



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE
MERCADO

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 13
28071-MADRID

OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN PLANTEADA POR D. (...) EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (EXPT. ... Centro Comercial Palma de Mallorca)

1.- ANTECEDENTES

Con fecha 27 de mayo de 2015 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, la SCUM) escrito de D. (...) (en adelante el informante o el interesado), en el marco del procedimiento de reclamación previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM, en lo sucesivo).

La SCUM formuló una solicitud de subsanación al interesado con fecha 28 de mayo de 2015 y el mencionado interesado presentó respuesta a la subsanación señalada por la SCUM con fecha 29 de mayo de 2015. Con esta última fecha, la SCUM ha dado traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía del escrito de la reclamación, así como el de subsanación y toda la información que obra en el expediente, para que, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, formule las observaciones previstas en el artículo 26 de la LGUM.

En el escrito de reclamación, el interesado plantea que la citada sociedad recibió el pasado 27 de abril de 2015 notificación de una Resolución de fecha 24 de abril de 2015 de la Directora General de Comercio y Empresa de la Consejería de Economía y Competitividad del Gobierno Balear, por la que se denegaba la autorización autonómica para la instalación de un gran establecimiento comercial a la entidad ..., para la implantación de un Centro Comercial colectivo de 50.500 m2 de superficie de venta, a ubicar en el sector de planeamiento de “Ses Fontanelles I”, ubicado en el término municipal de Palma (Isla de Mallorca), al considerar que se incumple el artículo 14.3 de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Islas Baleares, por cuanto los terrenos en los que se pretende la implantación no tienen la clasificación de suelo urbano por el planeamiento urbanístico municipal, ni tienen la condición de solar.

En concreto, en su escrito el reclamante pone de manifiesto que la Consejería fundamenta la denegación de la autorización autonómica al interpretar que conforme a dicho precepto (artículo 14.3 de la citada Ley) resulta necesario que la parcela sobre la que se pretenda ubicar el establecimiento comercial reúna la clasificación de suelo urbano y la condición de solar en el momento de solicitarse la autorización autonómica, y además que la obra de urbanización haya sido recepcionada por el Ayuntamiento a la



fecha también de la solicitud, lo que supone a su juicio una interpretación del precepto improcedente, innecesaria y desproporcionada.

Más concretamente, con esta interpretación la Administración, según el reclamante, estaría creando un nuevo requisito no previsto legalmente sin justificarlo en base a la necesidad de salvaguardar el interés general, señalando expresamente que en la Resolución no se invoca razón imperiosa de interés general alguna para desviarse de la interpretación tradicional del artículo 14.3 de la Ley 11/2014, y que vulneraría la LGUM, concretamente el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes recogidos en su artículo 5.

Por otra parte, la interpretación de la legislación comercial aplicada a esta solicitud de autorización no coincide con la aplicada a la solicitud de licencia autonómica presentada por un competidor directo para la ampliación de un centro comercial que opera en la Isla y que sería competencia directa del promovido por el reclamante por desarrollarse en el mismo marco temporal y a una distancia de menos de 3 km, lo que a su juicio comportaría una vulneración del principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la LGUM para ello el reclamante aporta un certificado de fecha 5 de mayo de 2015 del Ayuntamiento de Palma en el que se señala que la parcela en la que se están ejecutando las obras de ampliación del establecimiento comercial del mencionado competidor no tienen a esa fecha la condición de suelo urbano consolidado.

2.- CONTEXTO NORMATIVO SECTORIAL

2.1. A nivel europeo

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (también conocida como Directiva de Servicios) tiene como objetivo alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea mediante la eliminación de las barreras legales y administrativas que obstaculizan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados miembros. A tal efecto, la Directiva establece las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

Por lo que se refiere a las medidas concretas dirigidas a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, la Directiva favorece que se eliminen las barreras legales, reglamentarias o administrativas y para ello, establece una serie de criterios y condiciones que deben cumplirse en el supuesto de que se introduzca o mantenga un régimen de autorización al que se supedita el acceso a una actividad de servicios. En particular, estos regímenes de autorización deberán cumplir las condiciones siguientes:

- a) No discriminación: que no establezca requisitos que sean discriminatorios para el prestador de que se trate.
- b) Necesidad: que esté justificado por una razón imperiosa de interés general¹;

¹ Las “razones imperiosas de interés general” son definidas en la Directiva atendiendo a la noción reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre las que se incluyen las siguientes: la protección



c) Proporcionalidad: asegurar que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva.

En esta línea, apunta la Directiva que los regímenes de autorización deberán basarse en criterios objetivos que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de evitar que actúen de forma arbitraria, y para ello, los criterios deberán reunir las siguientes características:

- que no sean discriminatorios;
- que estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
- que sean proporcionados a dicho objetivo de interés general;
- que sean claros e inequívocos;
- que sean objetivos;
- que se hagan públicos con antelación;
- y sean transparentes y accesibles.

Junto a lo anterior, la Directiva concreta una serie de requisitos que estarán prohibidos², por ser considerados especialmente restrictivos, entre los que se incluyen: los requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad o la residencia; los que limitan la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario o que obliguen a tener su establecimiento principal en el territorio nacional; los que apliquen pruebas económicas para la concesión de la autorización, de manera que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, o que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; así como la intervención directa o indirecta de los competidores en el procedimiento de concesión de la autorización, cuestiones éstas de gran relevancia para el sector comercial.

Adicionalmente, la Directiva recoge otra serie de requisitos que, sin estar expresamente prohibidos y por considerarse potencialmente restrictivos, deberán ser evaluados por los Estados miembros, de tal manera que habrá de justificarse que no son discriminatorios y que son necesarios y proporcionados, por ejemplo, los límites cuantitativos o territoriales fijados en función de la población o de distancias geográficas mínimas entre prestadores; los que obliguen al prestador a adoptar una forma jurídica concreta; o que estén en posesión de un determinado capital social; los que prohíban disponer de varios establecimientos en un territorio nacional; los que obliguen a tener un número mínimo de empleados; o a respetar las tarifas obligatorias mínimas y/o máximas.

Finalmente, hay que recordar que la Directiva determina que los procedimientos 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 la falta de respuesta en el plazo fijado será considerada como que la autorización está concedida con carácter general (art. 13.1 y 4 de la Directiva). Asimismo, debe tenerse en cuenta que toda decisión de las autoridades competentes, así como la denegación o retirada de la autorización, deberán ser motivadas y deberán poder ser impugnadas mediante un recurso judicial u otras instancias de apelación (art.10.6 de la Directiva).

del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, protección del orden público, la seguridad pública y la salud pública y la protección de los consumidores y destinatarios de servicios. (art. 4 8) de la Directiva).

² Estos requisitos vienen enumerados en el artículo 14 de la Directiva de Servicios.



Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO



2.2. En el ámbito estatal

En el ámbito estatal, y con el fin de adaptar la regulación del sector de ordenación comercial a la Directiva de Servicios se reformó la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMIN), mediante la Ley 1/2010, de 1 de marzo³, y posteriormente ha sido objeto de modificación por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que introduce un conjunto de medidas dirigidas a fomentar el comercio minorista y la unidad de mercado.

La LORCOMIN parte del principio de libertad de empresa para el ejercicio de la actividad comercial, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Constitución española, y en tal sentido reconoce la utilización legítima del suelo para la instalación de establecimientos comerciales. Para ello, impone a los poderes públicos el deber de proteger la libre iniciativa empresarial para la instalación y acondicionamiento de los establecimientos comerciales en el marco de lo dispuesto en la legislación vigente (artículos 3 y 5).

En este contexto, el artículo 6 de la LORCOMIN, reformado mediante la Ley 8/2014, de 15 de octubre para su adecuación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contiene el régimen aplicable a la apertura, traslado o ampliación de los establecimientos comerciales de la siguiente forma:

En primer lugar, se establece como regla general la no sujeción a régimen de autorización para la apertura, traslado o ampliación de los establecimientos comerciales. (apdo. 1).

Si bien, a continuación en su apartado 2 se permite la posibilidad de que quede sometida a una única autorización, que se concederá por tiempo indefinido, cuando las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de la actividad sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones⁴ no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa. Para ello, se exige que el régimen de autorización esté suficientemente motivado en la ley que lo establezca.

En consonancia con lo anterior, en su apartado 3 precisa que los requisitos para la concesión de las autorizaciones o de las declaraciones responsables deberán estar ligados específicamente a la instalación o infraestructura y estar justificados en razones imperiosas de interés general, y en cualquier caso éstos deberán ser no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes, accesibles, y atenderán únicamente a criterios basados en las razones, antes mencionadas, es decir por razones medioambientales, de entorno urbano y del patrimonio histórico-artístico. Y, prohíbe expresamente que en el otorgamiento de la autorización sean tenidos en

³ <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/02/pdfs/BOE-A-2010-3365.pdf>

⁴ Con ello, según se explica en la propia exposición de motivos de la Ley 8/2014, se ajustan las razones imperiosas de interés general a las previstas en el artículo 17.1.b) de la LGUM, referidas a los posibles daños en el medio ambiente, en el entorno urbano y el patrimonio histórico artístico, como consecuencia del análisis de necesidad y proporcionalidad efectuado sobre las posibles restricciones, en coherencia con la referencia a las razones imperiosas de interés general aplicables a la distribución comercial ya eran enumeradas en la anterior redacción del artículo 6 de la LORCOMIN, y especialmente, a la vista del consenso existente sobre la materia en el sector, atendiendo al desarrollo normativo autonómico vigente y a la práctica administrativa derivada de aquel. Todo ello sin perjuicio de que la actual regulación comercial es compatible con la regulación sectorial en materia de seguridad y de salud públicas, aplicable con carácter general a la apertura de todo tipo de establecimientos.



cuenta requisitos de naturaleza económica o que se prevea la intervención de competidores⁵.

Asimismo, prevé la obligación de que los regímenes de intervención administrativa se ajusten a lo previsto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y en concreto, no podrán contener requisitos prohibidos del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni actuaciones que limiten la libertad de establecimiento y la libertad de circulación del artículo 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

Por lo que se refiere al procedimiento administrativo de autorización, en el apartado 5 se consagra un procedimiento integrado en el que se incluirán todos los trámites necesarios que será competencia de una única autoridad que gestionará las diferentes fases a partir de la solicitud. La autoridad competente para el otorgamiento de autorizaciones comerciales será determinada por las Comunidades Autónomas, y tendrá como máximo un plazo de tres meses para la resolución y notificación de estos procedimientos, transcurrido el cual deberá entenderse estimada por silencio administrativo.

Finalmente, conviene recordar que el sector del comercio minorista también se encuentra regulado por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios y sus sucesivas modificaciones, que supuso un paso más en la eliminación de cargas y licencias administrativas llevadas a cabo en el marco de las reformas operadas sobre el ámbito del comercio minorista como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios. En concreto, a través de la aprobación de esta Ley se eliminaron todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en su anexo con una superficie de hasta 750 metros cuadrados. Estas medidas se adoptaron, tras la realización del juicio de necesidad y proporcionalidad, en el que se apreció que no eran necesarios controles previos por tratarse de actividades que, por su naturaleza, por las instalaciones que requieren y por la dimensión del establecimiento, no tendrían un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria, por lo que pasaría a sustituirse por un régimen de control ex post basado en una declaración responsable.

2.3. Regulación autonómica

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, la legislación que regula el comercio ha sido objeto de diversas modificaciones, motivadas especialmente por la transposición de la Directiva de Servicios⁶, que han derivado finalmente en la reciente aprobación **Ley 11/2014, de 15 octubre, de**

⁵ De acuerdo con el art.6.4 de la LORCOMIN, “*en ningún caso, podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, entre otros, aquellos que supediten el otorgamiento de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado o a un exceso de la oferta comercial, 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 establecidos por la autoridad competente, o aquellos que puedan directa o indirectamente ir dirigidos a la defensa de un determinado modelo económico o empresarial dentro del sector. Asimismo se prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de autorización que en su caso se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales.*”

⁶ Así, han incidido en esta regulación la Ley 12/2010, de 12 de noviembre, de modificación de diversas leyes para la transposición de la directiva citada, y, más recientemente, el Decreto ley 7/2012, de 15 de junio, de medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía y otras actividades, del cual derivó después la aprobación de la Ley 13/2012, de 20 de noviembre, así como el Decreto ley 11/2012, de 19 de octubre, dictado



Comercio de Illes Balears, por la que se deroga la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears.

En esta Ley, y por lo que se refiere a la **regulación de la instalación de los establecimientos comerciales**, se fija un límite general de impacto territorial para condicionar la determinación de los grandes establecimientos comerciales en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, respetando, según se dice en su Exposición de motivos, el principio general de libertad en su instalación que impone la legislación europea. En este sentido, el artículo 5.4 de la Ley prohíbe expresamente la implantación de establecimientos comerciales en suelo que no tenga la clasificación de suelo urbano definido en la legislación urbanística vigente, precisando que el terreno tiene que cumplir la condición de solar.

De este modo, la Comunidad Autónoma de Islas Baleares mantiene un régimen de autorización autonómica para los grandes establecimientos comerciales sustentado en razones de protección del medio ambiente y ordenación del territorio y, regula el procedimiento para la obtención de la autorización, que introduce el silencio desestimatorio. En relación con esta autorización, en la propia Exposición de motivos se pone de manifiesto que responde al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, ya que, según dice, se trata del modo idóneo de impedir que la construcción y la puesta en marcha de los grandes establecimientos comerciales sea un hecho conocido a posteriori por la administración autonómica que impida la protección de los valores que se han mencionado, por lo que la medida se considera idónea para cumplir el objetivo perseguido y no hay alternativas menos gravosas para conseguirlo.

En particular, el artículo 13 de la Ley 11/2014, de 15 de octubre establece que la implantación o la ampliación de las instalaciones destinadas a establecimientos del tipo gran establecimiento comercial⁷ requiere expresamente la autorización autonómica para la instalación con carácter previo al título municipal habilitante.

Seguidamente, en cuanto al procedimiento administrativo para el otorgamiento de la autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial, el artículo 14 recoge los siguientes aspectos:

1. En caso de grandes establecimientos comerciales individuales, la empresa que tenga que explotar la actividad comercial concreta debe obtener la autorización autonómica para la instalación con carácter previo al título municipal habilitante.
2. En caso de establecimientos comerciales de carácter colectivo que tengan la consideración de gran establecimiento comercial, el promotor debe obtener la autorización autonómica para la instalación con carácter previo al título municipal habilitante. Esta autorización autonómica incluye a los establecimientos comerciales individuales que se puedan instalar, siempre que no supongan un aumento de la superficie útil de exposición y venta.
3. El establecimiento debe situarse en una parcela que esté clasificada como suelo urbano por el planeamiento urbanístico municipal y tenga la condición de solar.

para la adaptación de la normativa autonómica a la legislación básica estatal de medidas urgentes de liberalización del comercio y de la distribución comercial, la finalidad de la cual es adoptar medidas que refuercen la competencia en el sector de la distribución al por menor, incrementar la competitividad del sector exterior y facilitar el acceso a la financiación de las empresas.

⁷ De acuerdo con el artículo 12, tendrá la consideración de gran establecimiento comercial los establecimientos comerciales al por mayor o al por menor, individuales o colectivos, que tengan una superficie útil para la exposición y la venta superior a 700 m² en la isla de Mallorca, a 400 m² en las islas de Menorca y de Ibiza, y a 300 m² en la isla de Formentera.



4. La solicitud se debe dirigir al órgano competente en materia de comercio del Gobierno de las Illes Balears, de acuerdo con el modelo que se establezca, acompañada de la siguiente documentación:
- a) Certificado municipal donde se prevé instalar el comercio, según el modelo establecido en el anexo de esta ley, acreditativo de la adecuación del establecimiento proyectado a las normas que establezca el instrumento municipal sobre planeamiento general, a sus instrumentos de despliegue y de gestión urbanística, a las normas municipales de contaminación acústica, de movilidad de personas y vehículos, y al resto de normas de competencia municipal. El contenido de este certificado es vinculante.
 - b) Memoria descriptiva del proyecto, que incluya las características del establecimiento, su ubicación y la distribución de la superficie útil comercial, además de la clasificación energética de acuerdo con la normativa sectorial, acompañada de los planos generales correspondientes.
5. El consejero o la consejera competente en materia de comercio del Gobierno de las Illes Balears debe resolver motivadamente el otorgamiento o la denegación de la autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial.
6. El plazo para notificar la resolución es de cuatro meses y una vez transcurrido este plazo la autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial se entiende denegada. En todo caso, se puede hacer uso una sola vez de la suspensión del plazo máximo legal para notificar la resolución del procedimiento cuando la complejidad del asunto lo justifique. La suspensión del plazo legal no puede superar los dos meses.
7. El procedimiento de resolución sobre la autorización autonómica para la instalación o la ampliación de gran establecimiento comercial da lugar al pago de una tasa.

En relación con esta Ley, es importante hacer referencia a que el pasado 15 de enero de 2015, se publicó en el BOE el Acuerdo de Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado–Comunidad Autónoma de Illes Balears, de 3 de diciembre de 2014, por el que se iniciaron las negociaciones para resolver las discrepancias en relación con los artículos 12.1 y 2, 13, 14.1 y 6, 22.8 y 23.3 y la Disposición adicional tercera de la citada Ley 11/2014, de 15 de octubre. Para ello, se ha designado un grupo de trabajo que proponga a dicha Comisión la solución que proceda. Lo que se comunica al Tribunal Constitucional a los efectos previstos en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y se obliga insertar en el Boletín Oficial del Estado y en el Butlletí Oficial de les Illes Balears. A la fecha de elaboración del presente informe no ha sido publicada ninguna referencia sobre los resultados de las negociaciones que se están llevando a cabo.

Finalmente, sería de interés tener presente la **Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de las Islas Baleares**, cuya aprobación tal y como señala su exposición de motivos fija una regulación integral de la actividad administrativa en materia de urbanismo insertada en el marco de las normas ambientales y que se basa en el principio de desarrollo sostenible que ha de constituir el eje estructural de la política territorial y ha de informar al resto de políticas públicas que incidan en el uso del territorio o de otros recursos naturales.

En su título I regula el régimen urbanístico del suelo: urbano, urbanizable y rústico; define las actuaciones urbanísticas en el marco de la legislación estatal; y fija el régimen general de cumplimiento de los deberes que comportan estas actuaciones, así como los casos en que estos deberes pueden ser objeto de modulación.



Por su interés en cuanto al asunto que nos ocupa mencionar el artículo 30 que establece el concepto de solar:

1. Tienen la consideración de solar los terrenos clasificados como suelo urbano que sean aptos para la edificación, según la calificación urbanística, y cumplan los requisitos siguientes:

a. Confronten con vía pública, zona de aparcamientos públicos anexos a la vialidad o, cuando así lo defina el planeamiento, espacio libre público y que dispongan efectivamente de alumbrado público, pavimentación con, en su caso, aceras encintadas y con los servicios urbanísticos, de acuerdo con las determinaciones establecidas por el planeamiento urbanístico y, en todo caso y como mínimo, con los básicos señalados en el artículo 25 de esta ley.

b. Tengan señaladas las alineaciones y las rasantes, en el caso de que el planeamiento urbanístico las defina.

c. No hayan sido incluidos en un ámbito sujeto a actuaciones urbanísticas pendientes de desarrollo.

d. Para edificarlos, no deban cederse terrenos para destinarlos a vial o a espacios libres públicos de cara a regularizar alineaciones o a completar la red viaria.

2. En el caso de los asentamientos en el medio rural, la condición de solar requiere el cumplimiento de lo previsto en el apartado 1 anterior, si bien no es necesario disponer de todos los servicios que se prevén en la letra a) cuando así lo determine el planeamiento urbanístico.

3. Tener la condición de solar es requisito imprescindible para que se pueda otorgar la licencia de edificación. No obstante, el ayuntamiento siempre puede autorizar, tanto en suelo urbano como urbanizable, la edificación y la urbanización simultáneas en los términos que establece el Reglamento de gestión urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o la normativa que lo sustituya.(subrayado propio)

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

A este respecto, el artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado y, en consecuencia, a todos los actos y disposiciones de las diferentes Administraciones Públicas que afecten al acceso y ejercicio de las mencionadas actividades económicas. En particular, dice que:

“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”

Por su parte, el apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como:



“ b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.”

El objeto de la presente reclamación versa sobre una Resolución de la Directora General de Comercio y Empresa de la Consejería de Economía y Competitividad del Gobierno Balear, por la que se deniega la autorización autonómica a la entidad UNIBAIL-RODAMCO PALMA S.L.U. para la implantación de un Centro Comercial colectivo de 50.500 m² de superficie de venta en el municipio de Palma, al considerar que no cumple el artículo 14.3 de la Ley de Comercio Balear. En este caso, se trata de un gran establecimiento comercial en el que se va a desarrollar actividad económica o empresarial que entraría, por tanto dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.

El establecimiento de un régimen de intervención administrativa, como por ejemplo el de autorización, para la implantación de grandes establecimientos comerciales, así como los requisitos, criterios y condiciones tenidas en cuenta para su otorgamiento deberán respetar, en todo caso, los principios recogidos en la LGUM.

En este sentido, el artículo 9 de la LGUM impone a todas las autoridades competentes (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) la obligación de velar por la observación de estos principios (no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de la misma, simplificación de cargas y transparencia) en todas sus actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación. En particular, garantizarán el cumplimiento de estos principios en las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella, así como en las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas y en los requisitos para su otorgamiento, entre otros.

En particular, según el artículo 5 de la LGUM, los límites al acceso o al ejercicio de una actividad económica o la exigencia del cumplimiento de requisitos para su desarrollo deberán estar motivados en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Además, deberán ser proporcionados a la razón imperiosa de interés general invocada, de tal manera que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Por su parte, el artículo 17 de esta LGUM contiene expresamente cómo ha de entenderse el principio de necesidad y proporcionalidad, en concreto, los criterios que las autoridades competentes deberán aplicar a la hora de establecer límites al acceso y al ejercicio de una actividad económica y señala, respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas, lo siguiente:

“ 1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se



realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”.

Atendiendo a los preceptos antes expuestos, y sin perjuicio de las consideraciones de carácter general que sobre el establecimiento de una autorización comercial en la normativa de la Comunidad de las Islas Baleares se exponen a continuación, el análisis concreto de la reclamación que nos ocupa debe centrarse en si por parte de la autoridad balear se han tenido en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de aplicar o interpretar los criterios para el otorgamiento de la autorización autonómica para la instalación de un establecimiento del tipo de gran establecimiento comercial establecidos en la Ley 11/2014, de 15 de octubre de Comercio Balear.

La normativa comercial de Islas Baleares, actualmente vigente, permite supeditar a un régimen de autorización autonómica, previo al título municipal habilitante, la implantación de establecimientos comerciales de carácter colectivo que tengan la consideración de gran establecimiento comercial, para el caso de la isla de Mallorca tendrán dicha consideración aquellos establecimientos que tengan una superficie útil para la exposición y la venta superior a 700 m² y establece el procedimiento administrativo para su otorgamiento.

A este respecto, y desde un punto de vista general, convendría recordar que el establecimiento o mantenimiento de autorizaciones autonómicas para la apertura de establecimientos comerciales deberán estar justificados en base a las razones imperiosas de interés general antes expuestas (protección del medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico-artístico) y que, en ningún caso, podrá fundamentarse en motivos de carácter económico, tal como establece la legislación estatal comercial (artículo 6 de la LORCOMIN) en consonancia con la Directiva de Servicios y con la propia LGUM. Hay que recordar que la sumisión de este tipo de autorizaciones autonómicas atendiendo a razones de naturaleza económica (o de regulación o control de la oferta comercial) estarían prohibidos por la Directiva de Servicios, por la LGUM, y por la propia LORCOMIN, al suponer una clara injerencia sobre los principios de libertad de establecimiento o de libertad de empresa que estas normas propugnan⁸.

Sobre este particular, conviene hacer referencia a que las Autoridades de competencia (entre otras la Comisión Nacional de la Competencia o el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía) han venido insistiendo en la conveniencia de eliminar la licencia comercial específica para grandes establecimientos comerciales, al considerar que este tipo de licencias autonómicas obedecen fundamentalmente a motivos de control de la oferta comercial por parte de esa Administración, y en la medida en que actualmente no resultaría posible la aplicación de este tipo de criterios para determinar la existencia de estas licencias deberían ser derogadas. Igualmente, se considera necesario fundamentar el establecimiento excepcional de una licencia específica para grandes superficies en razones de interés general no protegidas por otras administraciones, y de evitar así que la autorización produzca daños

⁸ Así pues, y sin perjuicio de que la LORCOMIN había sido modificada en el año 2010 para la transposición de la Directiva de Servicios en este sector de la distribución comercial, más recientemente ha vuelto a ser modificada, esta vez, para su adecuación a la LGUM y para seguir profundizando en la simplificación y racionalización administrativa.



desproporcionados a la libertad de empresa, es decir en el supuesto de que se considerase necesaria la instauración de un régimen de autorización, las razones de interés general invocadas deberían ser distintas de las ya protegidas por la existencia, en su caso, de licencias municipales y hacerse explícitas en el texto con carácter taxativo, sin que resulte admisible que dichos fines de interés general sirvan para amparar encubiertamente un control de la oferta comercial⁹.

En el caso en concreto que nos ocupa, la Ley de comercio Balear ha sustentado un régimen de autorización para la apertura, traslado y ampliación de establecimientos comerciales atendiendo a razones medioambientales y de ordenación del territorio, tal y como se recoge en su exposición de motivos. Además, en el procedimiento administrativo regulado para la obtención de dicha autorización autonómica comercial se señala la existencia de otro título municipal habilitante que podríamos entender como las licencias municipales de obras en las que la administración local velarán por el cumplimiento de la normativa de ordenación del territorio y medioambiental.

Por lo tanto, puede entenderse que existiría una innecesaria duplicidad de procedimientos administrativos como consecuencia de la existencia de dos regímenes de autorización el correspondiente a la autoridad autonómica y la posterior licencia municipal, considerando, asimismo, que en ambos casos las razones que los justifican sean idénticas como son la ordenación del territorio, el impacto urbanístico y la protección del medio ambiente. El funcionamiento de ambos regímenes se entiende asimismo desproporcionado en la medida en que el objetivo de interés público que se pretende salvaguardar ya estaría tutelado por la actuación de la administración competente en materia urbanística. Así fundamentar el establecimiento excepcional de una licencia específica para grandes superficies en razones de interés general ya protegidas por otras administraciones y en aplicación de la normativa sectorial específica (por ejemplo, la legislación urbanística), puede provocar daños desproporcionados a la libertad de establecimiento y libertad de empresa, recogidos tanto en la Directiva de Servicios como en la propia legislación básica comercial.

Por otra parte, en lo que concierne al asunto planteado por el reclamante, habría que considerar los criterios aplicados por la Dirección General de Comercio y Empresa del Gobierno Balear para denegar la autorización y la justificación aportada. Según consta en el expediente dicha denegación se produce *“ya que incumple el artículo 14 apartado 3 de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Illes Balears, por cuanto los terrenos en los que se pretende la implantación no tienen la clasificación de suelo urbano por el planeamiento municipal, ni tienen la condición de solar.”* En concreto, justifica su decisión en base a dos informes jurídicos en los que se señala que en la fecha de solicitud de la correspondiente autorización los terrenos donde se pretende construir el establecimiento comercial no tienen la condición de solar y que sólo una vez recepcionada la urbanización y acreditado ese extremo se habrá producido un cambio fáctico relevante que justifique un criterio distinto al mantenido.

⁹ Véase al respecto el Informe de la CNC IPN 09/2009, de 6 de mayo de 2009, sobre la REFORMA DE LA LEY DEL COMERCIO MINORISTA.



En este sentido, hay que destacar que la Directiva de Servicios ya señalaba las características que debían reunir los criterios que las autoridades competentes deben aplicar en el marco de los regímenes de autorización con el fin de evitar que éstas actúen de forma arbitraria. En este sentido, los criterios deben ser precisos, claros e inequívocos, no pueden ser discriminatorios, además de estar justificados por una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados al objetivo que persiguen, además deben ser delimitados de forma objetiva y hacerse públicos con antelación, ser transparentes y accesibles.

En aplicación de lo señalado en la Directiva de Servicios y reforzado en el marco de la LGUM, la valoración que realiza la administración autonómica para la concesión o denegación de la autorización tendrían que basarse en los criterios que sobre esta cuestión se encuentren recogidos en la Ley 11/2014, de Comercio Balear. Por un lado, se encuentra la obligatoriedad de que el establecimiento se sitúe en una parcela que esté clasificada como suelo urbano por el planeamiento urbanístico municipal y que tenga la condición de solar. Por otro lado, se constata la obligatoriedad de disponer de un “certificado municipal donde se prevé instalar el comercio” (tenor literal de la norma) que acredite la adecuación del establecimiento proyectado a las normas que establezca el instrumento municipal sobre planeamiento general, a sus instrumentos de despliegue y de gestión urbanística, a las normas municipales de contaminación acústica, de movilidad de personas y vehículos, y al resto de normas de competencia municipal, siendo el contenido del citado certificado vinculante. Asimismo, se exige al operador económico una memoria descriptiva del proyecto que incluya las características del establecimiento, su ubicación y la distribución de la superficie útil comercial, además de la clasificación energética de acuerdo con la normativa sectorial, acompañada de los planos generales correspondientes.

En cuanto al primer requisito relativo a que el gran establecimiento comercial se sitúe en suelo urbano y con la condición de solar, hay que considerar que la verificación de su cumplimiento estaría íntimamente relacionada con el segundo requisito. Este último, consistente en la aportación por parte del promotor de un certificado municipal, supone que el ejercicio de constatación de la adecuación de la localización del gran establecimiento comercial en relación con la normativa urbanística, se atribuye a la autoridad municipal competente. En este sentido, este certificado sería clarificador en cuanto al interés general que se pretende salvaguardar y que la Ley de comercio Balear concreta en razones de ordenación del territorio, más aún cuando la Ley le concede un carácter vinculante al mismo.

Según consta en el expediente, en el certificado aportado por el reclamante de fecha 24 de febrero de 2015, el Ayuntamiento señala que la actividad proyectada se ajusta a las determinaciones del instrumento municipal de planeamiento general y a sus instrumentos de desarrollo y gestión urbanística, normas municipales de contaminación acústica, de movilidad de personas y vehículos, así como al resto de normas de competencia municipal y especialmente en su apartado 5 sobre clasificación del suelo señala que concurren los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 30 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de las Islas Baleares que señala lo siguiente:

3. Tener la condición de solar es requisito imprescindible para que se pueda otorgar la licencia de edificación. No obstante, el ayuntamiento siempre puede autorizar, tanto en suelo urbano como urbanizable, la edificación y la urbanización simultáneas en los términos que establece el Reglamento de gestión urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o la normativa que lo sustituya.



Hay que destacar, a este respecto, que el Ayuntamiento no ha observado, según la documentación aportada por el reclamante, la existencia de ningún impedimento urbanístico para la implantación del establecimiento comercial, por lo que la razón imperiosa de interés general que sustentaría el otorgamiento de la autorización autonómica estaría debidamente protegida.

Por otro lado, debe reseñarse que la normativa comercial balear no señala el momento temporal a tener en cuenta para aplicar el citado requisito, por lo que la interpretación de la Autoridad Balear competente debe ser acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en la LGUM. En este sentido, difícilmente puede entenderse justificado ni proporcionado el hecho de que la Autoridad Autonómica haga una interpretación más restrictiva de la norma denegando la autorización en base a determinadas apreciaciones sobre un certificado municipal de carácter vinculante. En este caso la autoridad autonómica deberá explicitar en su pronunciamiento la razón imperiosa de interés general que pretende salvaguardar y que no se encuentre ya protegida por otras administraciones, como en el caso que nos ocupa por la administración local a través de su certificado, entre otros medios (licencias municipales urbanísticas). Además deberá ser acreditada la proporcionalidad de la medida adoptada de manera que la defensa del hipotético interés salvaguardado sea superior a otro objetivo de interés general igualmente digno de protección como es la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE.

Finalmente, respecto a la posible vulneración del principio de no discriminación del artículo 3 de la LGUM, invocado por el reclamante, en el que se manifiesta que la administración autonómica habría aplicado criterios diferentes en el marco de una solicitud de autorización para la ampliación de un gran establecimiento comercial que sería su competencia directa, conviene reiterar lo ya señalado en cuanto a las características concretas que deben reunir los criterios para el otorgamiento de las autorizaciones administrativas. El cumplimiento de estas características por parte de las administraciones públicas en el marco de sus actuaciones evitaría una posible situación arbitraria que pudiera afectar al inicio y desarrollo de las actividades económicas, lo que a su vez conllevaría situaciones discriminatorias entre los operadores económicos instalados en el mercado frente a los que pretendan acceder al mismo incluso pudiendo ocasionar un cierre de mercado.

4. CONCLUSIONES

Sobre la base de cuanto antecede,

1. El procedimiento de autorización, los requisitos y parámetros para la instalación o ampliación de grandes establecimientos comerciales contenidos en la normativa comercial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares actualmente vigente, deberían ser revisados por la autoridad autonómica, al objeto de evitar el incumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 de la LGUM, además del resto de normativa comercial que le es de aplicación y potencialmente pudiera generar un trato discriminatorio (artículo 3 de la LGUM) en cuanto a la ubicación geográfica los establecimientos comerciales que pudieran resultar afectados.
2. En cuanto al asunto presentado por el reclamante, se entiende que los criterios aplicados por la Autoridad Autonómica Balear competente para la denegación de la autorización autonómica a la entidad ..., para la implantación de un Centro Comercial colectivo de 50.500 m² de superficie de venta, a ubicar en el sector de planeamiento de "Ses Fontanelles I", en el término municipal



de Palma (Isla de Mallorca), son contrarios a la LGUM. Por lo tanto, se entiende que la autoridad autonómica debería modificar su criterio y conceder la citada autorización o bien, deberá explicitar en su pronunciamiento la razón imperiosa de interés general que pretende salvaguardar y que no se encuentre ya protegida por otras administraciones, y que dicha medida resulte proporcionada de manera que no existan otros mecanismos que pudiendo alcanzar el mismo objetivo resulten menos restrictivos a la libertad de empresa y a la libertad de establecimiento.

3. Todo ello, sin perjuicio de que el acto reclamado por el informante, podría ser objeto de análisis y valoración, en su caso, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el marco del artículo 27 de la LGUM que le confiere legitimación para interponer un recurso contencioso administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considera contraria a los términos establecidos en la LGUM.

Sevilla, 5 de junio de 2015

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA