

REFLEXIONES SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, EN LA APERTURA DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Carlos Pérez González⁽¹⁾

RESUMEN:

El artículo pretende analizar la discutida transposición en la Comunidad Autónoma de Galicia de la Directiva 2006/123/CE (DS), a través de la Ley nº 7/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley nº 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia, cuyo art. 6º exige para la apertura de cualquier establecimiento “comercial” licencia de apertura o actividad, con independencia de sus dimensiones, características, producto y/o carácter “inocuo” de la actividad comercial, situación que no ha sido enmendada por la reciente Ley 1/2010, de 11 de febrero, ómnibus de Galicia; contraviniendo el carácter excepcional de la “autorización previa”, determinado por la citada DS y por la legislación básica estatal de transposición (Leyes nº 17 y 25/2009).

Realiza, asimismo, un breve estudio comparado sobre la normativa de transposición por parte de las diversas Comunidades Autónomas, efectuando una mayor referencia a Cataluña, al haber dictado distintas medidas “liberalizadoras” en la apertura de establecimientos comerciales.

PALABRAS CLAVE:

Galicia, apertura, comercio, establecimientos, licencia, comunicación previa, Directiva, servicios.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor actualidad e interés para impulsar y dinamizar los sectores económicos viene dado por la aplicación de la Directiva 2006/123/CE (DS) de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo –también conocida como Directiva *Bolkestein*– y la dialéctica que sin duda genera su aplicación práctica en el ámbito de las entidades locales, acostumbradas a las técnicas de control preventivo, establecidas en la diversa legislación de régimen local.

Si bien es importante el estudio tanto de la Ley 17/2009², de 23 de noviembre, sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, como de la Ley 25/2009³, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes en el ámbito estatal, no lo es menos, la aplicación que tiene en cada una de las Comunidades Autónomas, como consecuencia de las propias normas de transposición que las mismas hayan adoptado.

El presente artículo trata de determinar las consecuencias legales y el marco jurídico de referencia de aplicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, con respecto

¹ *Carlos Pérez González es Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidade da Coruña y Técnico de Administración General, Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Sada (A Coruña)*

² BOE nº 283, 24-11-2009.

³ BOE nº 308, 23-12-2009.

a la apertura de establecimientos comerciales, sin renunciar a realizar un breve análisis comparado con otras normas autonómicas de transposición de la citada Directiva.

Para ello, ha de partirse de una realidad necesariamente cambiante por parte del ordenamiento jurídico, para adaptarse a las nuevas demandas socio-económicas y de estímulo de la economía. Tal y como expresa RODRÍGUEZ CAMPOS⁴: “...la era de la liberalización y de las privatizaciones se perfila como respuesta al excesivo volumen alcanzado por la acción del Estado (...) *ninguna fórmula de intervención pública está llamada a durar eternamente. Todas dependen de las circunstancias políticas, económicas y sociales del momento en el que se ponen en práctica, lo que significa la vigencia de cualquier forma de actuación administrativa está directamente condicionada por el contexto en el que ha de aplicarse*”.

Es cierto, que las Administraciones públicas, especialmente la local, están viendo con cierto recelo los primeros tiempos de la aplicación práctica de la DS, pero tal vez desde una falta de perspectiva y sin tener en cuenta que la liberalización de prestación de servicios, tiene como objetivo crear un auténtico “mercado interior” en la UE, que genere un incremento del PIB y de la actividad económica, tan necesarios en unos tiempos de importante crisis económica. Tal y como recuerda PONCE SOLÉ⁵, aludiendo a la consecución de un “auténtico mercado interior” en el seno de la UE dinamizador de la economía, y refiriéndose a la Comunicación de 2007 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea”, COM (2007) 23 final:

“El objetivo común de reducir en un 25% las cargas administrativas de aquí a 2012 es aplicable tanto a la legislación comunitaria como a las medidas reglamentarias nacionales. La consecución de este objetivo podría dar lugar a un aumento del PIB de la UE del orden del 1,4% (es decir, unos 150 mil millones de euros) a medio plazo”.

La transposición de la citada DS, sin duda supondrá –como expone VILLAREJO GALENDE⁶– un acercamiento al modelo “anglosajón”, “en el sentido de adoptar criterios como el de la sostenibilidad o la revitalización urbana para autorizar las nuevas implantaciones comerciales y no los de carácter marcadamente socioeconómico que hasta ahora se han venido utilizando”, lo que supone la denominada prohibición de la “prueba o test económico” como límite para la apertura de nuevos establecimientos comerciales, sin perjuicio de la intervención previa cuando concurren “razones imperiosas de interés general”, en la que tienen “cabida las previsiones propias de las políticas de protección del medio ambiente y del medio urbano”.

⁴ Cfr. Rodríguez-Campos, S., “Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n° 142, abril-junio 2009, p. 329.

⁵ Cfr. PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública* n° 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 217-218.

⁶ Cfr. Villarejo Galende, H., “Equipamientos comerciales, entre el urbanismo y la planificación comercial”, *Comares*, Granada, 2008, pp. 513-515.

II. PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

a) Consecuencias de la entrada en vigor de la Ley 7/2009, de modificación de la del Comercio Interior en Galicia

En la Comunidad Autónoma de Galicia, ha resultado sin duda sorprendente la publicación de la Ley 7/2009⁷, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia, cuyo artículo 6º establece una generalizada sujeción a licencia municipal relativa a la apertura de todo establecimiento comercial, con independencia de su superficie, características y de la condición “inocua” del producto o de la actividad comercial, llamando la atención la circunstancia de que la propia Exposición de Motivos, expresa que se aprueba a efectos de la adaptación del ordenamiento jurídico gallego a la mentada Directiva nº 2006/123/CE, recordando que el plazo de transposición de la misma concluía el 28 de diciembre de 2009.

El artículo 6º de la citada Ley 7/2009, dispone a tal efecto:

“Para la apertura de un establecimiento comercial será requisito imprescindible la obtención de la licencia municipal de apertura o de actividad, y en su caso, en los supuestos previstos en esta Ley, autorización comercial de la Comunidad Autónoma”.

El mencionado precepto no sólo choca frontalmente con la citada Directiva, sino con la propia legislación estatal de transposición, concretamente con el artículo 4º, que determina “los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios” y con los principios enunciados en el art. 5º: “no discriminación”, “necesidad” y “proporcionalidad”, siendo la autorización previa la excepción, que debe estar justificada en todo caso “por una razón imperiosa de interés general” (art. 5º.b), y siempre y cuando no “sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad” (art. 5º.c).

Al concepto de “razones imperiosas de interés general”, se refiere GUILLÉN CARAMÉS⁸, expresando:

“...ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y abarca, entre otros, los siguientes ámbitos: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la sanidad animal, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la propiedad intelectual e industrial, los objetivos de la política social y cultural, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural.

⁷ DOG nº 251, 28-12-2009.

⁸ Cfr. GUILLÉN CARAMÉS, J., “Reflexiones críticas acerca de la intervención de las autoridades de competencia en el procedimiento de concesión de la licencia comercial”, Revista española de Derecho Administrativo, nº 143, julio-septiembre 2009, p. 415.

En definitiva, al propósito de la Directiva es claro: establecer como principio general en el sector de los servicios consistente en que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no deben encontrarse sujetos a un régimen de autorización, salvo que éste no sea discriminatorio y se encuentre debidamente justificado en uno de los motivos de interés general y además se ajuste al principio de proporcionalidad. De esta forma se favorece e incrementa la competitividad y la creación de empleo”.

En similares términos se manifiesta TRAYTER JIMÉNEZ⁹, haciendo alusión a los clásicos principios de “adecuación”, “intervención mínima” y “proporcionalidad”, manifestando:

“... elección de la técnica autorizatoria ha de ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse. Debe existir, por tanto, una adecuación entre el medio utilizado por la Administración y el fin que se pretende. Quiere esto decir (...) que si en un caso concreto es suficiente a estos fines con la mera regulación de la actividad y la represión a posteriori del mal uso de la libertad reconocida, es decir con la implantación de un sistema de corte represivo, no debe imponerse un control preventivo de carácter general y, si las circunstancias obligar a establecer éste debe elegirse la técnica de la comunicación previa con preferencia a la autorización y la modalidad de la autorización reglada antes que la discrecional, el silencio positivo mejor que el negativo (STS 3 de junio de 1992 Ar. 4882. Ponente: Pedro ESTEBAN ÁLAMO)”.

Mal se compadece el mandato del legislador gallego con los citados preceptos de la Ley estatal, con carácter básico¹⁰, ya que invierte la regla general determinada por la Directiva de Servicios, al pasar a ser nuevamente la “autorización” el régimen no sólo ordinario, sino incluso “único”, sin establecer la Ley 7/2009, ninguna excepción, con independencia de las características del establecimiento comercial y/o de los productos que se comercialicen. Únicamente quedaría a salvo, en el ámbito de la citada Comunidad, las materias excluidas expresamente de la Ley 10/1988¹¹, de 20 de julio, de comercio interior de Galicia, en su art. 1.2º:

“2. Quedan excluidas del ámbito de la presente Ley aquellas actividades comerciales que, en razón de su naturaleza, se encuentran reguladas por una legislación especial o normativa específica, entre otras:

- a) Los servicios de transporte, bancarios y seguros.
- b) El ejercicio de profesiones liberales.
- c) Los servicios de hostelería, cafeterías, bares y restaurantes.
- d) Los servicios de reparación, mantenimiento y asistencia técnica”.

Así pues, llegaríamos a la paradoja de que una tienda de venta de calzado, de mobiliario, de ropa, de electrodomésticos o de suministros “informáticos”, si estaría sujeta a la licencia (art. 6º Ley 7/2009), mientras que si meramente se prestaran servicios de reparación de los citados productos no lo estarían (siempre y cuando se consideren actividades excluidas del trámite de “incidencia ambiental” de acuerdo con los anexos I y III del Decreto 133/2008), en virtud de los citados arts. 4º y 5º de la Ley 17/2009; habida cuenta de que la citada Ley 10/1998, define en su art. 2º como actividad comercial: “la realizada por personas físicas o

⁹ Cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. “Derecho Urbanístico de Cataluña”, Atelier, Barcelona, 2009, p. 226.

¹⁰ Vid. disposición final 1ª Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

¹¹ DOG nº 164, 26-8-2009.

jurídicas, consistente en colocar u ofrecer en el mercado productos naturales o elaborados por cuenta propia o ajena, así como aquellos servicios que de ella se deriven”, esto es, con independencia de su carácter “inocuo” o no.

Resulta claro que teniendo en cuenta lo previsto en el art. 4º de la Ley 17/2009, servicios como: agencias inmobiliarias, gestorías, despachos de abogados, estudios de arquitectura, no estarían sujetos a licencia de apertura y/o actividad, sin perjuicio de que si lo estén las obras de acondicionamiento de los correspondientes locales, como licencia “urbanística” (art. 194 Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia).

Por su parte, la apertura de cafeterías y restaurantes, amén del necesario control sanitario¹², se rigen en Galicia, por el RD 2816/1982¹³, de 27 de agosto, Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas, sometidas a licencia.

No obstante, MORINA FLORIDO¹⁴, advierte: “la Directiva de Servicios no afecta a cualquier tipo de prestación de servicios, ya que existen determinados servicios excluidos”, considerando que están sujetos a licencia de apertura, entre otras, oficinas bancarias y de seguros, al entender que son “servicios de interés general”. En este sentido, se pronuncia el art. 2.2º¹⁵ de la citada DS que excluye determinadas “actividades” de su ámbito de

¹² Vid. art. 80.3º.e) Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. DOG nº 143, 24-7-2008.

¹³ BOE nº 267, 6-11-1982.

¹⁴ Cfr. Cfr. Morina Florido, I., “La Directiva de Servicios y las Entidades Locales”, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, nº 19, 15-29 oct. 2009, ref. 2794.

Considera excluidos:

“Servicios no económicos de interés general; Servicios financieros (bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros); Servicios de redes y comunicaciones electrónicas; Servicios en el ámbito del transporte; Servicios de Empresas de Trabajo Temporal; Servicios sanitarios; Servicios audiovisuales; Actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y apuestas; Actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública; Servicios sociales; Servicios de seguridad privados y servicios prestados por notarios y agentes judiciales”.

¹⁵ Vid. art. 2.2º DS:

“2. La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

- a) los servicios no económicos de interés general;
- b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE (LCEur 2006,1495);
- c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE (LCEur 2002,1038), 2002/20 (620J2002)/CE, 2002/21 (621J2002)/CE, 2002/22 (622J2002)/CE y 2002/58 (658J2002)/CE;
- d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado;
- e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;
- f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;
- g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión;
- h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas;
- i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado;
- j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;
- k) los servicios de seguridad privados;

aplicación, bien en atención al interés público que revisten, bien al estar regulados por otra normativa.

El mandato del citado art. 6º de la Ley 7/2009, igualmente contradice y contraviene la redacción actual del art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local, al establecer éste en la redacción otorgada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, con respecto al régimen de intervención, que podrá efectuarse de las siguientes formas:

- “b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.
- c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma”.

Esto es, cuando se refiere al “sometimiento a previa licencia y a otros actos de control preventivo”, realiza la salvedad y la remisión a la citada Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que determina la libre prestación de servicios en el territorio español y que establece con base a los principios de “necesidad” y “proporcionalidad” el régimen restrictivo de la intervención previa y autorización, admitidos únicamente cuando se trate del único medio que permita salvaguardar los intereses públicos implicados¹⁶.

Del mismo modo, se pronuncia en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en su nueva redacción otorgada por el RD 2009/2009, de 23 de diciembre, que ya no admite como única forma de intervención administrativa la “licencia”, dado que su art. 4º, se remite a lo dispuesto en la mentada Ley 17/2009 y al art. 84 LBRL citado, al disponer:

“Cuatro. El apartado 1 del artículo 22 queda redactado del siguiente modo:
«La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.»

Mal se compadece con lo anterior, la circunstancia de que el mencionado art. 6º de la Ley 7/2009, no establezca ninguna excepción del régimen de licencia previa, con respecto a los establecimientos comerciales, con independencia de su superficie, características y del carácter “inocuo” de los productos y de la actividad en sí, con lo cual la aplicación práctica

l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración”.

¹⁶ Vid. Exposición de Motivos Decreto-Ley 1/2009 de Cataluña, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales (BOE nº 15, 18-1-2010):

“Efectivamente, la DSMI supone, con respecto a la actividad económica y comercial, un cambio conceptual que favorece el régimen de comunicación sobre el de autorización e impulsa la interoperabilidad y coordinación entre los diferentes niveles administrativos que intervienen. Asimismo, este cambio ofrece la oportunidad de realizar una mejora sustancial a nivel operativo y organizativo en el ámbito de la simplificación administrativa y la tramitación electrónica con la puesta en funcionamiento de la Ventanilla Única Empresarial que la propia Directiva impulsa.”

de la mencionada Directiva en Galicia en el ámbito comercial, constituye una mera formulación teórica vacía de contenido práctico.

No debe olvidarse, que tal vez una de las motivaciones de la citada Ley 7/2009 y del mantenimiento en todo caso de la licencia municipal de apertura y/o actividad, amén de la necesaria y apresurada transposición de la DS como fecha límite el 28-12-2009, puede obedecer a no menguar más las exiguas arcas municipales, como consecuencia de la pérdida de ingresos por la no exacción de las correspondientes tasas relativas a licencias, si se hubiese propiciado un régimen generalizado de “comunicación previa” y/o “declaración responsable”, lo cual no puede servir de pretexto para su falta de adaptación plena a la citada Directiva.

Sin perjuicio de lo anterior, la efectiva adecuación tanto a la DS, como a la Ley 17/2009 (legislación básica estatal), bien puede realizarse mediante la aprobación de una nueva Ley de Comercio Interior de Galicia, donde igualmente se recojan fenómenos incipientes como los “outlet”; o cuando menos con una modificación del Decreto 133/2008¹⁷, de 12 de junio, por el que se regula la evaluación de incidencia ambiental¹⁸ -cuyo anexo I sujeta al trámite de “incidencia ambiental” determinadas actividades comerciales- que no contiene la más mínima mención a aquélla, pese a ser posterior a la aprobación de la misma, sin referencia alguna al régimen de “comunicación previa” o “declaración responsable”, debiendo modularse los distintos niveles de “intervención” administrativa, tal y como hace, entre otras, la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control de actividades de Cataluña, a la que luego se aludirá.

En cualquier caso, los Tribunales de Justicia podrán “inaplicar” la citada Ley 7/2009, de Galicia, por vulneración del Derecho Comunitario, tal y como recuerdan entre otras, la STJCE, Sala 3ª, 19-11-2009¹⁹ (ponente, Diego Rosas Hidalgo), en virtud del principio de

¹⁷ D.O.G. nº 126, 1-7-2008.

¹⁸ Vid. Hernández López, J., “La Directiva de Servicios y su incidencia en el ámbito municipal. Apuntes de urgencia”. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, nº 19/2009, pp. 2791-2793.

Propone el autor una serie de criterios para determinar en qué supuestos será necesaria la “comunicación previa”, “declaración responsable” o “licencia”.

Propone un modelo de “anexo” en donde se recojan las actividades ya sean profesionales y/o comerciales que deben sujetarse, bien al régimen de intervención de “licencia”, o al de “declaración responsable” y/o “comunicación previa”.

¹⁹ Vid. STJCE, Sala 3ª, 19-11-2009:

“81 Resulta de una jurisprudencia bien consolidada que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 4 de junio de 1992 [TJCE 1992\ 113], Debus, C-13/91 y C-113/91, Rec. p. 3617, apartado 32; de 18 de julio de 2007 [TJCE 2007\ 195], Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, apartado 61, y de 27 de octubre de 2009, ?EZ, C-115/08, Rec. p. I-0000, apartado 138).

82 En virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, el juez nacional debe resolver sobre el conflicto entre una disposición de Derecho nacional y otra del Tratado directamente aplicable mediante la aplicación del Derecho comunitario, dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, y no mediante la declaración de nulidad de la disposición nacional contraria, ya que corresponde a cada Estado miembro determinar las competencias de sus tribunales en este sentido.

83 Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado en este contexto que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior no produce el efecto de determinar la

“primacía” del Derecho Comunitario, sin aguardar a su anulación o derogación expresa, de forma similar a la inaplicación de las disposiciones reglamentarias por parte de los Jueces y Tribunales, a que se refiere el art. 6^o de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Cuestión distinta, es la que se refiere a las Administraciones Públicas, que por el mandato de los artículos 103 y 106.1^o CE están obligadas a su acatamiento y cumplimiento, aunque sin duda se vislumbra un posible conflicto con la regulación que a través de las correspondientes ordenanzas municipales se efectúe, dado que en Galicia se exige para la apertura de cualquier establecimiento comercial “licencia” municipal, lo que contradice como se ha expuesto, además de la DS, la legislación básica estatal; lo que sin duda genera una auténtica quiebra del “mercado interior” determinado por aquélla y de la necesaria “seguridad jurídica”²¹ que han de tener los prestadores de servicios de que los requisitos para el ejercicio de una actividad comercial no varían, no ya de un Estado miembro a otro, de una Comunidad Autónoma a otra, sino incluso entre distintos municipios de la misma.

b) Novedades e implicaciones prácticas de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, ómnibus de Galicia

Una nueva oportunidad perdida de adaptación plena a la DS, ha sido la reciente Ley 1/2010²², de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia, que no ha enmendado la situación creada por la Ley 7/2009 en la apertura de establecimientos comerciales, sino que incluso ha introducido una confusión aún mayor.

Ello es así, porque su art. 1^o realiza la modificación del art. 286 de la Ley 5/1997²³, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, limitándose a reproducir el contenido del art. 84 de la LBRL en su nueva redacción otorgada por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, con la diferencia de que en lugar de referirse a ésta, lo hace directamente a la DS, cuando introduce la salvedad del “sometimiento a licencia y a otros actos de control preventivo” con respecto al régimen jurídico de aplicación.

inexistencia de ésta. Ante semejante situación, el juez nacional está obligado, en cambio, no aplicar esa norma, si bien esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario (véase la sentencia de 22 octubre de 1998 [TJCE 1998\ 251], IN.CO.GE.º90 y otros, C-10/97 a C-22/97, Rec. p. I-6307, apartado 21)”.
²⁰ Art. 6 L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:
“Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.
²¹ Vid. Exposición de Motivos DS (5):
“(5) Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro”.
²² D.O.G. n.º 36, 23-2-2010.
²³ BOE n.º 237, 3-10-1997 y D.O.G. n.º 149, 5-8-1997.

Consecuentemente la modificación operada por la reciente Ley 7/2009, en la Ley del comercio interior de Galicia, continúa plenamente vigente, y por ende, la apertura de cualquier establecimiento “comercial” en Galicia, sin distinción alguna está sujeto a licencia de apertura y/o actividad municipal (art. 6º Ley 10/1988 en la actual redacción), si bien el nuevo art. 286 de la Ley 5/1997, como se ha expuesto, realiza una idéntica y mimética salvedad que el art. 84 LBRL, desaprovechando la Ley 1/2010 la oportunidad de establecer un elenco de materias o al menos de criterios que permitan a los distintos Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Galicia a través de su potestad “reglamentaria” (art. 4.1º.a LBRL), determinar en qué supuestos la técnica de intervención administrativa se efectuará a través de una “comunicación previa”, “declaración responsable” o bien el sometimiento a “licencia” u otros “actos de control preventivo”, si bien éstos últimos con carácter excepcional²⁴, por aplicación del art. 5 de la Ley 17/2009, básica estatal.

Debe destacarse sin embargo, que la adaptación a la DS si ha sido más clara en la Ley 1/2010, con respecto a los “establecimientos e instalaciones industriales” (art. 11²⁵), donde si se distingue entre el régimen de “autorización administrativa previa” con respecto a los incluidos en el Grupo I (art. 6.a-) diferenciándolos de los incluidos en el Grupo II, donde bastará “de una simple comunicación al órgano competente en materia de industria” (art. 6.b-); modificando asimismo el “anexo I” de la Ley 9/2004, de 10 de agosto, de seguridad industrial de Galicia, indicando cuales de aquéllos están sometidos únicamente al deber de “comunicación”, lo cual contrasta con la apertura de establecimientos comerciales donde la legislación autonómica gallega ni siquiera fija unos criterios a seguir por parte de las correspondientes ordenanzas municipales.

La única actividad comercial, donde se realiza una adaptación real y tangible a la DS, es la efectuada por el art. 13 que modifica la Ley 1/1996, de 5 de marzo, de regulación de actividades feriales de Galicia, al establecer que la realización de ferias o exposiciones, “excepto las ferias mercado de ámbito exclusivamente local”, serán objeto de una comunicación previa a la Consellería competente en materia de comercio (art. 9.1º), debiendo estas últimas “comunicarse previamente” al Ayuntamiento en el término municipal en el cual pretendan realizarse (art. 9.2º), estableciendo la forma y plazo de presentación de la comunicación (art. 10), así como los requisitos que ha de contener ésta (art. 11), generalizando pues el régimen de la comunicación previa, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 de la Ley 17/2009, estatal.

²⁴ Vid. Revista Práctica Urbanística (editorial), La Ley, nº 90, febrero 2010, pp. 8-9.

“Por tanto se produce un cambio copernicano en el régimen de intervención administrativa de las entidades locales sobre las actividades, pasándose de un control previo sobre el proyecto a un control posterior sobre realidades que además supone que desde el mismo momento que se presenta la documentación que posteriormente abordaremos, supone una presunción para la actividad en cuanto a su inicio y desempeño sin que la administración pueda realizar ninguna limitación previa, tan sólo el ya comentado control a posteriori de verificación.

Esta variación legal de carácter básico estatal incide directamente sobre regulaciones sectoriales que sobre los servicios hayan podido realizar las diversas comunidades autónomas y así por ejemplo en materia urbanística las licencias de usos referidas a la mera implantación de servicios que no impliquen evaluaciones ambientales u otras (...) quedan exceptuadas del régimen general de licencias debiéndose modificar por tanto las diversas legislaciones autonómicas al respecto (...).

En este sentido las CC.AA no parecen muy proclives por el momento a realizar dicha modificación legislativa (...).”

²⁵ Vid. art. 11, Ley 1/2010, de 11 de febrero, de Galicia, que modifica la Ley 9/2004, de 10 de agosto, de seguridad industrial de Galicia, pp. 2311-2312.

Por otra parte, procede destacar asimismo en sentido favorable, siguiendo los pasos de la legislación de la Comunidad de Madrid –a la que posteriormente se aludirá–, la liberalización para la apertura de establecimientos de “servicios turísticos”, tales como “agencias de viajes” (art. 21²⁶), sometiendo éstas a un régimen de “declaración responsable”.

Así pues, se constata un esfuerzo por el legislador de Galicia, a través de la Ley 1/2010, de una mayor adaptación a la DS, si bien la apertura de establecimientos comerciales continúa sujeta a un régimen general de “autorización previa”, a través de la licencia municipal de apertura y/o actividad, con la excepción introducida relativa a “servicios turísticos” y a las actividades feriales.

III. BREVE REFERENCIA COMPARADA A LA NORMATIVA AUTONÓMICA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS, EN LA APERTURA DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Lo anterior, contrasta con otras legislaciones autonómicas como es el caso de Cataluña, cuyo reciente Decreto-Ley 1/2009²⁷, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales, si diferencia en función del tipo de establecimiento comercial de que se trate, disponiendo esta dualidad el art. 11.2º:

“Los establecimientos comerciales colectivos que formen parte de un proyecto comercial definido están sometidos a un único régimen de intervención administrativa de comunicación o de licencia comercial para la totalidad del proyecto”.

E identificando el art. 12 dos niveles de intervención administrativa: régimen de comunicación (apartado a), régimen de licencia comercial (apartado b); estableciendo el art. 17:

“1. Están sometidas a este régimen de comunicación:

Las nuevas implantaciones, las ampliaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados e inferior a 800 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando la superficie total de venta después de la ampliación sea inferior a 800 metros cuadrados.

Las nuevas implantaciones, las ampliaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos situados en trama urbana consolidada (TUC) con una superficie de venta igual o superior a 800 metros cuadrados e inferior a 2.500 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando sean

²⁶ Vid. art. 21, Ley 1/2010, de 11 de febrero, de Galicia, que modifica la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, de turismo de Galicia, pp. 2317-2321.

El art. 24 de la Ley 14/2008 (en su nueva redacción), en el apartado 2º determina:

“Cualquier prestador de servicios turísticos podrá establecerse libremente en la Comunidad Autónoma de Galicia sin más limitaciones que las derivadas del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que le sean aplicables”.

Se establece únicamente la necesidad de autorización previa, para las empresas turísticas dedicadas al alojamiento en campamentos de turismo (art. 28.3º), mientras que los “demás proveedores de servicios turísticos” están sujetos a un régimen de “declaración responsable” de inicio de actividad (art. 28.4º).

La clasificación de las agencias de viaje en “mayoristas” y “minoristas” se establece en el art. 45.

²⁷ BOE, nº 15, 18-1-2010.

inferiores a 2.500 metros cuadrados de superficie total de venta después de la ampliación, salvo las excepciones previstas en el artículo 9.3.a) y 9.3.b).

Los cambios de titular y las remodelaciones de los establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados”.

Así pues, existen en esta Comunidad, establecimientos comerciales de una cierta importancia (superficie superior a 400 mt²²⁸ e inferior a 800 mt²), que no están sometidos ni a licencia de apertura municipal ni a licencia comercial autonómica, siempre y cuando se implanten en la “trama urbana”, bastando con la “comunicación previa”, y sin perjuicio en el supuesto de la existencia de obras, de la preceptiva licencia municipal de obras, definiendo de forma “generosa” el art. 6.1.a) del citado Decreto-Ley 1/2009, como: “Pequeños establecimientos comerciales (PEC): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta inferior a 800 metros cuadrados”

Cataluña, ya había sido pionera en esta materia, con el relevante Decreto 106/2008²⁹, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica, cuya Exposición de Motivos ya se refiere a: “La experiencia acumulada en materia de simplificación administrativa permite establecer que el modelo simple, con control posterior, basado en la comunicación y la declaración, permite la reducción de cargas para la ciudadanía y las empresas”.

También resulta especialmente relevante en la misma Comunidad Autónoma, la Ley 20/2009³⁰, de 4 de diciembre, de prevención y control de actividades, que remite a las entidades locales, en el ámbito de su potestad reglamentaria, la aprobación de las correspondientes ordenanzas municipales, sin perjuicio de fijar unos criterios determinando supuesto de intervención en los que se estará al régimen de “comunicación previa” o bien al de “licencia ambiental”. Los citados criterios se establecen en su art. 7³¹, que a su vez se remite al anexo III.

²⁸ Vid. anexo III, apartado 12.49, Ley de Cataluña nº 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control de actividades.

²⁹ D.O. Cataluña, nº 5131, 15-5-2008.

³⁰ D.O. Cataluña, nº 5524, 11-12-2009.

Manifiesta su Exposición de Motivos:

“Asimismo, se difiere a la regulación de las ordenanzas municipales la posibilidad de someter algunas de estas intervenciones preventivas al régimen de comunicación, en función de la ubicación urbanística, de las características ambientales del medio receptor y de otros factores de incidencia ambiental, siempre y cuando no lo impida el cumplimiento de la normativa sectorial ambiental”.

³¹ Expresa el art. 7.d) de la Ley 20/2009, de Cataluña:

d) Régimen de comunicación. Son sometidas a este régimen las actividades del anexo III. El título cuarto contiene la regulación del procedimiento de intervención administrativa de estas actividades.

En ningún caso las ordenanzas municipales pueden someter al régimen de licencia ambiental las actividades reguladas por la presente Ley en el régimen de comunicación.

Los ayuntamientos pueden establecer que algunas actividades del anexo II sujetas al régimen de licencia ambiental, situadas en determinadas zonas urbanas y con una calificación urbanística determinada, se sometan al régimen de comunicación establecido en el título cuarto.

Asimismo no pueden someterse al régimen de comunicación las actividades siguientes:

1) Las actividades sometidas a la decisión previa de la Administración respecto a someterse o no a la evaluación de impacto ambiental.

2) Las actividades sujetas a un informe preceptivo de los órganos ambientales competentes en materia de medio ambiente, en los casos determinados por los artículos 42 y 43, y las actividades ganaderas establecidas por el artículo 67”.

Vid. también el Título IV “régimen de comunicación” (arts. 51 y siguientes), donde se establece el procedimiento, requisitos y documentos a presentar en esta técnica de “intervención”.

Del mismo modo, en la Comunidad Autónoma de Baleares, la Ley 8/2009³², de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, sobre ordenación del comercio interior de Baleares, establece en su disposición adicional 6ª, la exención de licencia de apertura municipal para determinados establecimientos en función de su superficie comercial, expresando:

“Los establecimientos comerciales con superficie de venta inferior a 700 m² en la isla de Mallorca, a 400 m² en las islas de Ibiza y de Menorca y a 200 m² en la isla de Formentera que estén abiertos al público con anterioridad al 17 de octubre de 2006 y carezcan de licencia de instalación y de apertura y funcionamiento, estarán exentos de su obtención. La no exigibilidad del permiso de instalación y de la licencia de apertura y funcionamiento no supondrá la exención del cumplimiento de la normativa aplicable”.

De forma menos precisa y con remisión a la potestad reglamentaria municipal a través de las respectivas ordenanzas municipales, se refiere la Ley 12/2009 de Murcia³³, de 11 de diciembre, que modifica diversas leyes, en su art. 4.4º:

“4. La ordenación administrativa que compete a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no excluye la que corresponda a otras administraciones públicas en esta materia y en particular, a los municipios, para establecer ordenanzas y requerir licencia para la instalación y apertura de establecimientos comerciales, conforme a la normativa de régimen local, urbanística y medioambiental».

Las ordenanzas municipales, sin duda habrán de elaborarse teniendo en cuenta el principio de “better regulation”, teniendo en cuenta como señala PONCE SÓLÉ, “la necesaria medición de los impactos económicos³⁴ que comprenderán *el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas*”, expresando la necesidad de introducir en la futura Ley de Régimen Local una reforma sobre su procedimiento de la elaboración, abogando por introducir “análisis de costes³⁵ y beneficios o modalidades similares, en el papel de la participación ciudadana y en la memoria y justificación por Exposición de Motivos de la alternativa finalmente adoptada”.

Precepto que sin duda conviene relacionar con el vigente art. 84.b) LBRL y con los arts. 4º y 5º de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, siempre teniendo en cuenta en la elaboración de las correspondientes ordenanzas los principios de “no discriminación”, “necesidad” y “proporcionalidad”.

En este breve análisis comparado, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que por el hecho de que determinadas actividades y servicios únicamente puedan estar sometidos al régimen de “comunicación previa” ello no exime de la necesaria licencia de

³² BOE nº 186, 22-12-2009.

³³ B.O. Región de Murcia, nº 296, 24-12-2009.

³⁴ Cfr. Ponce Solé, J., “¿mejores normas? Directiva...”, op. cit. pp. 231-237.

Se refiere el autor a diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

“...el cual, en diversas sentencias (de 14, 20 y 27 de enero de 2005, RJCA 2005/66, JUR 2005/54864 y RJCA 2005/51, respectivamente), ha incrementado el estándar de control judicial de la EIN, controlando el procedimiento y la fundamentación y motivación de la norma de forma más estricta de lo habitual”.

³⁵ Cfr. Ponce Solé, J., “¿mejores normas? Directiva...”, op. cit. pp. 238-239.

obras³⁶, cuando se vayan a efectuar las mismas. Sobre este extremo pone especial énfasis la normativa andaluza, hasta el punto que la disposición adicional 6ª del Decreto-Ley 3/2009³⁷, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes para la transposición en Andalucía de la DS, dispone: “A partir de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, todas las menciones realizadas a la licencia comercial se entenderán hechas a la licencia municipal de obras³⁸”.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid³⁹, la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, ha suprimido la necesidad de licencia de apertura para las “agencias de viajes”, sustituyéndolo por una declaración responsable.

Por otra parte, se suprime la autorización comercial “autonómica”, para la apertura de grandes superficies de comercio minorista, bastando con la correspondiente licencia municipal (art. 4º) y sin perjuicio del informe de la Comunidad Autónoma, que deberá ser emitido en el plazo máximo de dos meses, entendiéndose favorable una vez transcurrido el mismo, lo cual sin duda supone una simplificación y mayor eficacia en la tramitación del procedimiento, sujetos en estos casos a un único control preventivo, en contraste con la citada Ley 7/2009 de Galicia, que en estos casos -y aún aludiendo que es en transposición de la DS- establece dos controles: la licencia municipal de apertura y la autorización autonómica para establecimientos con superficie superior a 2.500 mt2. La citada Ley viene a completar a la 1/2008⁴⁰, de 26 de junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid, que excluye de la necesidad de autorización previa, sin perjuicio del deber de “comunicación”(art. 10), para: “aquellos proyectos que supongan la ampliación del establecimiento existente, siempre que la superficie de venta en que vaya a verse incrementado no exceda del 30 por 100 de la superficie de venta inicial”.

³⁶ Cfr. Morina Florido, I., “La Directiva de Servicios ...”, op. cit., ref. 2794.

Sostiene que las licencias de obras están excluidas del ámbito de aplicación de la DS, razonando:

“No obstante, aun siendo una limitación al establecimiento de actividades de servicios, lo cierto es que las licencias urbanísticas pueden considerarse excluidas de la Directiva.

Dicha exclusión se justifica por el propio ámbito de aplicación de la Directiva, ya que ésta se aplica a aquellos requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio y que serán los que, en consecuencia, queden afectados por las prohibiciones y limitaciones que se derivan de ella. Sus determinaciones no se aplicarán a aquellos otros requisitos impuestos por normas que no regulan específicamente la actividad de servicio, pero que tienen que ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada (Considerando 9 de la Directiva de Servicios). Es el caso de aquellos requisitos que imponen las normas de tráfico rodado, las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y las normas de construcción (40)”.

³⁷ B.O. Junta de Andalucía, nº 250, 24-12-2009.

Expresa su Exposición de Motivos:

“El Capítulo IV regula de forma novedosa la autorización de las grandes superficies minoristas, caracterizadas tanto por sus dimensiones como por el acceso masivo de las personas consumidoras. El control previo, atendiendo al principio de simplificación administrativa y ventanilla única, se delega en los municipios y se incardina dentro de la licencia municipal de obras de grandes superficies minoristas, al mismo tiempo que los criterios para su ejercicio son estrictamente territoriales, urbanísticos y medio ambientales”

³⁸ Vid. también sobre la interrelación con la licencia municipal de “obras”, el art. 14 del Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales de Cataluña.

³⁹ B.O. Comunidad de Madrid, nº 308, 29-12-2009.

⁴⁰ B.O. Comunidad de Madrid, nº 164, 11-7-2008.

IV. REFLEXIONES FINALES

Primera.- De lo expuesto anteriormente, resulta claro que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, en virtud del art. 6 de la Ley 7/2009, con carácter general se exige licencia municipal para la apertura de todo establecimiento comercial sometida al ámbito de aplicación de la Ley 10/1988, de comercio interior de Galicia, lo que sin duda supone una clara vulneración, no sólo de la Directiva de “Servicios”, sino también de la legislación básica estatal: Leyes nº 17 y 25/2009, lo que conlleva su práctica inaplicación en esta Comunidad Autónoma, con respecto a la actividad “comercial”, con independencia de su tamaño, dimensiones, productos y carácter “inocuo”; estando excluidas de la licencia municipal de apertura o actividad, el ejercicio en establecimientos de profesiones liberales y los servicios de mantenimiento y reparación, siempre que en este último caso no estén sometidos al procedimiento de incidencia ambiental, de acuerdo con los anexos I y III del mentado Decreto nº 133/2008, de Galicia.

Esta circunstancia, sólo ha sido paliada en cierta medida con la aprobación de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, que ha liberalizado en este sector el régimen jurídico de las actividades feriales y de los servicios turísticos.

Segunda.- Las posibles soluciones a esta problemática, pasan por una nueva Ley de Comercio Interior de Galicia, que recoja todas las novedades y modificaciones legales y sociológicas que han existido en la realidad jurídica gallega desde su aprobación en 1988; o bien, como mínimo una modificación o la derogación del Decreto 133/2008, de incidencia ambiental, referido también a determinadas actividades comerciales y a los requisitos exigidos para su ejercicio, que no contiene la más mínima referencia a la DS, pese a ser posterior a la misma.

Tercera.- A efectos de conciliar la necesaria “autonomía local”, sería recomendable además de lo anterior, fijar criterios legales por la Comunidad Autónoma, de en qué supuestos sería necesaria la “licencia”, y en cuales bastaría la “declaración responsable” o “comunicación previa”, pudiendo incluso aprobar unas “ordenanzas tipo”, fundamentalmente para los municipios de escasos recursos técnicos y hacer factible el cumplimiento y aplicación de la DS en Galicia, realizando previamente un estudio comparado de su aplicación en el conjunto del Estado.