suelo, regular usos e intensidades y establecer estándares urbanísticos, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de las finalidades que a estos instrumentos (que son a la vez instrumentos de ordenación territorial y de ordenación urbanística) señala aquella norma»<sup>14</sup>. Ahora bien, estas potestades reconocidas a las Comunidades Autónomas están condicionadas a la existencia de intereses supramunicipales<sup>15</sup>.

Por ello, parece poco probable que la implantación de una nueva intervención administrativa para los grandes establecimientos comerciales pueda aplicarse, tal y como ocurre en la actualidad, a establecimientos comerciales de dimensiones reducidas, precisamente porque en ellos no se identifica un impacto significativo sobre el modelo de ciudad compacta, y sobre el equilibrio territorial con trascendencia supramunicipal.

Así, no tiene sentido que se impongan trabas administrativas por la Comunidad Autónoma respecto de comercios pequeños o medianos, por no tener una incidencia supramunicipal que legitimase esta intervención, quedando supeditada su apertura, en consecuencia, a la exclusiva decisión de los municipios.

En definitiva, el planteamiento de un procedimiento autorizatorio llevado a cabo por las Comunidades Autónomas debe fundamentarse en que su aplicación sólo recaerá sobre aquellos establecimientos que, por sus dimensiones y por su ubicación, puedan suponer un impacto sobre el modelo de ciudad a proteger y el equilibrio territorial, y con una entidad suficiente como para considerar que este impacto tiene una trascendencia más allá de los límites de un término municipal concreto. Detectado este impacto, no hay problema para el planeamiento urbanístico deba respetar las determinaciones impuestas en los instrumentos de

<sup>13</sup> En este sentido, hay una amplia jurisprudencia, desde la STS de 13 de julio de 1990, hasta la última de 26 de Marzo de 2013.

<sup>14</sup> STS de 20 de febrero de 2003 (FJ 7).

<sup>15</sup> En este sentido, PÉREZ ANDRÉS (1998, págs. 119 y ss.) afirma que «parece obvio que la atribución de efectos directos a los Planes de Ordenación del Territorio sobre el planeamiento urbanístico debe limitarse a aspectos supramunicipales de ordenación territorial».

ordenación territorial autonómicos.

Para finalizar, es necesario recordar que el reconocimiento en favor de las Comunidades Autónomas para intervenir, en determinados casos, en materia de ubicación de los grandes establecimientos comerciales, no obsta para que los intereses de los municipios afectados sean debidamente valorados. La lealtad institucional así lo exige, debiendo establecerse cauces de participación adecuados, sobre todo teniendo en cuenta la insuficiencia de los mecanismos de coordinación recogidos en la LRJ-PAC.

## V. LA NORMATIVA COMERCIAL ARAGONESA

### 1. INTRODUCCIÓN

Para finalizar este estudio a la Directiva de Servicios y su aplicación sobre el urbanismo comercial, y particularmente sobre las grandes superficies comerciales, estudiaremos la normativa aragonesa, la Ley 9/1989, de 5 de Octubre, sus modificaciones y, en especial, el instrumento que la desarrolla, el Plan General de Equipamiento Comercial (en adelante PGEC), haciendo especial hincapié en lo relativo a los criterios de valoración y en el procedimiento administrativo establecido para el otorgamiento de la licencia comercial.

En cualquier caso, no nos limitaremos a realizar sólo un análisis descriptivo de la normativa aragonesa, sino que lo que pretendemos es realizar un juicio de compatibilidad con la Directiva de Servicios y, en especial, con el régimen autorizatorio (arts. 9 a 15 de la Directiva).

### 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA TRAS LA IMPLANTACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Decreto Ley 1/2010, de 27 de abril: en materia medioambiental, el Decreto incluye diversas modificaciones legislativas en: la Ley 10/2005, de 11 de noviembre de Vías Pecuarias de Aragón, Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón, y Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón. Con estas modificaciones se eliminan requisitos prohibidos de carácter discriminatorio, y se sustituye la figura de la autorización por la declaración responsable en casos determinados en relación con las vías pecuarias. Además, se establece la obligación, de proceder en su caso, a realizar la evaluación de impacto ambiental con carácter previo a la declaración responsable cuando ésta se la forma de control de la actividad.

Ley 3/2012, de 8 de marzo: Esta ley introduce medidas que reforman la regulación de la contratación pública por la importancia que este despliega para particulares y empresas. En este sentido, se han incorporado medidas para favorecer el acceso a las pequeñas y medianas empresas simplificando la documentación exigida o para facilitar los trámites administrativos al contratista propuesto como adjudicatario en determinados contratos complejos.

Decreto-ley 1/2013, de 9 de enero: Este Decreto-Ley adapta la ordenación de la actividad comercial y sus horarios comerciales y de apertura de festivos a la norma básica del Estado en

esta materia. Concreta las competencias de las Entidades locales respecto a la determinación de fechas de apertura y a la declaración de zonas de gran influencia turística

### 3. LA LEY 9/1989, DE 5 DE OCTUBRE, DE ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN ARAGÓN

La Ley aragonesa 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial, tiene como objeto una regulación integral del comercio, a través del cual se interviene en campos muy heterogéneos entre sí, y que incluyen la regulación de la actividad comercial, el establecimiento de las medidas necesarias para la reforma y modernización de las estructuras comerciales, la regulación de las diversas modalidades de ventas especiales y el establecimiento del régimen jurídico de las grandes superficies (art. 1 de la citada Ley).

Lo cierto es que la normativa aragonesa no establece un régimen jurídico concreto para las denominadas grandes superficies, sino que se limita a realizar una remisión a través de su art. 14.2, en cuya virtud «la apertura de dichos establecimientos se realizará conforme a lo previsto en el Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón».

Nos encontramos, por tanto, con una regulación desfasada, ya que aunque la Ley aragonesa regula las grandes superficies comerciales con una aparente neutralidad, ésta queda difuminada al ver en su art. 15 la confianza que le otorga al PGEC, destacándose dos aspectos que vulneran la Directiva de Servicios<sup>1</sup>.

a) En primer lugar, el art. 15 de la Ley dispone que el PGEC tiene entre sus objetivos el de «proteger la libre competencia dentro de la defensa de la pequeña y mediana empresa». Finalidad ésta que no está basada en ninguna razón imperiosa de interés general reconocida por el TJUE.

b) En segundo lugar, el art. 16 de la Ley, regula las Comisiones Provinciales de Equipamiento Comercial, órgano que elabora el PGEC, y de las que señala que formarán parte como vocales, entre otros, miembros propuestos por la Cámara Oficial de Comercio y miembros designados por las organizaciones de comerciantes más representativas, vulnerándose con ello la prohibición de intervención directa de competidores en los procedimientos autorizatorios, tal y como se recoge en el art. 14 de la Directiva.

En cualquier caso, para conocer el régimen autorizatorio establecido en Aragón resulta necesario acudir al contenido concreto del PGEC.

<sup>1</sup> En este sentido, LÓPEZ PÉREZ, Fernando «El impacto de la Directiva de Servicios...», op. cit. pág. 102

#### 4. EL PLAN GENERAL DE EQUIPAMIENTO COMERCIALES

El PGEC, que tiene naturaleza reglamentaria<sup>2</sup>, constituye, en virtud del art. 14.2 de la Ley 9/1989, el instrumento a través del cual la Comunidad Autónoma de Aragón establece su intervención administrativa para las grandes superficies comerciales. El PGEC presenta un contenido amplio e integral de diversos aspectos del comercio, sobre todo en lo relativo a la introducción de medidas que fomentan la dinamización y modernización del comercio a través de Planes y Programas, o de ayudas destinadas a la mejora de la competitividad.

Ahora bien, el aspecto más polémico del PGEC, por el juego de intereses creado entre el pequeño y el gran comercio, es el relativo a la intervención autonómica sobre las grandes superficies comerciales.

Así, el Plan de 1994<sup>3</sup> incidía en la tensión creada en torno a los intereses de ambos colectivos, apostando por la protección de los pequeños comerciantes al prever la necesidad de obtención de un Informe regional para la implantación de una gran superficie.

De igual modo, en el PGEC de 2001<sup>4</sup>, la intervención autonómica en esta materia, incluyendo ya la licencia comercial aprobada por la LOCM estatal de 1996, ocupaba también un papel fundamental. Además, entre la disyuntiva creada entre el pequeño y el gran comercio, los primeros fueron los grandes favorecidos por este Plan, pues se instauró, incluso, una moratoria que impedía la implantación de una gran superficie en Zaragoza y su Comarca.

La culminación de este papel preponderante se manifiesta en el hecho de que, en el actual PGEC de 2005<sup>5</sup>, la regulación de este tipo de establecimientos, tiene su propio instrumento específico, denominado Plan de Ordenación de los Equipamientos Comerciales en Gran Superficie de Aragón (si bien este Plan se integra en el PGEC, formando parte del mismo)<sup>6</sup>.

Atendiendo al hecho de que este último PGEC de 2005 es el actualmente vigente, en él

<sup>2</sup> Conforme a lo dispuesto en la DF 2 de la Ley 9/1989, y tal como se declara en la STJ de Aragón núm. 233/1989, de 22 de mayo.

<sup>3</sup> Aprobado por el Decreto 124/1994, de 7 de junio, y declarado nulo por la STSJ de Aragón núm. 233/1989, de 22 de mayo.

<sup>4</sup> Aprobado por el Decreto 112/2001, de 22 de mayo.

<sup>5</sup> Aprobado por el Decreto 171/2005, de 6 de septiembre.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, en un establecimiento de 600 m<sup>2</sup>, ubicado en polaridad de rango 4, se condiciona su apertura a la previa emisión de un informe comercial; mientras que ese mismo establecimiento, si se sitúa en la comarca de Zaragoza (rango 1), no estará sujeto a control administrativo comercial.

entraremos el estudio del régimen autorizador establecido para las grandes superficies, a fin de poder compararlo con el contenido de la Directiva de Servicios, y elaborar de este modo un juicio de compatibilidad.

Para ello, vamos a analizar los aspectos siguientes:

#### 4.1 Los tipos de intervención administrativa para grandes superficies

El Plan de Ordenación de los Equipamientos Comerciales en Gran Superficie de 2005 (en adelante PECGS), tras definir qué establecimientos deben ser considerados como grandes superficies, o las tipologías que se distinguen dentro de este concepto (arts. 13 a 16), y aclarar qué superficie se computa a los efectos de esta determinación (art.16), articula un régimen autorizador a través de los denominados informes y licencias comerciales (arts. 19 y ss.) El informe o la licencia comercial no se aplica a todo tipo de establecimientos comerciales, y cuando se aplica, no se hace siempre con la misma intensidad, sino que se atiende a dos factores:

a) El primer factor, tiene en cuenta la zona concreta del territorio en el que se va a implantar el establecimiento comercial, dividiéndose, para tal fin, los municipios a través de rangos y polaridades, tal y como se recoge en los anexos del Plan. Dicha división va a condicionar la aplicación o no de la intervención administrativa.

b) El segundo factor, tiene en cuenta la superficie de referencia que cada polaridad tiene asignada, definida como la «traducción a m<sup>2</sup> del déficit o superávit que resulta de aplicar, por cada polaridad comercial, el gasto comercializado (esto es, el gasto absorbido por los establecimientos comerciales del territorio de referencia, medido como el resultado que se obtiene de multiplicar los m<sup>2</sup> de superficie de venta, por el rendimiento medio en ventas por m<sup>2</sup> que se fijan en el Anexo II del propio Plan) u oferta de los establecimientos comerciales del mismo territorio, menos el gasto comercializable (esto es, el gasto medio de la población residente en el territorio de referencia). El resultado de esta operación aritmética determinará que la polaridad sobre la que se realiza el cálculo tenga superávit (esto es, que tenga un consumo mayor que el que le corresponde a la propia comarca); o déficit (esto es, hay evasión de gasto hacia otras polaridades comerciales).

El control administrativo previsto en el Plan atiende a la superficie de referencia de cada polaridad, determinando ésta, en consecuencia, la intensidad del control, dependiendo de si se está en una polaridad con superávit, es decir, hay exceso de oferta; o con déficit, o lo que es lo

mismo, hay poca oferta comercial. Concretamente, esta distinción es la que determina la aplicación o no de los criterios de ponderación que veremos más adelante.

La utilización de ambos factores no tienen por qué ser compatibles con la Directiva de Servicios, ya que el art. 15.2.a) de esta norma ampara la utilización en los regímenes de autorización de «límites cuantitativos de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores», siempre y cuando estos límites no sean discriminatorios, sean proporcionados al objeto que se persigue y estén justificados por una razón imperiosa de interés general.

Sin embargo, el problema se plantea al utilizar en la división de polaridades, variables económicas (gasto comercializable y comercializado) no admitidas como razón imperiosa a los efectos de la jurisprudencia del TJCE. Por ello, la planificación comercial prevista en el PECGS resultaría inhábil a la luz de la Directiva de Servicios, puesto que ésta no permite «que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente» (art. 14.5).

En cualquier caso, se prevé en el PECGS que la Comunidad Autónoma pueda intervenir en la implantación de las grandes superficies a través del informe y la licencia comercial, estableciéndose con este fin:

a) El informe comercial que deben solicitar los titulares de establecimientos comerciales con el calificativo de gran superficie que no alcancen las siguientes magnitudes de espacio: 1000 m<sup>2</sup> en rango 4; 1500 m<sup>2</sup> en rango 2 y 3; 2500 m<sup>2</sup> en rango 1, y que prevé también para los usos comerciales en gran superficie y de recintos comerciales asimilables (art. 19.2.b) y c) del PECGS).

b) La licencia comercial prevista para aquellos establecimientos comerciales que superen las superficies reflejadas en el punto anterior (art. 19.3 PECGS).

c) El informe comercial previsto para que, de forma previa a la aprobación inicial de las diferentes figuras de planeamiento urbanístico, se emita un informe por la Comunidad Autónoma (art. 19.2.a) del PECGS).

#### 4.2 Los problemas planteados en la dualidad Informe-Licencia

Son tres los problemas que se pueden destacar respecto de este sistema dual:

a) La naturaleza del informe comercial, que no tiene carácter vinculante (art. 5.3.a) del PECGS), lo cual podría generar conflictos. Así, la figura del Informe está regulada en los arts.

82 y 83 de la LRJ-PAC, declarándose que, salvo disposición expresa en contrario, no tiene naturaleza vinculante.

Por tanto, si este Informe no es vinculante, ningún municipio estaría obligado durante la tramitación de su planeamiento urbanístico a eliminar una previsión de suelo para grandes superficies, aunque éste fuera el sentido del Informe. Esto también es extrapolable a la configuración del informe comercial dirigido a titulares y promotores de grandes superficies.

b) El problema derivado de la utilización del Informe comercial en dos supuestos que, aunque con un origen idéntico (el control en la implantación de las grandes superficies), presentan características sustancialmente distintas en cuanto a su tramitación, metodología y finalidad.

Así, por un lado nos encontramos con el Informe previo a la aprobación del planeamiento urbanístico (art. 19.2.a) del PEGGS), con una vertiente esencialmente pública, pues su destinatario es el titular de la potestad de planeamiento y, en segundo lugar, el Informe a solicitar por los titulares o promotores de determinados establecimientos comerciales (art. 19.b) y c) del PEGGS), el cual tiene una vertiente privada.

En el primer caso, la solicitud de Informes en la elaboración del planeamiento urbanístico, se encuentra admitido pacíficamente en nuestro Derecho. Ahora bien, el informe en su vertiente particular, el decir, el que debe obtenerse por el administrado interesado en la instalación de una gran superficie de forma previa a la concesión de la licencia municipal, no casa del todo bien teniendo en cuenta la configuración que se realiza de este instrumento en la LRJ-PAC (arts. 82 y 83), salvo que se integrara en el propio expediente de otorgamiento de la autorización de la licencia municipal.

c) La utilización del informe comercial en su vertiente privada, por su configuración como una cuasilicencia, al tener una ordenación prácticamente análoga a la licencia comercial. En este sentido, si bien la aplicación de uno u otro instrumento se decide en base a cuestiones de superficie o ubicación, la regulación de su tramitación y finalidad (que es controlar la implantación de grandes superficies concretas en el territorio de la Comunidad Autónoma) es prácticamente idéntica. Sin embargo, no puede entenderse que la naturaleza jurídica sea igual en uno y otro caso.

En este sentido, la licencia se conforma como un acto declarativo de un derecho preexistente, que se convierte en requisito indispensable para que el administrado pueda ejercer una determinada actividad. De este modo, desde el momento en el que se obtiene la licencia comercial, se le está reconociendo al sujeto la posibilidad de ejercer dicha actividad.

Sin embargo, la naturaleza jurídica del Informe no genera derechos más allá de su necesidad de obtención previa a la licencia municipal de apertura, pero en sí mismo no causa el nacimiento de un derecho preexistente para el solicitante, sobre todo si tenemos en cuenta que el Informe no tiene naturaleza vinculante.

#### 4.3 Los criterios a ponderar en el régimen autorizador

A los efectos del juicio de compatibilidad de la regulación aragonesa con la Directiva de Servicios, es necesario analizar la relación de criterios objeto de ponderación por el órgano autorizante, puesto que esto nos señalará si el régimen autorizador está o no basado en una razón imperiosa de interés general.

En concreto, los criterios de evaluación están recogidos en los arts. 29 y 30 del PECGS, realizando previamente unas precisiones sobre cuándo y cómo deben aplicarse, debiéndose destacar que el factor determinante para dirimir sobre la aplicación de los mismos o no, está en conocer si el establecimiento concreto resulta conforme con los usos del PECGS, es decir, si se encuentra en una polaridad con superávit o con déficit comercial.

En cualquier caso, los criterios generales de evaluación son los siguientes:

a) La conformidad de la ubicación del establecimiento con los objetivos del PECGS y la mejora del urbanismo comercial (art. 29.4.a). Los objetivos del PECGS están definidos en el art. 1, con un carácter esencialmente económico de los mismos, por lo que, como ya hemos dicho, vulneran el art. 14.5 de la Directiva de Servicios.

Por otro lado, se alude a la mejora del urbanismo comercial, dando preferencia a la ubicación del establecimiento comercial en el casco urbano o en zonas de comercio tradicional, justificándose en la protección del entorno urbano. Además, tendrán preferencia los equipamientos comerciales de oferta de bienes de consumo cotidiano en zonas de reciente urbanización, aunque se hayan agotado la superficie de referencia. Este criterio se basa en nociones económicas (prohibidas por la Directiva) y de protección del entorno urbano.

Finalmente, los recintos comerciales que integren ocio y comercio tendrán Informe favorable, y en su caso, obtención de la licencia comercial, si cuentan con informes favorables de varios agentes sociales de comercio local, consumidores, empresarios o sindicatos. Esto supone una vulneración del art. 14.6 de la Directiva, que prohíbe «la intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones».

b) La existencia, en el área de influencia afectada, de una oferta comercial adecuada, según el último estudio efectuado por el Departamento competente, o en su defecto, el que puedan

aportar los interesados o afectados por el proyecto (art. 29.4.b), vulnerando el art. 14.5 de la Directiva de Servicios.

c) De forma similar nos pronunciaremos sobre la ponderación de los efectos sobre la estructura comercial de la zona de influencia y si favorece la dinamización o revitalización del comercio de los cascos urbanos.

d) Las condiciones de seguridad y accesibilidad del gran establecimiento tomadas por los promotores, en principio no vulnera disposición alguna de la Directiva, siempre que esté dirigido a proteger una razón imperiosa de interés general, tales como el orden público o la seguridad pública. Ahora bien, hay que atender a la prohibición de solapamiento entre procedimientos que propugna el art. 10.3 de la Directiva, ya que estas materias pueden estar ya contempladas en otras legislaciones y ser objeto, pues, de control administrativo específico.

e) La valoración del impacto sobre el urbanismo comercial y las medidas correctoras propuestas, así como el grado de integración visual, paisajística y medioambiental, teniendo en cuenta la red viaria y los aparcamientos, puede acercarse al objetivo de protección del entorno urbano. Sin embargo, cabe destacar la indefinición de lo que se entiende por urbanismo comercial, y además, la integración paisajística, visual y la protección al medio ambiente, e impacto sobre la red viaria o los aparcamientos son condiciones a valorar que pueden ser objeto ya de análisis en otras disciplinas, infringiendo, en consecuencia, el principio de no solapamiento.

f) La contribución del proyecto al reequilibrio territorial, la creación de empleo e inversión.

Por una parte, el reequilibrio territorial, que puede incluirse en el objetivo de la ordenación del territorio, es sin embargo un criterio demasiado abstracto, facilitando la libre interpretación, por lo que debería concretarse para evitar la arbitrariedad. Por otro lado, se alude a la creación de empleo e inversión, resultando difícil su acomodación a la Directiva de Servicios, ya que, aunque este sea un criterio que sea más favorecedor que restrictivo (por cuanto no se va a denegar la autorización comercial basándose en que genere poco empleo o que la inversión sea muy baja), esto atiende fundamentalmente a criterios netamente económicos.

g) Por último, hay una serie de criterios que permiten que el informe comercial sea positivo, o se otorgue la licencia comercial, en su caso, siempre y cuando se cumpla alguna de las circunstancias previstas y que se cuente, además, con informe favorable de agentes sociales, empresariales o del municipio (tales como ayuntamiento, comercio local, empresarios, etc.). Así pues, la necesidad de informe favorable, con independencia de las

circunstancias previstas, vulnera el art. 14.6 de la Directiva de Servicios, que prohíbe la intervención de competidores en el proceso autorizador.

#### 4.4 El procedimiento administrativo establecido para la autorización

Finalmente, analizaremos los arts. 25 y 26 del PECGS, que regulan el marco bajo el cual se resuelven los procedimientos autorizatorios para grandes superficies.

En la normativa aragonesa se establecen dos procedimientos, cuya aplicación depende de si el establecimiento constituye un uso comercial previsto en el PECGS o no.

a) Procedimiento para usos comerciales previstos en el PECGS. En estos casos, se distingue, a su vez, si el establecimiento previsto se va a situar en el casco urbano del municipio o en la periferia. En el primer supuesto, automáticamente se otorga la autorización (bien sea Informe, o bien licencia); y si, por el contrario, se prevé que el establecimiento se sitúe en la periferia, se requerirá un informe preceptivo de la Comisión Provincial de Equipamiento Comercial, atendiendo a los criterios de evaluación examinados en el apartado anterior.

b) Usos comerciales no previstos en el PECGS. En este caso, la Dirección Provincial del Servicio Provincial competente en materia de comercio somete el expediente a información pública por plazo de veinte días, y simultáneamente requiere de la opinión de los ayuntamientos de la comarca donde se prevea instalar la gran superficie. Todo expediente se someterá, a continuación, a informe de la Comisión Provincial de Equipamiento Comercial, e informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando supere los 2500 m<sup>2</sup> de superficie de venta.

En primer lugar, cabe destacar que la composición de la Comisión Provincial vulnera el art. 14.6 de la Directiva, al intervenir competidores en el proceso autorizador.

Asimismo, el PEGCS prevé en su art. 27 un plazo máximo de un año para resolver la solicitud de autorización, estableciendo además, la posibilidad de suspender el plazo cuando tenga que emitir informe la Comisión Provincial de Equipamiento Comercial (arts. 25.2 y 26.2 del PECGS). Esto puede ser un plazo demasiado largo, más aún cuando el art. 13.3 de la Directiva establece que la respuesta debe ser emitida en un plazo razonable. Además, esta dilación injustificada en el tiempo podría viciar el silencio positivo del propio PECGS, en contra de lo dispuesto en la Directiva.

Por otro lado, cuando resultase necesaria la aplicación de los criterios de valoración vistos en el apartado anterior, podrían crearse situaciones de incertidumbre para el solicitante de la

autorización, dado el contenido abierto que algunos de ellos presentan. Esta indefinición que dota a la Administración de un amplio margen de discrecionalidad en su decisión, puede vulnerar lo dispuesto en el art. 13.1 de la Directiva, que recoge la obligatoriedad de que los procedimientos y trámites sean claros, con la finalidad de que los solicitantes reciban un trato objetivo e imparcial.

Por último, es preciso señalar la poca voluntad del planificador por dotar al régimen autorizatorio de una cierta racionalidad, en particular, respecto de su relación con otros requisitos impuestos en normativas sectoriales. Sobre todo, en lo que se refiere a la coordinación de la autorización comercial con la licencia urbanística. Ciertamente, el último PGEC se aprobó en 2005, cuando aún no había entrado en vigor la Ley 11/2007, de 11 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, pero aun así se echan en falta disposiciones dirigidas a coordinar las diferentes autorizaciones exigidas al interesado solicitante, que permitiese dotar a la intervención administrativa que incide sobre las grandes superficies con parámetros de agilidad, eficacia y seguridad para el operador.

## CONCLUSIÓN

Tras la promulgación de la Directiva, España se enfrenta a una remodelación profunda de sus sistemas autorizatorios, ya que el criterio general tradicional ha sido el control *a priori* de la Administración, y además nuestro país ha tenido la tendencia tradicional de crear una Administración compleja con una extensa burocracia, modelo que se ve obligado a abandonar para adaptarse al nuevo sistema de simplificación administrativa que impera como uno de los objetivos de la Directiva.

Así pues, el legislador español se debía enfrentar a la difícil tarea de trasponer esta Directiva, derivada del modelo de organización territorial descentralizado, donde coexisten tres niveles administrativos (estatal, autonómico y local), todos ellos con competencia en materia de servicios, y por tanto con la exigencia de trasponer esta normativa comunitaria, requiriendo para ello de una exigencia de coordinación entre los tres niveles que, de hecho, no se ha producido.

Uno de los logros más importantes de la Directiva es la apuesta por el silencio administrativo positivo, que solo puede exceptuarse si impera «una razón imperiosa de interés general», reduciendo al máximo, por tanto, el silencio administrativo negativo, ya que este sistema produce en el interesado una situación de inseguridad jurídica que puede causarle perjuicio innecesario.

La consecuencia inmediata de la trasposición de la Directiva es el cambio del control *a priori* como norma general, al control *a posteriori*, lo que se traduce en que se pasa de la autorización previa a la comunicación previa y declaración responsable como criterio general de los procedimientos administrativos, lo que se traduce en una simplificación administrativa, que redundará en una mayor seguridad jurídica para el interesado.

Una de las controversias que han surgido a raíz de la trasposición de la Directiva es la relacionada con las licencias urbanísticas y de actividades, ya que éstas suponen una comprobación previa de la Administración, y además son una manifestación del ejercicio de la actividad administrativa de policía o limitación. Todo ello nos lleva a preguntarnos hasta qué punto pueden coexistir estas técnicas administrativas con el nuevo modelo de simplificación administrativa. La conclusión a la que se ha llegado es que estas técnicas serán válidas, siempre que sean proporcionales, necesarias y puedan justificarse por la protección de la salud o seguridad pública, el medio ambiente o el patrimonio histórico-artístico, o cuando se requiera de un uso privativo u ocupación del dominio público. Cabe destacar que, finalmente el Gobierno dictó el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, por el que viene a

sustituir las licencias de actividades por la comunicación previa o declaración responsable para un gran número de actividades. Queda clara pues la tendencia surgida tras la trasposición de la Directiva de modificar los controles *a priori* por los controles *a posteriori*, y además podemos ver que empiezan a imperar modelos de simplificación administrativa, como es el modelo de ventanilla única, donde los prestadores del servicio pueden obtener toda la información y realizar electrónicamente todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a una actividad de servicios.

Paralelamente a esta eliminación progresiva de la restricción a la libertad de establecimiento, aparece una creciente preocupación por asegurar un desarrollo sostenible de las ciudades, que permita ser más respetuoso con el medio ambiente. De este modo se ponen en marcha proyectos dirigidos a orientar las políticas gubernamentales hacia lo que se denomina una «ciudad compacta», es decir, una ciudad donde los servicios estén cerca del ciudadano, de forma que no necesite desplazarse para, por ejemplo, hacer la compra, evitando las emisiones que ello conlleva.

Este es, a mi juicio, un modelo apropiado de ciudad para la Europa actual, ya que con el crecimiento demográfico y el éxodo del campo a la ciudad, es preciso un control por parte de los órganos administrativos que permita un crecimiento sostenible de la ciudad, de tal forma que nos permita reducir en lo máximo posible las emisiones contaminantes y el derroche energético que supone una ciudad dispersa.

Particularmente importantes para conseguir este modelo de ciudad, son la ubicación de los grandes establecimientos comerciales, ya que es imprescindible la dotación de servicios a los núcleos urbanos, de forma que no se vean obligados a trasladarse hasta la periferia para realizar actividades cotidianas, como por ejemplo la compra. Es preciso, por ello, una regulación urbanística y territorial potente que controle la ubicación de estos establecimientos comerciales, ya que al fin y al cabo van a condicionar enormemente el modelo de ciudad que va a imperar. Debería optarse pues, de un plan sectorial elaborado por las Comunidades Autónomas, que abarque el territorio de toda la Comunidad, siendo los municipios los encargados de aplicarlo; debe fomentarse, asimismo, la implantación de los establecimientos comerciales en el casco urbano, limitando en la medida de lo posible el establecimiento del comercio periurbano (por ejemplo, siendo necesaria una autorización previa, que sería favorable tras acreditar que no se pone en peligro el modelo de ciudad compacta), y estableciendo espacios reservados para la actividad comercial en el casco urbano de las ciudades, todo ello para salvaguardar en lo posible el modelo de ciudad compacta.

Finalmente, cabe destacar que la legislación aragonesa ha sufrido continuas reformas tras la trasposición de la Directiva, comenzando con el Decreto Ley 1/2010, de 27 de abril, pasando por la aprobación de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, y finalizando esta evolución normativa con el Decreto-ley 1/2013, de 9 de enero.

Todas estas reformas han modificado la Ley 9/1989, de 5 de Octubre, para adaptarla a la Directiva. Esta Ley utiliza el PGEC como el instrumento a través del cual Aragón establece su intervención administrativa para las grandes superficies comerciales. El PGEC hace una apuesta clara por el pequeño comercio, ya que se hace una regulación más restrictiva para los grandes establecimientos comerciales, a través del PECCGS. El PECCGS establece un criterio aritmético para delimitar el grado de intervención administrativa, lo que a mi juicio vulnera claramente el principio de libertad de establecimiento, ya que en este caso se está restringiendo esta libertad atendiendo a causas fundamentalmente económicas, como sería el impacto de este establecimiento comercial en la zona. Por otro lado, es evidente que resulta necesaria la intervención administrativa previa para la construcción de grandes establecimientos comerciales, ya que atiende a principios de protección del medio ambiente, protección a los consumidores y salvaguardar el entorno urbano (siendo estas causas «razones imperiosas de interés general»). Sin embargo, nos preguntamos si es precisa, además de la correspondiente licencia comercial, la elaboración de un informe no vinculante, ya que ningún municipio estaría obligado durante la tramitación de su planeamiento urbanístico a eliminar una previsión de suelo para grandes superficies, aunque éste fuera el sentido del informe.

Finalmente, es necesario hacer un control al régimen autorizador aragonés de estas grandes superficies comerciales, puesto que ello nos dirá si está basado o no en una razón imperiosa de interés general (y por tanto si será conforme con la Directiva). Los criterios objeto de evaluación son la mejora del urbanismo comercial, la existencia de una oferta adecuada en el área de influencia del establecimiento, los efectos de ese establecimiento en la zona, cumplir las condiciones de seguridad y salubridad, la valoración sobre el urbanismo comercial, así como el grado de impacto ambiental. Nos encontramos, por tanto, con criterios puramente económicos, como la existencia de una oferta adecuada o los efectos de ese establecimiento en la zona, que serían contrarios a la Directiva, al no estar amparadas en una «razón imperiosa de interés general». Tenemos, en definitiva, con una legislación desfasada en este sentido, que es preciso actualizar para cumplir con los objetivos y finalidades de la Directiva.

Cabe destacar que actualmente están a punto de terminar los trabajos para aprobar el nuevo plan de equipamiento comercial de Aragón, que, al parecer, respetará la Directiva, aunque estableciendo medidas de apoyo al pequeño comercio.

## BIBLIOGRAFÍA

BENTANACHS TÁBOAS, Manuel, «La proyección de la Directiva de Servicios, en los ámbitos urbanístico y medioambiental», en *Cuadernos de Derecho Local*, nº 23, junio 2010.

BIELZ DE ORY «Patrimonio y turismo sostenible desde la ordenación del territorio: el caso del Pirineo aragonés». *Rev. Estudios Geográficos*, LXII, 245 (2001).

BUSTILLO BOLADO, Roberto «Condicionamiento de licencias», en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2009.

DOMPER FERRANDO, Javier «Análisis de algunas licencias urbanísticas y de otras licencias y autorizaciones conectadas o relacionadas con aquellas», en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Dir. MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2009.

ESTEVE GARCÍA, Francina, «Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva de Servicios», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «El Medio Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales», en *Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1973.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «El concepto clásico de autorización y su crisis actual», en *Curso de Derecho Administrativo*, Vol II, Civitas Thomson, Madrid, 2008, 11ª edición.

GARCÍA GARRO, Mª Aránzazu, «Impacto de la Directiva de Servicios en las Licencias Urbanísticas y de Actividades», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y edificación*, núm 26, 2013.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios», en *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, núm. 11, octubre de 2010.

HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y DOMÍNGUEZ BASCÓN, P., «Medioambiente urbano. Incidencia del entorno ambiental en la legislación urbanística española del siglo XX», editorial Ería, 45 (1998).

LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, «La autorización administrativa», Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.

LOPÉZ PÉREZ, Fernando «La ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales», en *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el Urbanismo comercial*, Ed. Atelier.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando «Introducción al Derecho Urbanístico», 2º edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, «La Ley ómnibus y el silencio administrativo», en *Diario la Ley* Nº 7465, 2010.

NÚÑEZ LOZANO, M<sup>a</sup> del Carmen, «Las actividades comunicadas a la Administración», editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

NÚÑEZ LOZANO M<sup>a</sup> del Carmen, «Aproximación al régimen de las declaraciones responsables y comunicaciones» *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, junio 2011.

PAREJO ALFONSO, Luciano «La desregularización de los servicios con motivo de la Directiva de Bolkenstein: La interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado social y en ómnibus de derecho*, núm.6, junio 2009.

PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso «La Ordenación del Territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.

PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, «Diccionario de derecho urbanístico y de la construcción», 4ª edición, Granada, 2006.

RASTROLLO SUAREZ, Juan José, «El impacto de la Directiva Bolkestein en el ámbito municipal: especial referencia al urbanismo», en *Noticias de la UE*, núm. 317, junio 2011.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, «La trasposición de la Directiva de Servicios en España», en *El Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva de Servicios en España*, Aranzadi, Navarra, 2009.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Simplificación administrativa y administración electrónica:

objetivos pendientes en la trasposición de la Directiva de servicios», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

RIVERO YSERN, Jose Luis, «La trasposición de la Directiva de Servicios a nivel autonómico y local», en *El nuevo Derecho Administrativo. Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, 2012.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo y VILLAREJO GALENDE, Helena «La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», en *Revista jurídica de Navarra*, 2007.

VILLAREJO GALENDE, Helena «Equipamientos Comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial», Ed. Comares, Granada, 2008.