



La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial

AURELIO DEL PINO GONZÁLEZ¹

Licenciado en Derecho

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y LAS REACCIONES

Quizás ningún proyecto normativo de la Unión Europea haya generado tanta polémica y haya sido objeto de una discusión tan generalizada como la propuesta que en enero de 2004 presentó el, en su día, Comisario de Mercado Interior, Fritz Bolkestein. La propuesta de Directiva de Servicios (2), que para muchos seguirá estando indisolublemente unida al nombre del Comisario, ha sido objeto de un largo proceso de tramitación, que ha culminado con su publicación en el DOUE el pasado 27 de diciembre de 2006.

Quizás uno de los elementos que podrían generar una cierta perplejidad respecto de la polémica suscitada tras su presentación es el hecho de que, lejos de ser sorprendente, la propuesta de Directiva venía siendo largamente anunciada a través de los distintos documentos e informes de la Comisión Europea (3).

Quizá para el lector español de este artículo la Directiva resulte conocida o incluso familiar, pero no así para el conjunto de la población. Sin embargo, en otros Estados miembros la Directiva ha llegado a ser un tema de discusión y comentario de los cafés e incluso, según han señalado algunos analistas políticos, ha sido uno

de los argumentos que más han llegado a la ciudadanía francesa a la hora de justificar el no en el referéndum sobre la Constitución Europea (4).

Efectivamente, en España el debate no ha pasado de algunos artículos en la prensa especializada y de algunas referencias en la prensa general. De hecho, tan sólo algunos sectores, singularmente la distribución comercial, han manifestado algo más, a nivel asociativo, su opinión.

En muchos casos, por otra parte, la postura de estas asociaciones ha estado basada más en un posicionamiento general en relación con los objetivos de la di-

rectiva que en el debate concreto de su propuesta articulada (5).

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL Y LA DIRECTIVA

La Dirección General de Política Comercial ha sido consciente en todo momento de las importantes repercusiones que la propuesta podía suponer en relación con el régimen de licencias comerciales. Por este motivo, incluso antes de su presentación y sobre la base de los análisis previos de la Comisión, se fueron transmitiendo a los directores de Comercio de las comunidades autónomas las importantes repercusiones que podía tener la iniciativa normativa comunitaria en el régimen de ordenación de la distribución comercial.

Las políticas públicas autonómicas en materia de distribución comercial en la actualidad cuentan con tres ejes fundamentales de actuación:

- La política en materia de disciplina de la actividad comercial, tanto en lo referente a la regulación de las relaciones de derecho privado entre los comerciantes y los proveedores del comercio como en el régimen mínimo de protección de los consumidores en las transacciones económicas realizadas con las empresas de distribución minorista. Este marco regulatorio en cierta medida ha derivado también de la aplicación o transposición de las normas dictadas por la Unión Europea en virtud de sus competencias en materia de sanidad y consumo y de defensa de la competencia (6). Por lo tanto, la política autonómica sobre la materia se ha incardinado siempre en la ejecución de la normativa dictada por el Estado de carácter civil y mercantil o en el desarrollo de preceptos estatales de carácter básico.
- La política en materia de horarios comerciales. Aquí nuevamente las co-



munidades autónomas han tenido como referente la normativa dictada con carácter básico por el Estado. La legislación ha marcado unos umbrales mínimos de liberalización del sector que han ido variando en función de la apreciación de las autoridades estatales. Esta materia ha quedado siempre al margen de la normativa comunitaria y en ningún caso ha sido objeto de discusión durante el debate de la directiva (7) mantenido en el seno de la Unión Europea, toda vez que por su propia esencia no supone ningún obstáculo al cumplimiento de los objetivos del mercado interior.

- La política en materia de licencias comerciales. A través de esta vía y sobre la base de la legislación estatal que plantea tan sólo una licencia autonómica obligatoria para los establecimientos de más de 2.500 m², las comunidades autónomas han ido estableciendo, incluso desde antes de la aprobación de la Ley 7/1996,

de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, un sistema de licencias comerciales específicas. El objetivo de la política comercial de las distintas comunidades autónomas ha sido el de garantizar una configuración del sector comercial con el fin de promover una cierta racionalidad territorial en las nuevas implantaciones y un nivel adecuado de provisión de servicios a los consumidores. Es a esta parte de la política comercial a la que va a afectar más intensamente la propuesta de Directiva de Servicios.

Sin ánimo de ser exhaustivos, el juego de la normativa estatal y de la autonómica en materia de licencias comerciales da lugar a un número y tipología de sistemas de autorización muy extenso. Si bien son también muy distintas y peculiares, en algún caso, las variables socioeconómicas, territoriales y comerciales en cada zona o región, no siempre estas circunstancias permiten explicar la heterogeneidad de la regulación autonómica (8).

La nueva Directiva de Servicios va a suponer un importante giro en el enfoque regulatorio autonómico. Por este motivo, en este artículo se van a analizar las bases impuestas por la nueva directiva, a continuación las claves del proceso de transposición de la misma y, por último, el nuevo enfoque que puede adoptar la política de distribución comercial en materia de licencias comerciales.

MARCO REGULATORIO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Ámbitos de actuación de la directiva

Durante el largo debate mantenido en el seno de las instituciones europeas al que antes se ha hecho referencia, la clave fundamental de la Directiva de Servicios o, para ser más exactos, el centro de gravedad de la misma ha pasado desde el principio de reconocimiento mutuo y las obligaciones y derechos sociales de los trabajadores desplazados a la regulación del sistema de autorizaciones administrativas.

El texto final resultante ha tenido modificaciones sustanciales respecto de la propuesta inicial, fruto precisamente de ese largo proceso de tramitación. En primer lugar, se ha reducido el ámbito material de aplicación. La directiva no obstante se aplica a todas las actividades de distribución comercial, ya que se define a los servicios como: “cualquier actividad económica no asalariada (...) prestada normalmente a cambio de una remuneración, que constituye la contrapartida económica de la prestación en cuestión, y está definida normalmente entre el prestador y el destinatario del servicio”. Por lo tanto, el comercio es uno de los sectores que tanto por su importancia económica como por su trascendencia social más se va a ver afectado por la directiva. La norma comunitaria ha dejado fuera no obstante a los servicios económicos de interés general.

Por otra parte, el principio de reconocimiento mutuo se ha transformado hasta



llegar al concepto de “libertad de prestación de servicio”, permitiendo al país donde se presta el servicio introducir requisitos adicionales (respecto a los del país de origen) cuando estén justificados “por razones de orden público, seguridad pública, protección del medio ambiente y salud pública”. Y, por último, se han reforzado los derechos sociales de los trabajadores, de forma que en materia laboral prevalezca la legislación del país donde se presta el servicio.

Ciertamente el proceso de discusión de la directiva hubiera resultado más ágil y menos susceptible de las críticas de los agentes sociales si solamente hubiera contemplado desde sus inicios como base fundamental de armonización el esquema de autorizaciones administrativas. No obstante, los objetivos de la Comisión en su propuesta fueron muy ambiciosos, especialmente en lo que se refiere al principio de reconocimiento mutuo o de país de origen (9).

Para el desarrollo de la actividad comercial, los efectos del principio de reconocimiento mutuo (10), que en la versión aprobada ha quedado rebajado a un

“principio de libre prestación de servicios”, eran muy reducidos. Ciertamente la actividad comercial minorista se presta desde el punto de vista económico de manera casi generalizada a través de establecimientos comerciales abiertos al público. En consecuencia, la prestación transfronteriza de servicios de distribución comercial resulta por el momento residual y, en los casos en que ésta se produce, existe ya un alto nivel de armonización comunitaria a través de la Directiva 97/7, de ventas a distancia.

Por otra parte, la ausencia de restricciones a la entrada de nuevos operadores procedentes de países comunitarios en España ha sido, desde el principio, un elemento muy claro de la regulación y así lo demuestra el hecho de que entre los 15 principales grupos de distribución que operan en España con base alimentaria, 6 son originarios de países de la Unión Europea (11).

Por lo tanto, desde el primer momento los efectos previsibles de la directiva sobre la ordenación de la distribución comercial se han centrado en el esquema de autorizaciones administrativas que a continuación se describen.

Bases del sistema de autorizaciones: justificación y proporcionalidad

La Directiva relativa a los Servicios, pese a los primeros augurios e impresiones que podían deducirse de un análisis apresurado de la misma, no proscribía ni impedía que las actividades de distribución comercial pudieran estar afectas a un sistema de autorizaciones administrativas previas. La directiva, en efecto, no impide someter a autorización administrativa previa el ejercicio de la actividad comercial, ni la apertura de establecimientos comerciales, pero sí fija las condiciones que justificarían el régimen de autorizaciones. No obstante, la directiva sí ha dejado claro desde el primer momento cuáles deberían ser las bases a que se debería sujetar la actividad administrativa sobre la materia:



– En primer lugar, para que una actividad de servicios pueda sujetarse a un sistema de autorización previa, hace falta la concurrencia de una “razón imperiosa de interés general”, es decir, debe haber un bien jurídico digno y susceptible de protección que por su entidad pueda entrar en colisión con el principio de libertad de establecimiento. Se produce así un conflicto entre dos bienes jurídicos: la libertad de establecimiento y otro interés general susceptible de protección. Como contempla el propio Tratado de la Unión Europea, y ha entendido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, orden público, seguridad pública y salud pública habilitan a los Estados para adoptar un esquema de supervisión administrativa que permita conciliar y arbitrar entre la defensa de estos intereses contrapuestos. Una de las principales incertidumbres que planteaba en sus inicios la propuesta de directiva era la indefinición de este concepto jurídico indeterminado: la razón imperiosa de in-

terés general. En este caso, la versión inicial presentada por la Comisión sólo contemplaba los supuestos expresamente recogidos en el Tratado de la Unión Europea: orden público, seguridad pública y salud pública; sin embargo, se abría un portillo a una posterior concreción de estos principios toda vez que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en su análisis de las cuestiones controvertidas que han ido sometándose a su consideración a lo largo de los años, ha ido ampliando este concepto a otros supuestos como algunos de carácter social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, de los trabajadores, del bienestar animal, la prevención de fraudes, la prevención de la competencia desleal, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la protección de los acreedores, la política cultural, etc. El propio considerando número 40 (12) de la directiva hace referencia a estas y otras razones imperiosas de interés general y de hecho re-

conoce que la jurisprudencia el Tribunal de Justicia puede seguir evolucionando en este sentido.

La realidad económica y social en los países que integran la Unión Europea es ciertamente muy compleja y la labor de vigilancia de los poderes públicos sobre la actividad económica puede dar lugar a que surjan como consecuencia de esta dinámica evolutiva de la sociedad europea nuevos y variados supuestos en los que resulte preciso aquilatar el grado de aplicación del principio de libertad de establecimiento y de libre circulación de bienes y servicios.

Por tanto, cabe plantearse la cuestión de cuáles pueden ser los bienes jurídicos por razones imperiosas de interés general cuya defensa permita en un momento determinado establecer un sistema administrativo que modere la aplicación rigurosa y sin cortapisas del principio de libertad de establecimiento, en lo que a la actividad de distribución comercial y más concretamente de apertura de nuevos establecimientos comerciales se refiere. Al lector no se le podrá escapar que, de entre las razones enumeradas, hay algunas que claramente legitimarían un sistema de autorización administrativa previa para los nuevos establecimientos comerciales, fundamentalmente la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana rural y la protección del consumidor y de los principios de competencia en el mercado.

Aunque el concepto de razón imperiosa de interés general puede seguir evolucionando, el Tribunal de Justicia de la UE ha sentado ciertas bases. Entre ellas, hemos de destacar que, entre los intereses contemplados en el art. 36 TCE, no pueden considerarse intereses de naturaleza económica. En efecto, tal y como se ha afirmado en sentencias posteriores, los objetivos de naturaleza económica no pueden constituir

una razón de interés general, que justifique una restricción de una libertad general garantizada por el Tratado (13).

- En segundo lugar, una vez determinada la existencia de esta razón imperiosa de interés general, el procedimiento de autorización que se diseñe no puede tener carácter discriminatorio. En este sentido, no sólo se proscribió por la directiva una discriminación expresa, sino que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido afinando este concepto. Así pues, una norma o un tipo de norma que aún de manera no expresa favorezca a determinados operadores nacionales en perjuicio de los operadores provenientes de otros Estados miembros puede llegar a ser igualmente discriminatoria.

- En tercer lugar, el procedimiento de autorización que se diseñe tiene que reunir determinadas características que permitan afirmar que es proporcionado a la defensa del interés jurídico en conflicto. La propuesta de directiva en el apartado c) del artículo 9.1 lo define muy claramente: “El objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva. En concreto, porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”. El principio de proporcionalidad establece que la aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los nacionales de otros Estados miembros, ya sean éstos prestadores de servicios, trabajadores, etc., sea adecuada para garantizar la realización de los objetivos que persiguen y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos (14). Esto es, el principio de proporcionalidad debe encuadrarse dentro del principio de respeto al Derecho, pues garantiza la idea de equilibrio, de equidad y de moderación que es esencial al mismo (15).

Si bien se incorporan por primera vez estos principios a un texto normativo,



eran de aplicación a la actuación de las Administraciones ya con anterioridad, por virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Así, en relación a los procedimientos de licitación, dicho Tribunal ha establecido la obligación de no arbitrariedad de las condiciones y la obligación de que sean públicas a priori en el asunto C-331/04, entre otros (16).

Posiblemente una correcta comprensión de este principio de proporcionalidad sea la clave de desarrollo de la Directiva de Servicios. Nuevamente nos encontramos con que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en distintas ocasiones fijando una cierta doctrina, que tendrá que crecer en los próximos años. En cualquier caso, los Estados miembros, tanto para los sistemas de autorización existentes que quieran seguir manteniendo como para los nuevos sistemas de autorización que quieran diseñar, deben de realizar este “test” o prueba de proporcionalidad. Es decir, hace falta plantear las distintas alternativas de actuación administrativa y sus consecuencias, tanto de carácter económico como social y sus efectos, tanto en la protec-

ción del bien jurídico que se pretende defender, como en las restricciones que puede implicar a la libertad de establecimiento. De entre todas las alternativas analizadas, únicamente podrán escogerse aquellas que supongan un equilibrio entre los dos bienes en conflicto.

Ciertamente, tanto el legislador autonómico como el estatal suelen realizar una aproximación a este ejercicio a través de las memorias económicas que necesariamente deben acompañar a las propuestas normativas. No obstante, el enfoque en estos casos debe ser mucho más claro y la evaluación será la base sobre la cual las autoridades comunitarias, singularmente la Comisión y los otros Estados miembros, harán el juicio de adecuación del sistema de autorizaciones a la Directiva de Servicios.

Condiciones para el ejercicio de la actividad administrativa

Entre las condiciones que establece la directiva para la concesión de las autorizaciones aparece como principio inspirador

el de la objetivación y la transparencia que se concretan en el artículo 10 (17).

Pero además de estas condiciones de ejercicio, la directiva va más allá en la concreción detallando una serie de requisitos que deben reputarse como prohibidos en cualquier caso (artículo 14) y otros que, en el caso de querer mantenerse deben de someterse al procedimiento de evaluación antes indicado (artículo 15).

Entre los requisitos que la directiva considera prohibidos en todo caso y que afectan en mayor o menor medida a la legislación actual del Estado y las CCAA se destacan los siguientes:

- El que sin duda va a suponer un mayor revulsivo es el recogido en el apartado 5) del artículo 14, prohibiéndose supeditar la autorización administrativa a 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”.

Durante la tramitación en el Parlamento se aclaró que esta prohibición no se refiere a los requisitos de planificación que no persiguen fines económicos, por lo que los planes de ordenación del comercio podrían basarse en razones urbanísticas o medioambientales, pero no en una planificación económica que fijara la oferta del sector. Es decir, no se podrá realizar una planificación sectorial ni territorial de la distribución comercial indicándose qué actividades pueden caber o no en función de la demanda. Sin embargo, la directiva sí contempla que la variable económica “actividad comercial” pueda ser tenida en cuenta a la hora de ordenar el territorio y que esta ordenación pueda condicionar el régimen



de autorizaciones. En definitiva, se prohíbe una ordenación de las actividades económicas, pero sí se permite una ordenación espacial de las actividades económicas dentro de un enfoque general de ordenación del territorio.

Sólo resultarían así compatibles con la directiva, como pruebas económicas, las evaluaciones que caso por caso pudieran hacer las autoridades encargadas en los Estados de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia (18). En este sentido podría entenderse que los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los órganos autonómicos creados a raíz de la Ley 1/2002 (19) serían la única vía para introducir la variable económica dentro del proceso de autorización de apertura de nuevos establecimientos.

- Otro requisito expresamente prohibi-

do es el de la intervención directa o indirecta de competidores (20), incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes. Sin embargo, la directiva precisa que “esta prohibición no se refiere a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización”. Una buena parte de las comunidades autónomas tienen órganos consultivos o decisorios para la implantación de nuevos establecimientos en los que intervienen las asociaciones de comerciantes (competidores) que ya están instalados, por lo que tendrían que modificar su composición.

Además de los citados requisitos prohibidos, hay otra serie de requisitos que están sometidos a evaluación. El artículo

15 detalla cuáles son éstos y exige a los Estados miembros que, en caso de querer seguir manteniéndolos o introducirlos en sus esquemas de autorización administrativa, deberán someterse a la evaluación con el objetivo de comprobar que no sean discriminatorios, que estén justificados por una razón imperiosa de interés general y que sean proporcionales, es decir, nuevamente, que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo, que no vayan más allá de lo necesario y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas. Entre los requisitos sometidos a evaluación podemos destacar algunos que pueden tener especial relevancia para el diseño de la política comercial:

- El establecimiento de límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; es uno de los requisitos sometidos a evaluación. En este caso cabría comprender aquellos esquemas de autorización que amparados por una “razón imperiosa de interés general”, como la ordenación territorial, establecen un determinado contingente cuantitativo para la implantación de actividades económicas o impiden que éstas se ubiquen en determinados emplazamientos.
- Prohibiciones de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional.
- Obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.
- Requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados.

CLAVES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

Como ya ha ido pudiendo deducir el lector de la exposición hasta aquí realizada, la transposición de la directiva va a suponer un reto muy importante para las Administraciones públicas y muy específicamente para los responsables estatales, autonómicos y locales en materia de comercio interior. Esta es sin duda una de las claves más importantes en el proceso de incorporación de la directiva a nuestro ordenamiento jurídico: establecer unos mecanismos normativos y de cooperación que faciliten un marco para el ejercicio de las competencias de todas las Administraciones. En este sentido, como ya se ha señalado en la introducción, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio viene desarrollando desde el primer momento una labor de información y propiciando un foro de debate sobre la directiva y sus consecuencias, en los órganos de cooperación con las comunidades autónomas (21) y en el Observatorio de la Distribución Comercial.

La segunda clave es la de garantizar un adecuado nivel de coordinación horizontal. En este sentido hay que entender que la directiva afecta no sólo a las políticas de distribución comercial, sino también a otras políticas públicas del sector servi-

cios. Por este motivo, la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos decidió constituir un grupo de trabajo con representación de todos los Ministerios afectados por la misma para diseñar y coordinar el trabajo administrativo con vistas a la transposición.

Si bien la directiva contempla un plazo para su incorporación al Derecho interno de tres años desde su publicación (finalizaría el 28 de diciembre de 2009), a diferencia de otras normas comunitarias, su transposición no finaliza con la aprobación de una ley o un real decreto, sino que comporta medidas en muchos sectores y además una labor de autoevaluación previa y un proceso de vigilancia recíproca entre los Estados. Por este motivo resulta clave empezar a trabajar desde el primer momento en los distintos ámbitos abiertos por la directiva y sobre todo preparar los procesos de modificación normativa y de evaluación de los requisitos que quieran seguir manteniéndose en los regímenes de autorización.

Por último cabe señalar que desde la misma fecha de su publicación en el Diario Oficial de la UE, la directiva ya está desplegando sus efectos en un doble sentido:

- En primer lugar existe ya una obligación para los Estados miembros de no adoptar ninguna disposición que vaya en contra de lo estipulado en la directiva. Aunque esta cuestión no aparezca expresamente estipulada en el texto de la norma comunitaria, resulta del propio deber de lealtad institucional de los Estados y además el propio Tribunal de Justicia ha dictaminado sobre esta cuestión (22). Los propios órganos del Poder Judicial en España podrían incluso entrar a valorar la adecuación a la directiva de las normas que se fueran dictando en adelante.
- En segundo lugar, el propio artículo 15 de la directiva establece en sus apartados 5 y 6 (23) la obligación de comunicar a la Comisión y al resto de los Estados miembros cualquier nuevo requisito, de los sometidos a



evaluación, que se introduzca en los sistemas de autorización administrativa. Independientemente de cómo llegue a formalizarse esta obligación en el futuro, este procedimiento es el mismo que ha venido siguiéndose para los supuestos de las reglamentaciones técnicas y la normativa sobre sociedad de la información. En definitiva, se trata de un mecanismo de vigilancia recíproca entre los Estados que abre la vía para que todas las partes en el proceso de transposición se impliquen en los objetivos de la misma (24).

UN NUEVO ENFOQUE DE LA POLÍTICA COMERCIAL

Tras haber expuesto los efectos de la directiva, habría que preguntarse si, tras ella debe desaparecer en la Unión Europea el sistema de autorizaciones administrativas para la apertura de nuevos establecimientos. La respuesta dependerá del enfoque que quieran adoptar los Estados y los responsables regionales y locales en cada uno de ellos. En cualquier caso la directiva no obliga a su eliminación; es más, el considerando 47 contempla de manera expresa este supuesto (25).

Por este motivo cabría plantearse si siguen existiendo tras la directiva razones que justifiquen un régimen de licencia comercial específica. Por este motivo se debería hacer una reflexión en relación con características propias y características del mercado de la distribución en España:

- El servicio de distribución comercial es un servicio que los ciudadanos requieren de forma constante, recurrente y periódica; de manera mucho más agudizada cuando se trata de distribución de productos de alimentación y gran consumo. Es decir, es un servicio fundamental para la vida del ciudadano, mucho más que otros exceptuados en la directiva como servicios de interés general. Aunque el libre funcionamiento del mercado puede ser una vía más que suficiente para garantizar esta provisión de bienes, habría que valorar en qué medida un cierto nivel de intervención administrativa puede propiciar una localización más correcta de las actividades espaciales en el territorio teniendo en cuenta los modos de vida y la ordenación territorial urbana.
- La inmensa mayoría de los servicios de distribución comercial se prestan presencialmente a través



de establecimientos comerciales físicos. En consecuencia existe una variable, la de la oferta de suelo apto para el ejercicio de la actividad comercial, que limita en cierta medida la capacidad de las empresas para desarrollar su modelo de negocio. Este suelo, escaso en el centro de las grandes ciudades y más abundante (aunque condicionado por los requisitos de movilidad) en la periferia, lleva a la configuración de una oferta comercial con una variable territorial indudable. En este sentido, a la hora de evaluar los mercados relevantes desde el punto de vista de la competencia hay que realizar un análisis territorial muy minucioso. Se puede llegar a situaciones que pongan en peligro la competencia efectiva en este sector si no se tienen en cuenta estas variables territoriales. Esta ha sido la doctrina que ha seguido el Tribunal de Defensa de la Competencia en los procesos de concentración del sector que han sido sometidos a informe.

- La estructura territorial de la oferta comercial afecta de manera directa a la ordenación de las ciudades y al tráfico y la movilidad. Además, la ac-

tividad desarrollada tiene importantes repercusiones sobre el medio ambiente.

- La configuración empresarial es asimétrica. Conviven en este sector grandes grupos multinacionales junto con cadenas regionales y pequeños operadores familiares. La estructura de la cadena tiene a su vez efectos importantes sobre los mercados de aprovisionamiento.

Posiblemente, la actual política de licencias comerciales, por querer abarcar todas estas peculiaridades, puede llevar a un diseño que distorsionando el mercado no permita obtener todos los beneficios del juego de la libre competencia.

La Directiva de Servicios puede ser una oportunidad para reconsiderar la regulación de los regímenes de licencias comerciales, ya que exige una labor de evaluación de los regímenes de autorización y de análisis de compatibilidad con la directiva. En este sentido deberán simplificarse y eliminarse numerosos trámites y requisitos que no están suficientemente justificados así como numerosas limitaciones y prohibiciones.

Es indudable que los responsables públicos, fundamentalmente en el nivel regional y local, van a querer seguir actuando sobre la ordenación del sector, dentro

del margen que faculte la directiva. En este sentido, una eliminación total de la capacidad administrativa previa sobre la materia puede provocar la aparición de efectos no queridos por la directiva en términos de competencia y defensa del medio ambiente.

CONCLUSIONES

En este artículo me he limitado a señalar tan sólo algunos elementos de la directiva. Sin embargo, ésta resulta mucho más compleja en aspectos como la definición de la ventanilla única, los elementos a recoger en los aspectos procedimentales, especialmente en la tramitación electrónica, en la mejora de la calidad de los servicios y en la prestación de servicios transfronterizos.

Como habrá podido comprobar el lector, la Directiva de Servicios va a comportar cambios muy importantes en el diseño de la política comercial, más concretamente tanto en el diseño de las licencias comerciales de carácter municipal como, fundamentalmente, en el marco normativo estatal y autonómico de las licencias comerciales específicas.

También habrá podido observarse que una gran parte de los contenidos de la directiva no hacen sino sistematizar y positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE sobre esta materia. Por este motivo la directiva no supone, en lo que a la regulación del régimen de autorizaciones se refiere, una innovación material, sino que gran parte de sus postulados podrían haberse exigido a través de otras vías, singularmente mediante la actuación del Tribunal de Justicia a instancias de la Comisión.

En cualquier caso, sí cabe señalar que su transposición va suponer un reto importante para las Administraciones públicas y, de manera muy especial, para las competentes en materia de distribución comercial. Este reto va a demandar una coordinación importante entre los responsables sectoriales y los tres niveles de gobierno. ■

NOTAS

(1) Licenciado en Derecho. Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. En el momento de escribir este artículo era subdirector general de Comercio Interior en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Desde mayo de 2007 es director general de la Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados (ACES). El autor quiere agradecer a Ignacio Cruz Roche sus aportaciones en los análisis y valoraciones que sobre la directiva han hecho conjuntamente y que le han permitido formalizar su juicio en relación con la misma. El artículo no responde a ninguna opinión "oficial" del Ministerio, por lo que el autor se responsabiliza íntegramente por los errores de apreciación que puedan contenerse en el artículo.

(2) "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior", COM/2004/0002 final.

(3) Aunque la base del diagnóstico de los servicios aparecía ya en documentos como el denominado Plan Servicios de 1998, baste citar a modo de antecedentes más inmediatos los dos documentos siguientes:

– "Una estrategia para el mercado interior de servicios". Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. COM (2000) 888 final, 29.12.2000. En este documento se exponían las cinco líneas estratégicas básicas que sintéticamente eran: 1) Abarcar a todos los sectores de servicios y sus interrelaciones. 2) Simplificar los trámites para el establecimiento a través del uso del reconocimiento mutuo y la prueba de la proporcionalidad. 3) Garantizar un alto grado de protección de la salud y del consumidor en todo el mercado interior y la existencia de sistemas eficaces para tratar las denuncias. 4) Adoptar un enfoque dinámico. 5) Coherencia con otras políticas comunitarias. También se apuntaban las fases en que debía constar: 1) En una primera fase de acción y el análisis, durante el 2001; poner en marcha una serie de iniciativas en ámbitos especialmente problemáticos; revisar las directivas existentes; medidas complementarias como la mejora de la información estadística y fomento de la innovación; impulso de determinadas propuestas normativas estratégicas en tramitación. 2) En una segunda fase en 2002, a partir del análisis, adoptar acciones contra los obstáculos que pueden eliminarse mediante la aplicación directa de los principios del Tratado; acciones de naturaleza no legislativa; y en tercer lugar, acciones que utilizan la armonización orientada para eliminar los obstáculos.

– "Estado del mercado interior de servicios". Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. COM (2002) 441 final de 30.7.2002. En este documento ya se hacía una referencia expresa, las fronteras jurídicas, básicamente en procedimientos de autorización y reconocimiento y se señalaba el surgimiento de barreras de carácter regional. La Comisión anunciaba expresamente que: "para conseguir estos objetivos, la Comisión, tal como se anuncia en la estrategia para el mercado interior de servicios, prevé

emprender a lo largo de la segunda etapa acciones de carácter legislativo cuyo alcance y contenido hacen necesarios análisis suplementarios".

(4) Aparte de los numerosos artículos de prensa y polémicas surgidas en torno a la directiva en la campaña previa al referéndum de 29 de mayo de 2005, el argumento que caló más hondo fue el del paradigma del "fontanero polaco" que introdujo Philippe de Villiers en un especial de diciembre de 2004 del semanal "Charlie Hebdo": *Cette affaire est très grave, car la directive Bolkestein permet à un plombier polonais ou à un architecte estonien de proposer ses services en France, au salaire et avec les règles de protection sociale de leur pays d'origine. Sur les 11 millions de personnes actives dans les services, un million d'emplois sont menacés par cette directive. Il s'agit d'un démantèlement de notre modèle économique et social.*

(5) No se pretende hacer un juicio del comportamiento de las asociaciones, sino tan sólo constatar el hecho de que, al menos en los primeros meses desde su aprobación, y por la propia formulación de la propuesta de directiva, resultaba muy complejo hacer llegar a la opinión pública un análisis detallado, más allá de un mero juicio de conjunto.

(6) A modo de ejemplo, tan sólo en la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, se recoge la transposición total o parcial al derecho interno de las siguientes directivas: Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia; Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo; Directiva 2000/35/CE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

(7) En distintas sentencias el Tribunal de Justicia de la UE ha venido interpretando, en los supuestos que han sido sometidos a su consideración, que la regulación de un régimen de apertura horaria no afectaba en principio a las libertades del tratado si no comportaba efectos discriminatorios.

(8) Para mayor detalle sobre estos aspectos regulatorios puede consultarse el artículo publicado por el autor en el número 73 de esta misma revista (enero-febrero 2004): "El marco normativo del comercio interior en España. Una aproximación histórica". Pese a las modificaciones en la normativa surgidas desde esa fecha, la complejidad de la cuestión queda suficientemente puesta de manifiesto. También puede observarse la situación del régimen legal vigente en España en el núm 2877 (1 a 14 de mayo de 2006) del *Boletín Económico de Información Comercial Española*, dedicado monográficamente a "La distribución comercial española en 2005", pág. 273 y ss.

(9) En este sentido, la Comisión entendió que debía optar por una propuesta maximalista aun a riesgo de llevar el debate por un camino más abierto a polémicas. Ángel Viñas nos recuerda en un reciente artículo: "La Comisión es indispensable. Pero también es irritante", haciendo referencia al papel que le ha tocado jugar

dentro del proceso de construcción europea. (*¿Una víctima de su propio éxito? Sobre el auge y empequeñecimiento de la Comisión.* Ángel Viñas. "Las políticas comunitarias. Una visión interna". *Revista de Economía Información Comercial Española*. Nº 831 julio 2006.)

(10) El principio de "reconocimiento mutuo" o de "país de origen" que venía aplicándose a la libre circulación de mercancías supone que conforme a este principio, los Estados miembros de destino no pueden prohibir la venta en sus territorios de productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y que no estén sujetos a la armonización comunitaria, a menos que las restricciones técnicas establecidas por el Estado miembro de destino estén justificadas por las razones expuestas en el artículo 30 del Tratado CE, o por razones imperiosas de interés general reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que sean proporcionadas. La concreción del alcance de este principio en la jurisprudencia del TJUE ha venido ampliándose de hecho muy intensamente a otros ámbitos como el de reconocimiento de títulos o más esporádicamente en el de la prestación de servicios. Víctor Pou señala: "En la Unidad Mercado de Servicios ya propusimos en su día la extensión al de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, es decir, el principio del país de origen, sin conseguirlo. El riesgo de "desregulación competitiva" y "el riesgo de competencia a la baja" (*race to bottom*) en niveles de reglamentación se vienen aireando, sobre todo por parte de Francia, desde hace décadas". (Víctor Pou Seradell. La Comisión y las nuevas políticas para el sector servicios. Las políticas comunitarias. Una visión interna". *Revista de Economía Información Comercial Española*. Nº 831 julio 2006.)

(11) Datos de enero de 2007 de la revista *Alimarket*. Se ha considerado entre éstos también al grupo Dinisol.

(12) El texto íntegro del considerando citado es el siguiente:

40) El concepto de "razones imperiosas de interés general" al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, pro-

tección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de libre prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.

(13) Vid., entre otros asuntos, la sentencia de 19 de diciembre de 1961, Rec. 1961, pag. 657. En palabras del TJCE: "Objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre prestación de servicios" (también asuntos C-158/96 o C-224/97).

(14) Véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartados 15 a 17, y Corsten, C-58/98, Rec. p. I-7919, apartados 38 y 39. Asimismo, vid., el asunto C-299/02.

(15) Así, de la Cruz Ferrer, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios económicos, Madrid, 2002, pag. 77. En efecto, tal y como ha declarado el TJCE en la sentencia C-366-04, a falta de armonización, corresponde a los Estados miembros decidir qué grado de protección de la salud y de la vida de las personas pretenden garantizar, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las exigencias de la libre circulación de las mercancías dentro de la Comunidad.

(16) De forma más detallada, en el asunto C-458/03 se especifica que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Por otra parte, en el asunto 340/02 el TJCE estableció que el principio de la igualdad de trato entre los diferentes prestadores de servicios, establecido en el artículo 3. 2 de la directiva, y el principio de transparencia derivado del mismo obligan a que el objeto de cada contrato, así como los criterios de adjudicación del mismo, estén claramente definidos.

(17) En concreto, los apartados y 2 del artículo 10 establecen que:

"1. Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.

2. Los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes:

a) no ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e

inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación; g) ser transparentes y accesibles."

(18) El considerando 66 (in fine) señala, al referirse a las pruebas económicas, que: "Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia".

(19) Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia.

(20) La intervención, aunque sólo de carácter consultivo, de competidores en el procedimiento de autorización administrativa es una restricción contraria a los tratados que ya puso de manifiesto el TJCE en el asunto C-439/99, entre otros. Así, en palabras del propio Tribunal, "por lo que se refiere a las disposiciones que sujetan la organización de ferias a la intervención de organismos compuestos por operadores que ya están presentes en el territorio de que se trate o que representan a dichos operadores, a efectos del reconocimiento y la autorización de la entidad organizadora, así como de la concesión a ésta de financiación pública, procede señalar que la exigencia de una autorización o un reconocimiento oficial constituye una restricción a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento". Sin embargo, añade, "la presencia de otros representantes no competidores puede justificarse por los conocimientos o experiencia en la vida económica, así como la de miembros del público al que va dirigido el servicio" (asunto C-439/99 Ferias de Italia).

(21) Los órganos citados son la Conferencia Sectorial de Comercio (nivel de ministro y consejeros autonómicos), la Mesa de Directores Generales de Comercio y las reuniones de técnicos de comercio de las CCAA.

(22) En el caso del TJUE C-129/96 se trató precisamente de este tema en una cuestión prejudicial aplicando los artículos 10, 249 y 254 del Tratado CE. (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997. - Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région wallonne). Se extractan a continuación algunos de sus párrafos:

"45. ... si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno..., se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva.

46. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si estas circunstancias concurren en el caso de las disposiciones nacionales cuya legalidad debe examinar.

47. En esta labor de apreciación, el órgano jurisdiccional nacional deberá, en particular, examinar si las disposiciones controvertidas se presentan como una adaptación completa del Derecho interno a la directiva, así como los efectos concretos de la aplicación de las disposiciones que no se ajustan a ésta y su vigencia en el tiempo."

(23) Los apartados 6 y 7 del artículo 15 establecen:

"6. A partir del 28 de diciembre de 2006, los Estados miembros únicamente podrán introducir nuevos requisitos del tipo de los contemplados en el apartado 2 (requisitos sometidos a evaluación) cuando reúnan las condiciones establecidas en el apartado 3 (no discriminación, justificación y proporcionalidad).

7. Los Estados miembros notificarán a la Comisión cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa en la que se prevean requisitos contemplados en el apartado 6, motivándolos. La Comisión comunicará dichas disposiciones a los demás Estados miembros. Esta notificación no impedirá a los Estados miembros adoptar las disposiciones en cuestión. En el plazo de tres meses a partir de la recepción de la notificación, la Comisión examinará si estas nuevas disposiciones son compatibles con el Derecho comunitario y, si procede, adoptará una decisión en la que solicite al Estado miembro de que se trate que no las adopte o que las derogue.

La notificación de un proyecto de ley nacional de acuerdo con la Directiva 98/34/CE cumplirá a la vez con la obligación de notificación establecida en la presente Directiva."

(24) A modo de ejemplo, en el segundo informe bienal de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social –sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior (COM/2002/0419 final)– se realiza una valoración de este mecanismo:

"El funcionamiento eficaz del reconocimiento mutuo resulta esencial, sobre todo cuando se tiene en cuenta que la Comisión ha observado una nueva oleada de «re-reglamentación» debida principalmente a los avances tecnológicos y al interés por reforzar los controles del ámbito sanitario (y en particular, del alimentario). Gracias al procedimiento introducido por la Directiva 98/34/CE, que obliga a los Estados miembros a notificar todo proyecto de norma técnica, la Comisión puede intervenir para que los Estados miembros incluyan el principio de reconocimiento mutuo en estos proyectos de normas técnicas nacionales. Esta acción preventiva se lleva a cabo, en caso necesario, mediante los procedimientos de infracción de los artículos 28 a 30 del Tratado CE instituidos por la Comisión en virtud del artículo 226 del Tratado CE, para que el principio se incluya asimismo en las legislaciones nacionales existentes."

(25) En este considerando 47 se señala: "... También es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento –por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales–, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general."