

**MADRID**

Castellana, 216  
28046 Madrid  
Tel.: (34) 91 582 91 00

**BARCELONA**

Diagonal, 640 bis  
08017 Barcelona  
Tel.: (34) 93 415 74 00

**BILBAO**

Alameda Recalde, 36  
48009 Bilbao  
Tel.: (34) 94 415 70 15

**MÁLAGA**

Marqués de Larios, 3  
29015 Málaga  
Tel.: (34) 952 12 00 51

**VALENCIA**

Gran Vía Marqués  
del Turia, 49  
46005 Valencia  
Tel.: (34) 96 351 38 35

**VIGO**

Colón, 36  
36201 Vigo  
Tel.: (34) 986 44 33 80

**BRUSELAS**

Avenue Louise, 267  
1050 Bruselas  
Tel.: (322) 231 12 20

**LONDRES**

Five Kings House  
1 Queen Street Place  
EC 4R 1QS Londres  
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

**LISBOA**

Avenida da Liberdade, 131  
1250-140 Lisboa

## LA LEY 1/2010 DE REFORMA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

### Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Derecho del País Vasco  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

Con esta Ley se modifica la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista (LOCmin) para adecuarla a las exigencias de liberalización y simplificación administrativa que impone la Directiva de Servicios. Se completa de esta forma a nivel de leyes estatales la transposición de la DS, iniciada con la "Ley Paraguas" (Ley 17/2009), y continuada con la "Ley Omnibus" (Ley 25/2009).

La regulación diferenciada de este sector se explica, como dice su Exposición de Motivos, por la "complejidad de la distribución competencial en la materia". La LOCmin se limitó a establecer un marco jurídico de mínimos, amparándose (según lo reconoció la STC 124/2003 y lo dispone ahora expresamente la Ley) en la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, pues el comercio interior es una materia que ha sido asumida como competencia exclusiva en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas.

Ello ha dado lugar a una gran disparidad en las regulaciones autonómicas, en especial en relación a la autorización comercial para las grandes superficies comerciales. La LOCmin estableció con carácter general la necesidad de obtener una licencia específica, la llamada "segunda licencia", pero no precisó con carácter vinculante los requisitos para su obtención. Ello ha dado lugar a un régimen muy dispar en cuanto a la intervención de las comunidades autónomas en la instalación de grandes superficies comerciales, en el que contrasta el carácter liberalizador de algunas de ellas con el intervencionismo de otras, que someten la autorización de los grandes establecimientos a la valoración de criterios económicos o comerciales, dirigidos con frecuencia a la protección del pequeño y

mediano comercio, y que se concretan en ocasiones en planes de ordenación de los equipamientos comerciales.

Las principales novedades que introduce la Ley de Reforma de la LOCmin son:

- 1. No se contempla la categoría de gran establecimiento comercial**, eliminándose la previsión de que las comunidades autónomas establecerían los requisitos para esta catalogación y que en todo caso tendrían esta consideración los establecimientos con una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados. Ello es acorde con la supresión de la obligatoriedad de una licencia específica para este tipo de establecimientos, aunque las comunidades autónomas que sí la contemplen tendrán, obviamente, que definir esta categoría. Para este supuesto, la Exposición de Motivos de la Ley dispone que "a la hora de someter a autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial". Se trata de un criterio que, aunque de carácter orientativo en cuanto incluido en la EM, está dirigido a prefigurar, según los "criterios de la doctrina científica" cuándo concurre por las dimensiones del establecimiento comercial una razón imperiosa de interés general medioambiental o urbanístico que permita aplicarle un tratamiento jurídico diferenciado.
- 2. Se elimina la obligatoriedad de la licencia comercial y se establece el**

**principio general de libre establecimiento.** Se prevé, no obstante, que *las autoridades competentes podrán establecer un régimen de autorización cuando concurran razones imperiosas de interés general* (tales como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico), debiendo justificarlo de acuerdo con los principios de proporcionalidad y de no discriminación. Se prohíbe, siguiendo la prescripción de la Directiva recogida en la Ley Paraguas, la aplicación de criterios económicos, restrictivos de la competencia, tales como "la prueba de la exigencia 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".

En el caso de que las comunidades autónomas prevean una licencia comercial, la Ley establece unos *requisitos procedimentales mínimos*: (i) las solicitudes presentadas deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses; (ii) ante la falta de resolución expresa se aplicará la regla del silencio positivo (salvo que el silencio negativo se justifique en una razón imperiosa de interés general); no se podrá supeditar el otorgamiento de la autorización a la intervención directa o indirecta de los competidores en el procedimiento; (iii) las autorizaciones serán libremente transmisibles por su titular, aunque la transmisión deberá ser comunicada a la administración concedente a los solos efectos de su conocimiento.

*La posibilidad de continuar aplicando la "segunda licencia" por razones imperiosas de interés general desvirtúa en gran medida el propósito liberalizador de la Ley por dos razones*: en primer lugar, los valores de interés general medioambientales o urbanísticos ya deben estar protegidos al exigirse la previa obtención de las licencias municipales y autonómicas para la construcción y apertura de los establecimientos comerciales (y, en la medida en que así sea, su exigen-

cia de nuevo en la licencia comercial no podrá justificarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad); y, en segundo lugar, resulta muy difícil de evitar que bajo estas razones de interés general no se encubren requisitos de planificación económica, a pesar de que ello se prohíbe expresamente.

En las leyes autonómicas de transposición que se han aprobado con anterioridad a la Ley 1/2010, se aprecia así la introducción de restricciones de naturaleza urbanística susceptibles de encubrir razones de naturaleza económica.

Un ejemplo muy gráfico de ello lo encontramos en la norma andaluza que pretende adaptar la Ley de comercio minorista de esta comunidad a la DS (Decreto-Ley 3/2009): los grandes establecimientos comerciales (definidos como establecimientos con una superficie útil para la exposición y venta al público superior a 2.500 metros cuadrados) se someten únicamente a licencia de obras y ésta se otorgará si se cumplen las determinaciones del planeamiento urbanístico. Hasta aquí la norma resulta plenamente conforme con la DS, pero el problema surge porque se dispone que los instrumentos de planeamiento urbanístico "deberán prever el emplazamiento de las grandes superficies minoristas en función de los ámbitos aptos determinados por el Plan de Establecimientos Comerciales", con lo que se introduce un elemento de planificación comercial, que parte del "análisis del comercio interior en Andalucía" y que atiende a los criterios de la Ley, entre los cuales se cuenta alguno claramente económico y anticompetitivo, como el de la "la preferencia por la ampliación de las instalaciones comerciales existentes, frente a la instalación de establecimientos aislados".

Otro de los criterios que establece esta Ley se refiere a "la ciudad compacta, a través de la preferencia por los sectores limítrofes o contiguos a áreas urbanas". Se trata éste de un criterio territorial que se repite en otras normas autonómicas y que no aparece suficientemente motivado por razones imperiosas de

interés general (si bien es cierto que la ciudad compacta presenta ventajas desde el punto de vista medioambiental, éstas no justifican *per se* la preferencia de los asentamientos comerciales contiguos a las zonas urbanas y, en todo caso, no aparecen motivadas).

Importa señalar en este sentido que la Ley Paraguas dispone, siguiendo la DS, que la normativa de acceso a una actividad de servicio no podrá supeditar su acceso a "límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores", salvo cuando ello aparezca suficientemente motivado por una razón imperiosa de interés general (nunca de carácter económico), cumpla los requisitos de proporcionalidad y no discriminación y se notifique a la Comisión Europea.

En la Ley de adaptación a la DS de la Ley de Comercio minorista catalana (Decreto-Ley 1/2009), encontramos un claro ejemplo de límites cuantitativos fijados, precisamente, en función de la población. Esta norma establece que "los establecimientos comerciales pueden implantarse únicamente en las áreas donde se admite el uso comercial para la categoría correspondiente" y establece directamente los criterios para ello. Así, los establecimientos pequeños se autorizan en suelo urbano y urbanizable donde el uso residencial sea dominante; los medianos y grandes están permitidos en las denominadas tramas urbanas consolidadas de los municipios de más de 5.000 habitantes o asimilables, y los grandes establecimientos comerciales territoriales en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 50.000 habitantes o los asimilables.

Como ejemplo, en cambio, de liberalización de los grandes establecimientos comerciales siguiendo las prescripciones de la DS podemos citar la legislación de la Comunidad de Madrid (Ley 1/2008 y Ley 8/2009), que no establece ningún condicionante territorial o urbanístico y en la que para la implantación de nuevas superficies comerciales sólo se exige

la correspondiente licencia municipal y únicamente se requiere, en caso de grandes establecimientos comerciales, comunicación previa a la Consejería de Comercio e informe previo de los órganos competentes en materia ordenación del territorio, de protección del medio ambiente, de accesibilidad, y de la red de infraestructuras viarias, sobre su adecuación a la normativa sectorial vigente. En caso de no emitirse en el plazo de dos meses, estos informes se entienden favorables.

En aquellos supuestos en los que la legislación autonómica contradiga la legislación básica estatal (Ley Paraguas y Ley de Reforma de la LCOmin), debería seguirse el procedimiento previsto en el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de tal forma que el Gobierno intente llegar a un acuerdo con las comunidades autónomas afectadas para resolver las discrepancias o, en su caso, proceda a interponer recurso de inconstitucionalidad (siempre que no hayan transcurrido tres meses desde la publicación de la norma autonómica).

En el caso de que mantengan prescripciones autonómicas contrarias a las normas de transposición de la DS, los afectados podrán recurrir los actos de aplicación e instar el efecto directo vertical de la Directiva, que, en aplicación del principio de primacía del Derecho europeo, establece el deber del juez nacional de dejar sin aplicación la disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria (*Sentencia Simmenthal* del TJUE, de 9 de marzo de 1978 y SSTC 29/1991 y 58/2004). En el caso de que el tribunal tenga dudas sobre la contradicción entre la ley estatal y la Directiva, deberá plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE. Subsidiariamente, se podrá solicitar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración por la ley autonómica de la legislación básica estatal de transposición de la Directiva.

El Estado español incurriría, además, en incumplimiento del Derecho de la UE, y

por ello la Ley de reforma de la LOCmin ha previsto cautelosamente que si la UE sanciona al Reino de España por algún incumplimiento de la Ley, la multa la pagará la Administración responsable (disposición adicional séptima). Esta previsión se encuentra ya en otras leyes (la Ley Paraguas, el Texto Refundido de la Ley de Aguas, y la Ley General de Subvenciones), y es previsible que se aprueba una Ley que la establezca con carácter general.

generen graves daños o exista intencionalidad". En cuanto a las sanciones, se añade a los criterios de graduación el de la "capacidad o solvencia económica de la empresa", y se incrementa la cuantía máxima de las sanciones, que podrán alcanzar los 900.000 euros para las infracciones muy graves.

3. **En relación a la venta a distancia y la actividad comercial en régimen de franquicia**, la Ley aplica los criterios de liberalización y simplificación administrativa de la DS, de tal forma que se sustituye la necesidad de inscripción en el Registro de Venta a Distancia en el primer caso, y en el Registro de Franquiciadores en el segundo (dependientes del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), por una obligación de comunicación *a posteriori* del inicio de su actividad a dichos Registros. Esta necesidad de comunicación se aplica igualmente a las empresas extranjeras que vendan a distancia o en régimen de franquicia sus productos en España.
4. **En materia de venta ambulante** se introducen las especificaciones que deben aplicarse a las autorizaciones municipales a la luz de la Directiva de Servicios: (i) al ser limitadas en su número por la escasez de suelo público, deberán otorgarse por un plazo limitado (este plazo, aunque no lo diga la Ley, no podrá exceder de cuatro años según lo dispuesto en el art. 92 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas); (ii) deberán otorgarse mediante un procedimiento público e imparcial.
5. **Modificaciones en el régimen de infracciones y sanciones**. La tipificación de las infracciones se adecua a las nuevas previsiones introducidas, y se califica, como infracción grave, "cursar información errónea o claramente insuficiente cuando ésta haya sido solicitada de conformidad con la normativa de aplicación y tenga carácter esencial, se