

URBANISMO COMERCIAL: EL REGIMEN DE APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN LA LEY 7/1996, DE 15 DE ENERO, DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA

Por

IÑIGO MARTÍNEZ DE PISÓN
Profesor de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *La tensión entre los pequeños y grandes establecimientos comerciales: la respuesta del ordenamiento jurídico y el papel que en ella ocupa el denominado urbanismo comercial.* 2. *La actividad comercial y el establecimiento como su sede física.*—II. EN GENERAL, EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA DE LAS GRANDES SUPERFICIES COMERCIALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL URBANISMO COMERCIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: 1. *El progresivo surgimiento de la legislación sobre la materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas.* 2. *Breve referencia al problema competencial.*—III. LA LEY 7/1996, DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN SOBRE URBANISMO COMERCIAL EN RELACIÓN A LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES: 1. *Introducción: razones que fuerzan la aprobación de esta Ley y problemática de la misma.* 2. *Breve referencia a la temática del urbanismo comercial en el Derecho comunitario.* 3. *Los conceptos de comercio minorista y de establecimiento comercial y gran establecimiento como elementos delimitadores de las potestades de intervención en materia de apertura de grandes establecimientos:* A) Los conceptos de comercio minorista y de establecimiento comercial y la estrecha relación entre ambos para concretar el alcance efectivo de la aplicabilidad del régimen especial de apertura de grandes establecimientos. B) El concepto básico de gran establecimiento. 4. *La llamada a la libertad económica para la modulación de las potestades de intervención en el régimen de apertura de grandes establecimientos.* 5. *Régimen de apertura de los grandes establecimientos:* A) Situación previa a la aprobación de la legislación estatal. B) La licencia comercial específica. C) Los criterios materiales para el otorgamiento de la licencia: a) El grado de dotación comercial preexistente. b) Efectos del nuevo establecimiento sobre la estructura comercial de la zona. c) La necesaria prelación de los criterios. d) La remisión a otros criterios que establezca la legislación autonómica. e) El carácter discrecional del otorgamiento de la licencia comercial. f) Algunas consideraciones en torno a las previsiones legales en materia de procedimiento administrativo.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. *La tensión entre los pequeños y grandes establecimientos comerciales: la respuesta del ordenamiento jurídico y el papel que en ella ocupa el denominado urbanismo comercial*

Con ocasión de las recientes regulaciones sobre la actividad comercial ha surgido una nueva expresión doctrinal y legal, el *urbanismo comercial* (1),

(1) Valga por todos la referencia a J. TORNOS MAS en su excelente trabajo «Comercio interior y exterior», publicado como la parte IV de la obra *Derecho Administrativo Económico II*, dirigida por S. MARTÍN-RETORTILLO, Madrid, 1991. Destaca allí (págs. 646 y ss.) la

con la que trata de expresarse el carácter que el planeamiento urbanístico (y el Derecho urbanístico en su conjunto) tiene como instrumento útil y adecuado en la compleja intervención de los Poderes públicos en la actividad comercial desplegada en y en torno a las llamadas *grandes superficies*. Estas representan un fenómeno económico y social en el que concurren distintos factores de todo tipo, lo que indica las grandes dificultades a la hora de abordar toda aproximación a este tema, sea cual sea su enfoque.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico-administrativo la preocupación queda centrada, en la actualidad, en la tensión producida entre el legítimo ejercicio de la libertad de empresa por parte de los titulares de esas grandes superficies, la necesidad de mantener la libre concurrencia y competencia entre ese nuevo modo de entender el comercio y los pequeños y medianos empresarios (a los que desde un planteamiento social se tiende a proteger), así como, equilibrada la situación, salvaguardar los intereses de los consumidores. A lo que ha de añadirse la incidencia que las grandes superficies tienen en la ordenación del territorio y las políticas urbanísticas.

Esa temática plural puede hacer pensar que la terminología comúnmente empleada —urbanismo comercial— no sea lo suficientemente descriptiva del fenómeno al que el Derecho pretende hoy hacer frente. Incluso, no sería demasiado aventurado afirmar que la materia propiamente urbanística es la que menor alcance y problemática supone. Un dato significativo: la normativa dictada en estos últimos años en la materia apenas tiene incidencia en lo que se refiere a modificaciones o adaptaciones de la legislación urbanística (2). Esa nueva ordenación busca, por encima de todo, disminuir el monopolio autorizatorio de los Municipios en materia de apertura de establecimientos comerciales desde el entendimiento de que las grandes superficies comerciales constituyen una realidad que afecta a intereses supralocales y, además, desde la perspectiva que ofrece la dinámica de las relaciones entre las pequeñas y grandes empresas, y las de todas éstas con los consumidores. En otras palabras, al régimen clásico urbanístico, y al de intervención local en materia de establecimientos, se superpone ahora otra actividad interventora de los poderes públicos supralocales que se proyecta sobre materias jurídicas que no se corresponden estrictamente con las de ordenación del territorio o urbanismo, sin perjuicio de la estrecha relación que existe entre todas ellas, sino más bien con el ejercicio de la libertad económica. Esta nueva actividad de intervención ha

importancia que han adquirido las técnicas propias del Derecho urbanístico en la intervención administrativa sobre la actividad comercial, por motivaciones diversas (ordenación de las ciudades y dotación de equipamientos comerciales, introducción de políticas comerciales transformadoras de las estructuras existentes, o mediación entre pequeños y grandes comerciantes sujetando a éstos a un régimen especial de apertura). El conjunto de actuaciones que surge como consecuencia de esa pluralidad de motivos es lo que, en palabras de TORNO, puede englobarse bajo la denominación común de urbanismo comercial.

(2) Cuestión distinta es que las técnicas jurídicas urbanísticas que ofrece esa legislación se utilicen ahora como instrumento que permite cumplir con los objetivos, o parte de ellos, de esa normativa que afronta el problema de la estructuración de la actividad comercial.

de coordinarse con la que los Entes locales llevan desempeñando desde año. Y esa coordinación se ha encauzado, por ser el tema de las grandes superficies comerciales algo que trasciende la esfera de intereses estrictamente locales, sometiendo las autorizaciones propiamente municipales a criterios o resoluciones singulares de nivel superior.

Ocurre, y esto da explicación a la elección de esta terminología, que el Derecho urbanístico es en esta ocasión un instrumento de suma utilidad para la consecución no sólo de las finalidades públicas estrictamente urbanísticas, sino también para aquellas definidas desde una concreta política comercial.

2. *La actividad comercial y el establecimiento como su sede física*

Qué duda cabe que, aun pese a estar iniciándose un nuevo modo de entender las relaciones sociales a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (ventas por catálogo, la *teletienda*, relaciones personales con los bancos a través de tarjetas de plástico y teléfono, contactos comerciales a través de *INTERNET*), hoy por hoy sigue teniendo un claro protagonismo en las relaciones económicas el *establecimiento comercial*. Al ciudadano le cuesta acostumbrarse a la idea de adquirir un producto que previamente no ha podido tocar, que sólo ha visto en la pantalla de un ordenador o en un catálogo impreso. Sigue prefiriéndose el contacto directo con el vendedor y con el producto; la posibilidad de descubrir objetos, necesarios o no, cuya adquisición no se había programado, y que pueden constituir el broche final a un reparador paseo por las calles para huir de las tensiones cotidianas; la tranquilidad que produce la relación de plena confianza, a veces amistad, con ese comerciante al que se conoce desde hace muchos años; palpar la realidad misma con los retazos de conversaciones que adornan el hecho de la compra en un establecimiento o con la simple observación de los productos expuestos y que el público demanda. Es un modo tradicional de comportamiento que, lejos de representar algo tan frío y simple como la compraventa de un producto, está cargado de una infinidad de matices. Huyendo de formas despersonalizadas, haciendo de la adquisición de cualquier tipo de productos no sólo una función necesaria, sino en muchas ocasiones un modo grato de cubrir el tiempo de ocio, todos o casi todos seguimos apegados a un ritual que es tan antiguo como la sociedad y que las nuevas posibilidades abiertas en las últimas décadas no pueden hacer que desaparezca sin más. Se trata de un valor cultural profundamente enraizado en nuestro comportamiento; un reflejo de humanidad en una sociedad de cambios vertiginosos que a veces producen la abrumadora sensación de dirigirnos a un mundo en el que la tecnología ejerza de tirano o, peor aún, de deidad idolatrada.

El comercio sigue centrado, pues, en un establecimiento que, antes de nada, es una edificación. Y, como tal, sujeto al régimen urbanístico en vigor. Del mismo modo que, en cuanto actividad a desarrollar en un inmue-

ble, se pliega a las potestades de policía de carácter municipal previstas a tal efecto.

La razón indica que, desde el punto de vista del Derecho, no puede tener el mismo tratamiento la pequeña tienda de comestibles que una gran área comercial. Sobre tal diferenciación pivota precisamente el urbanismo comercial. Este, al menos desde la experiencia de las normas que han ido publicándose sobre la materia, trata de limitar y ordenar la proliferación de grandes superficies comerciales producida en los últimos años. Limitación no sólo urbanística, ha de advertirse, sino también y principalmente al amparo del concepto de *comercio interior*.

II. EN GENERAL, EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA DE LAS GRANDES SUPERFICIES COMERCIALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL URBANISMO COMERCIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. *El progresivo surgimiento de la legislación sobre la materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas*

Tal y como pone de manifiesto TORNOS (3), una de las primeras cuestiones que la instalación de todo tipo de establecimientos comerciales, y sobre todo las grandes superficies, plantea es la de la reserva suficiente de suelo y su más óptima localización, fin alcanzable desde la figura del Plan urbanístico según está configurado por la legislación del suelo. Pero no se excluye la posibilidad de intervenir mediante leyes sectoriales que impongan criterios materiales a observar por la actividad de planificación urbanística con el objeto de que la implantación de equipamientos comerciales tan peculiares se someta a criterios racionales que garanticen una mejor adecuación al entorno, tanto físico como social y económico (4).

En otras ocasiones el empleo de las técnicas urbanísticas vendrá dado por razones estrictamente de orden comercial. En palabras de TORNOS (5), *ordenar sobre el territorio la ubicación de los espacios dedicados al comercio o a un tipo de comercio en función de una política comercial previamente diseñada*.

En los últimos tiempos, sin embargo, la preocupación de los poderes públicos en materia de urbanismo comercial ha trascendido de los posibles objetivos antes aludidos, de modo que en algunas Comunidades Autó-

(3) *Op. cit.*, pág. 647.

(4) El propio TORNOS, *op. cit.*, pág. 647, cita como ejemplo la Ley catalana 3/1987, de 9 de marzo.

(5) *Op. cit.*, pág. 648. Cita en este caso el Plan Especial de Equipamiento Comercial Alimentario de Barcelona, de 24 de abril de 1984. Con carácter general explica que la utilización del Plan Especial con estos objetivos está dentro de las previsiones de la Ley del Suelo, si bien recuerda que el contenido de un Plan Especial de las características expuestas ha de quedar limitado a los temas de ubicación territorial, dimensión superficial y usos permitidos y excluidos. Para incidir en otras materias la Administración local deberá ejercer su potestad normativa genérica, mediante Ordenanzas, en el ámbito de sus competencias materiales.

nomas han ido surgiendo leyes en materia de comercio interior cuyo fin, en lo que al tema respecta, es establecer un régimen jurídico general aplicable a las grandes superficies, así como dotar a las Administraciones públicas competentes de los instrumentos precisos que permitan garantizar los principios materiales inspiradores de esas leyes. Como culminación de ese proceso ha sido aprobada, finalmente, la legislación estatal que ha de centrar este estudio. Las primeras leyes fueron: Ley de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón (6); Ley de Cataluña 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales (7), a la que han seguido la Ley 3/1987, de 9 de marzo, sobre equipamientos comerciales de Cataluña (8); la Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de Comercio Interior (9), y el Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, aprobando el Texto Refundido sobre Comercio Interior; Ley de Galicia 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia (10); Ley del País Vasco 9/1983, de 19 de mayo, de Ordenación de la Actividad Comercial, modificada por la Ley 3/1986, de 19 de febrero, y derogada por la más reciente Ley 7/1994, de 27 de mayo, reguladora de la Actividad Comercial del País Vasco; la Ley de Navarra 13/1989, de 3 de julio, de Comercio no Sedentario; Ley valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales (11). A este proceso se han incorporado después otras Comunidades Autónomas, pudiendo citarse la Ley canaria 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, y, más recientemente, la Ley andaluza 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía. Tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, han sido aprobadas normas autonómicas de adaptación a esa legislación estatal: la Ley de Castilla y León 2/1996, la Orden 3323/1996 de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid y la Ley catalana 1/1997, de 24 de marzo, de Equipamientos Comerciales. La normativa autonómica anterior a la legislación estatal tenía como rasgo común incorporar la potencialidad de la planificación urbanística (general o especial) al tratamiento jurídico de las grandes superficies y dotar a esas Administraciones de un nuevo instrumento de intervención, al exigirse para la instalación de una gran superficie comercial la previa obtención de una licencia específica (u otro género de autorización administrativa), distinta o sustitutiva de la de apertura, cuyo otorgamiento corresponde a las Comunidades Autónomas y de conformidad en muchos casos con una planificación previa. En esa senda ha caminado precisamente la legislación estatal más reciente: la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, generalizando ese nuevo tipo de licencia, sin la cual las Administraciones locales no podrán otorgar la licencia de apertura.

(6) Vid. la STC 264/1993, de 22 de julio.

(7) Respecto de la cual ha de citarse la STC 88/1986, de 1 de julio.

(8) Declarada constitucional por la STC 227/1993, de 9 de julio.

(9) Respaldata por la STC 284/1993, de 30 de septiembre.

(10) Vid., sobre esa Ley, la STC 228/1993, de 9 de julio.

(11) Sobre cuya constitucionalidad se pronunció la STC 225/1993, de 8 de julio.

2. Breve referencia al problema competencial (12)

La existencia de legislación procedente tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas obliga a que nos detengamos ahora, si bien de modo breve, en el problema competencial. Tal y como lo expone T. R. FERNÁNDEZ (13), se trata de un reparto competencial complejo, dado que la regulación sustantiva de la actividad comercial corresponde a la legislación civil y mercantil, que es de la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, aps. 6.º y 8.º, CE); igual título competencial es el relativo a la defensa de la competencia. Esta materia se encuentra, sin embargo, en estrecha relación con la de la protección y defensa de los consumidores y usuarios, en la que las Comunidades Autónomas ostentan importantes facultades normativas, al igual que ocurre con las relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo y al comercio interior. Y sin olvidar, finalmente, que la regulación de la actividad comercial tiene mucho que ver con la ordenación general de la economía, que en sus aspectos básicos es competencia del Estado (art. 149.1.13.º CE). Precisamente este último título competencial tiene un peso importante, tal y como apuntaba TORNOS (14), dado que la doctrina del Tribunal Constitucional se ha valido del mismo para limitar las competencias económicas de las Comunidades Autónomas y, por ello mismo, la de comercio interior. Esta competencia, que a nivel normativo ha sido asumida con carácter de exclusiva por el País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra y Valencia (Aragón y Baleares disponen de la capacidad de desarrollo normativo de la legislación estatal), y que las restantes Comunidades Autónomas asumen en la perspectiva ejecutiva, se asume en todo caso de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de los artículos 38, 131 y 149.1.11.º CE.

Así planteada la cuestión, el ordenamiento que nos ocupa está integrado por normas de aplicación general en toda España, normas básicas susceptibles de desarrollos diferentes para cada Comunidad Autónoma y nor-

(12) En lo referente a la perspectiva general de este tema, ceñida a la materia económica, no puede dejar de citarse a S. MARTÍN-RETORTILLO, en *Derecho Administrativo Económico*, I, Madrid, 1988, págs. 100 a 120, en el estudio que hace de las competencias económicas de las Comunidades Autónomas y el principio de unidad de mercado.

(13) Vid. su trabajo «Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996 (libro que publica los resultados de un encuentro convocado por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid), págs. 229 y ss.

(14) J. TORNOS, *op. cit.*, págs. 591 y 592, que recoge un buen número de sentencias del Tribunal Constitucional en las que está presente esa reducción del ámbito material de los títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial. Según TORNOS, esa doctrina crea de hecho un nuevo título competencial a favor del Estado, la ordenación general de la economía. Dicha expresión difiere de las que la propia CE recoge en sus artículos 131 —planificación de la actividad económica general— y 149.1.13.º —Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—. Sobre el significado de estos términos me remito, por todos, a S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, Madrid, 1988, págs. 373 a 377.

mas simplemente supletorias en defecto de las que puedan dictar los legisladores y las autoridades autonómicas. El cuadro no quedaría acabado sin citar, además, las competencias de ejecución de ese complejo ordenamiento que tienen a su favor las Comunidades Autónomas. Lo expresado, si tenemos a la vista tan sólo la materia de ordenación del comercio minorista. Pues la cuestión se hace más compleja con el entrecruzamiento que la legislación urbanística tiene cuando se trata de la apertura de las grandes superficies comerciales.

III. LA LEY 7/1996, DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN SOBRE URBANISMO COMERCIAL EN RELACIÓN A LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

1. *Introducción: razones que fuerzan la aprobación de esta Ley y problemática de la misma*

Es evidente que esta Ley no existiría de no ser por la previa producción de un fenómeno al que la norma trata de dar cauce. Me refiero a la proliferación de las grandes superficies comerciales y el cambio que ellas suponen en los procesos de distribución y venta de productos (15). Tal y como se pone de manifiesto por los economistas (16), ese surgimiento de grandes superficies no se ha producido en condiciones de vertebración adecuada con las estructuras comerciales tradicionales, lo que ha representado el surgimiento de tensiones que han tenido su reflejo más allá de las estrictas relaciones entre las grandes y pequeñas empresas. Así, ha de mencionarse el protagonismo de las organizaciones de defensa de los consumidores, resultado del cual una buena parte de esta Ley que ahora nos ocupa está vinculada con la defensa del consumidor. Los partidos políticos, por su parte, han demostrado en los últimos tiempos un gran interés electoral por las *clientelas* derivadas del comercio detallista, situación que les lleva a defen-

(15) Según E. LABORDA VALLE, en «La nueva ordenación del comercio minorista y la competencia desleal», en *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, pág. 24: «Es cierto que el crecimiento de los hipermercados en España ha sido tan importante, que en enero de 1988, existían 99 en España, mientras que en enero de 1994, eran 200, con un aumento de su cuota de mercado de alimentación desde el 15 por 100 de las ventas en 1987, hasta el 30,5 por 100 en enero de 1994.»

(16) Sirva aquí la cita de J. CASARES RIPOL, «Análisis económico de la Ley de Comercio», también en *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, pág. 39, quien afirma: «La dinamicidad que viene desarrollando el sistema distributivo español durante las últimas décadas no se ha traducido en una erradicación del dualismo básico del comercio interior que, lejos de desaparecer, acrecienta las diferencias entre las grandes organizaciones, con poder significativo en todas sus negociaciones (proveedores, financieras, urbanísticas, políticas, ...), y las pymes comerciales que deben soportar enormes dificultades en un proceso de renovación dirigido a evitar la desaparición [...] El año 1995, hablando en claves distributivas, ha generado una intensa pugna sociopolítica plasmándose, entre otros aspectos, en el apuntalamiento y consolidación de diversos grupos de poder (sirvan de ejemplos ARDE, CEC y ANGED) o en las desmesuradas batallas que acontecen en el tema de los horarios comerciales y de la capitanía de canal con frentes muy dispares y heterogéneos: productores, distribuidores, consumidores, políticos...»

der una postura *prorregulación* del sector. Básicamente, se trata de recoger la demanda de una normativa pormenorizada, reclamada por parte de los pequeños y medianos comerciantes. Frente a esos planteamientos, algunos especialistas y, sobre todo, las grandes empresas de distribución, tecnológicamente desarrolladas y financieramente potentes, reclaman utilizar de forma libre y plena la capacidad que poseen, defendiendo una postura *antirregulación* del sector comercial (17).

El problema planteado no es de última hora. Buena prueba de ello son las normas que, desde hace catorce años, han venido aprobando las Comunidades Autónomas. En el ámbito estatal se han sucedido también algunos proyectos que nunca vieron la luz (18). En referencia a antecedentes inme-

(17) Una síntesis de la problemática que esta Ley trata de abordar es la que nos ofrece T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en «Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, ya citada, págs. 221 y ss., cita larga que no me resisto a transcribir: «La Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996 y la Ley Orgánica de la misma fecha que la acompaña han puesto un cierto orden en un sector que desde hace algo más de diez años viene estando sometido a importantes tensiones a causa, por una parte, del siempre difícil problema de la delimitación de las respectivas competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y, por otra, del proceso general de liberalización y de regulación de la economía que le ha impactado con particular fuerza en razón del pequeño tamaño de la inmensa mayoría de las empresas que en él operan. Temas como el de la progresiva implantación de las llamadas grandes superficies o grandes establecimientos y el de los horarios comerciales han pasado al primer plano de actualidad por su innegable capacidad de alterar las estructuras comerciales tradicionales. En torno a estos asuntos giran hoy las preocupaciones de los comerciantes y una polémica difícil, que puede hacerse aún más dura si se radicalizan las posiciones, entre los comerciantes, grandes y pequeños, los trabajadores del comercio y los consumidores, esto es, el público en general, cuyos intereses son contradictorios. Incidir en esta polémica es, desde luego, delicado en un momento de transición como éste, en el que los hábitos tradicionales se mezclan con las nuevas tendencias que avanzan inexorablemente aquí y fuera de aquí. En esta situación parece obligado advertir a unos y otros acerca de la necesidad de afrontar el asunto con una cierta cautela, porque, se quiera o no, las cosas van a cambiar, aunque no de forma absoluta, ni mucho menos. Caminamos, ciertamente, hacia un nuevo equilibrio, distinto del que hace unos años teníamos, pero no radicalmente diferente, porque, en mi opinión, hay un mercado específico para cada uno o, dicho de otro modo, hay sitio para todos. El problema es encontrar ese sitio y eso sólo puede hacerse mediante tanteos sucesivos, de los legisladores, estatal y autonómicos, por un lado, de las Administraciones públicas, de los comerciantes, de los trabajadores y de los consumidores. Todos tenemos que ir adaptando nuestra mentalidad a un proceso de cambio, que es, como ya he dicho, inevitable, y todos también tenemos que esforzarnos en ajustar nuestros propios hábitos al ritmo de los acontecimientos. Lo único que hay que evitar es encastillarse, empeñarse en la defensa numantina de unas posiciones previas, que creemos las únicas admisibles, no porque se haya demostrado que lo sean, sino simplemente porque son las que tradicionalmente veníamos ocupando. Quien actúe así será el que pierda; quien reflexione sobre lo que hasta ahora le parecía obvio y acepte mentalmente la posibilidad de que a partir de este momento pueda ser de otro modo y se prepare para ello saldrá a flote cualquiera que sea el punto de equilibrio que finalmente llegue a cristalizar al término del período de transición que estamos atravesando. Sólo se quiebra lo que permanece rígido y enhiesto, ante la tempestad, nunca lo que se pliega al viento, por fuerte que éste sea.»

(18) Señala J. CASARES RIPOL, *op. cit.*, pág. 41, que los primeros proyectos sólidos de legislación en el ámbito comercial español surgen en la década de los setenta. En ese mismo período, y en cierta medida inspirados en la Ley Paddock (denominada «Ley del candado», 1937, por su carácter restrictivo), Francia articula la Ley Royer, de 1973 (Ley de Orientación del Comercio y Artesanado), mientras en Italia se había desarrollado la Ley 426 (11/06/71), sobre la ordenación de su comercio.

diatos, ha de recordarse que el *Decreto Boyer* paralizó un avanzado proyecto sobre normativa comercial, de 1985, que, entre otros aspectos, regulaba los horarios comerciales a nivel estatal. En otras ocasiones no se consiguió elaborar, con carácter definitivo, una ordenación del comercio minorista por la proximidad de las elecciones o por la falta de acuerdo entre los interlocutores sociales. Tras las elecciones generales de 1993, los nacionalistas catalanes de Convergencia i Unió elaboraron una proposición de ley sobre comercio (Izquierda Unida también redactó su propio proyecto legislativo sobre la materia) y más tarde, ya en coalición con el PSOE, se produjo la definitiva aprobación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996. Dicha Ley, que regula bastantes materias (de las que sólo nos interesan aquí las relativas al régimen de apertura de grandes establecimientos), declara que es su propósito crear el marco que permita a nuestras empresas comerciales situarse en las mejores condiciones de cara al Mercado Unico Europeo. Por otra parte, en relación a esa tensión antes manifestada, la Ley trata de lograr una complementariedad entre ambos sistemas de distribución (grandes establecimientos/comercios tradicionales), si bien acentuando el carácter protector sobre las formas tradicionales de comercio (19), antes de afrontar un marco de libre competencia que dicho Mercado Unico impondrá con mayor rigor del hasta ahora conocido. Esta Ley es el fruto de un largo y laborioso proceso de acuerdos parciales, en el que ha sido pieza clave el consenso de la clase política. Pero no todos los sectores afectados participan de esa aceptación. Por otra parte, la puesta en práctica de esta Ley plantea algunos interrogantes (20).

(19) E. BELTRÁN SÁNCHEZ, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997, pág. 29, comentando el artículo 1, se muestra mucho más contundente: «Sin embargo, el análisis de la Ley pone de manifiesto que, a pesar de esas declaraciones, la ordenación del comercio minorista no se lleva a cabo desde la óptica de un concepto moderno de la libertad de empresa, sino desde la más tradicional de la defensa de los intereses corporativos de los comerciantes tradicionales.» Siguiendo a J. TORNOS (la referencia es a su trabajo «Comentario al artículo 1», en AA.VV., *Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Madrid, 1996, pág. 36), manifiesta que el verdadero propósito de la Ley ha sido terciar en la disputa entre los comerciantes tradicionales (pequeños y medianos empresarios) y las grandes superficies, protegiendo frente a éstas a los primeros.

(20) Así, J. CASARES RIPOL, *op. cit.*, pág. 40, señala: «El análisis, desde un punto de vista económico, de la Ley debe traer implicaciones en términos de consumo, inversión y empleo. Las posibles valoraciones actuales son meras hipótesis que necesitan de amplios y copiosos estudios que las desarrollen: ¿Cómo puede verse influenciado el consumo con la restricción en la implantación de grandes establecimientos comerciales? ¿Qué cuantía debería invertirse para conseguir la eficiencia en las formas comerciales tradicionales en la búsqueda de una futura competencia perfecta del sector? ¿La limitación de los horarios de apertura afectará al número de empleados por establecimiento?... Todos estos interrogantes, simples ejemplos, deberán disiparse merced a las actuaciones y reacciones monetarias de todos los implicados en el sector comercial.»

2. *Breve referencia a la temática del urbanismo comercial en el Derecho comunitario*

El Derecho español, a la hora de afrontar la regulación de la apertura de las grandes superficies, sigue una línea que no es divergente respecto de los ordenamientos de los países comunitarios. En efecto, tal y como apuntan A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (21), la normativa de los países comunitarios presenta caracteres similares, al darse un control público de las actividades de los operadores comerciales en relación a las *condiciones de comercialización de los productos* —apertura, horario, precios, etc.—, motivado en la finalidad de proteger a los pequeños y medianos empresarios, los intereses urbanísticos generales, los de los consumidores, y otros de carácter general. Tal acercamiento de las legislaciones estatales en estos aspectos —entienden— es fruto del Derecho comunitario, que ha impulsado su armonización en ciertas parcelas. Lo cual no impide que en cada ordenamiento nacional puedan existir algunas peculiaridades propias. Ese Derecho comunitario, que en principio tendría alcance general, sin distinguir entre grandes y pequeñas y medianas empresas, a quienes realmente afecta es a las del primer tipo, las únicas que pueden comerciar a nivel internacional a una escala elevada.

Las limitaciones a la apertura de grandes superficies comerciales, que, como se dijo, son nota común en los ordenamientos de los países comunitarios, son perfectamente posibles desde la óptica del ordenamiento común europeo, especialmente desde los artículos 52 a 58 del Tratado de Roma. En este sentido (22), el Tribunal de Justicia de la CEE ha aclarado que las normativas sobre control público de la apertura de establecimientos son contrarias a la libertad de establecimiento solamente en dos supuestos:

a) Si someten la apertura o limitan la extensión de superficie de un establecimiento mercantil a requisitos de *nacionalidad*, de *residencia* o a cualquier otro con efecto discriminatorio equivalente entre los nacionales de los distintos Estados miembros.

b) Cuando el establecimiento de obstáculos que no sean discriminatorios conforme al anterior criterio pueda ser contrario al artículo 52 del Tratado al no guardar la debida *proporcionalidad* con el objetivo perseguido.

La conclusión es que las normativas nacionales sobre apertura de establecimientos son legítimas si responden a un *interés general* y si resultan

(21) En «Tendencias de la regulación del comercio en Europa», publicado en la obra, ya citada, *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, págs. 306 y ss. Allí apuntan que «sólo España y Portugal presentan tendencias más liberales al respecto, con más espacios "desregulados"».

(22) Y así lo refieren A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 309 y ss.

absolutamente necesarias para la protección del mismo, no incurriendo en los dos supuestos mencionados (23).

3. *Los conceptos de comercio minorista y de establecimiento comercial y gran establecimiento como elementos delimitadores de las potestades de intervención en materia de apertura de grandes establecimientos*

A) *Los conceptos de comercio minorista y de establecimiento comercial y la estrecha relación entre ambos para concretar el alcance efectivo de la aplicabilidad del régimen especial de apertura de grandes establecimientos.*

La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, artículo 1.2 (24), introduce el concepto de *Comercio minorista* (25) en estos términos:

«aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de

(23) Al respecto, indican los citados en las notas anteriores, págs. 310 y ss., que «en esta línea el TJCE ha indicado que los objetivos de orden urbanístico, ordenación del territorio y protección de circuitos tradicionales de distribución son consideraciones de "interés general" y legítimos límites al artículo 52 TCE. Igualmente, ha señalado que estas medidas se ajustan al "principio de proporcionalidad" pues no producen "efectos excesivos" teniendo en cuenta su finalidad, y son medidas indispensables para proteger los objetivos reseñados —no existe una vía "menos gravosa" para su protección— (vid. sobre "obstáculos discriminatorios", STJCE de 3-XII-1974, Van Bisbergen; STJCE de 7-II-1979, I. Knoors/Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques; sobre obstáculos no discriminatorios, STJCE de 23-XI-1989, Productos cosméticos). Por otra parte, el Derecho comunitario de la libre competencia no es aplicable a la cuestión de las autorizaciones previas para "apertura de establecimiento" y "extensión de superficie". Tales normativas nacionales no tienen como objeto ni efecto "cerrar el acceso al mercado" a determinados agentes económicos, ni tampoco limitar las dimensiones de los operadores económicos. Por otro lado, el Derecho Comunitario de la competencia sólo es aplicable si existe un acuerdo expreso o implícito entre varias empresas que perturbe el libre acceso al mercado, lo cual no se produce en estos casos, al tratarse de normativas de origen estatal o público (Auto TJCE de 20-IX-1990). Debe recordarse, en fin, que el artículo 52 TCE sólo es aplicable a situaciones internacionales y no a situaciones meramente internas, aunque haya sido alegado, sin justificación alguna, en casos meramente "nacionales" (STJCE de 8-XII-1987, Ministère public/André Gauchard; STJCE de 20-IV-1988, G. Bekaert / Procureur de la République, relativas a la legislación urbanística comercial francesa de 27-XII-1973 —ley Royer—)».

(24) Precepto que tiene la consideración de legislación exclusiva del Estado al amparo de los apartados 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución. De esta ordenación están excluidos, según la Disposición adicional quinta de la Ley, los establecimientos dedicados a la venta y expedición de productos farmacéuticos y a las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, en los aspectos regulados por su normativa específica.

(25) Para E. BELTRÁN SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 31, este concepto es «pretendidamente» objetivo, y de él estarían excluidas las actividades de prestación de servicios, así como el tráfico inmobiliario. De acogerse esta interpretación, consecuente con la literalidad del precepto, resultaría que en todas aquellas grandes superficies en las que existiesen locales dedicados no a la venta de artículos, sino a la prestación de servicios (peluquerías, tintorerías, gimnasios, cines... y, ahora, con el nuevo régimen de libertad empresarial, funerarias) o al tráfico inmobiliario, surge la duda de si las superficies de tales locales son computables a los efectos de la superficie de venta a partir de la cual se entiende que existe un gran establecimiento comercial con un régimen jurídico de apertura peculiar.

artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento».

Por su parte, algunas leyes autonómicas anteriores, caso de la Ley canaria 4/1994 o la del País Vasco 7/1994, tratando de formular el mismo concepto (si bien bajo la expresión de *actividad comercial*), expresamente se han referido a la prestación de servicios (26) como una manifestación más del comercio minorista. Se trata, pues, de un concepto algo más amplio o, cuando menos, más preciso. En sentido opuesto, la Ley andaluza 1/1996 (aprobada poco antes que la estatal, pero de tramitación paralela a la de ésta), al abordar el mismo concepto, introduce también un cierto margen de incertidumbre (27) sobre su efectivo alcance. Su artículo 2.3 define la actividad comercial como *el ejercicio profesional de la actividad de adquisición de productos para su reventa*, siendo de carácter minorista cuando esa reventa es al consumidor final (art. 3.1).

La concepción amplia de la actividad comercial, bienes y servicios, propia de esa legislación autonómica, ha sido acogida por una Ley, también autonómica, la 2/1996, de 18 de junio, de Equipamientos Comerciales de Castilla y León. Se trata de un curioso supuesto, por cuanto que estamos ante una de las Comunidades que no tiene asumida la competencia legislativa en materia de Comercio interior (los títulos competenciales en que se ampara son: ordenación del territorio, urbanismo y fomento de la empresa y mejora de la productividad), no siéndole en principio posible abordar una definición legal sobre el núcleo de esa competencia de la que carece: la actividad comercial. Mucho menos si se recuerda que el artículo 1.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en el que se establece el concepto de comercio minorista, es de aplicación general por constituir legislación mercantil de competencia exclusiva del Estado. Y califico el supuesto de curioso pues, para salvar formalmente esta dificultad y ampliar la literalidad del concepto de la legislación estatal, lo que hace el legislador castellano-leonés es definir no la actividad, sino el concepto ya clásico de nuestro Derecho urbanístico de *equipamiento comercial*. Pero, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, y nunca mejor dicho que ahora,

(26) El artículo 2 de la Ley canaria alude a los servicios susceptibles de tráfico comercial, entre los que incluye los servicios financieros de obsequios como pago de intereses, y de financiación para la adquisición de bienes y productos puestos a disposición del consumidor por la misma entidad financiera. No obstante, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley la prestación de servicios bancarios, seguros y transporte, el ejercicio de profesiones liberales, los suministros de agua, gas, electricidad y teléfonos, los de bares, restaurantes y hostelería en general, así como cualquier otra actividad comercial que por su naturaleza o por estar reglamentariamente establecido esté sometida al control de los poderes públicos. Por su parte, el artículo 3 de la Ley vasca considera como actividad comercial la prestación de servicios cuando se oferten al mercado con carácter finalista. Dichos servicios se someten a esta Ley salvo en defecto de normativa específica.

(27) Si la Ley estatal habla de la venta de cualquier clase de artículos, y esto suscita la duda de si se incluyen o no los servicios, la Ley andaluza emplea el término de productos, sinónimo del anterior e igualmente impreciso. Pues, en sentido lato, un servicio puede ser considerado como un producto. Es frecuente ya la expresión de *productos financieros* para aludir a lo que de modo técnico son servicios.

bajo ese término se esconde también el concepto de actividad comercial. Véase si no:

«Constituye equipamiento comercial de los municipios la dotación, considerada de manera individual o colectiva, integrada básicamente por establecimientos comerciales, mayoristas y minoristas, grandes establecimientos y mercadillos, que garantizan la adquisición de bienes y la prestación de servicios de tal naturaleza a los ciudadanos.»

Retomando lo que dispone la Ley estatal, parece claro que la necesidad de ofrecer un concepto de comercio minorista surge, entre otros motivos, para poder concretar qué tipo de establecimientos comerciales son los que quedarán afectados por el régimen especial de apertura que, más adelante, regula esta norma. No se trata, por tanto, de reconstruir el concepto de actividad comercial depurado por la legislación y la doctrina mercantil. Así pues, el paso subsiguiente que la Ley estatal formula, en su artículo 2.1 (28), consiste en definir el *establecimiento comercial*:

«los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma continuada o en días o en temporadas determinadas».

Concepto que se extiende (art. 2.2) a los quioscos e instalaciones de cualquier clase que, con idéntico destino, tengan el carácter de inmuebles de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil. Ha de repararse que el concepto de establecimiento que está manejando la Ley no se corresponde con el que la doctrina mercantilista ha fijado (29). Tradicionalmente, por establecimiento se entendía el local abierto al público en el que el comerciante ejercía su actividad profesional, si bien con el decurso del tiempo, algunos textos legales han establecido una imprecisa equiparación de ese concepto con el de empresa (arts. 3, 283, 291 y 296 del Código de Comercio) o con el de empresario social (arts. 547 y 566 del mismo C. de C.). Pero en tiempos más recientes se ha impuesto una significación más amplia, de modo que el establecimiento no es solamente el lugar o espacio físico en el que transcurre una actividad, sino que incluye todos los factores y medios de que el empresario se vale para su ejercicio profesional. El establecimiento es entonces, en su sentido jurídico, una *cosa*, compuesta por elementos esenciales y accesorios, calificada ocasionalmente como *univer-*

(28) El artículo 2 tiene la consideración de legislación básica del Estado, al amparo del artículo 149.1.13 CE.

(29) Una síntesis de dicha doctrina puede encontrarse en la voz «Establecimiento mercantil», en la *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, vol. II, Madrid, 1995, págs. 2867 a 2872, elaborada por A. PÉREZ DE LA CRUZ, trabajo al que remito las referencias que de dicho término se exponen en el texto. A dicho trabajo se remite también E. BELTRÁN SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 32.

sitatis rerum, en el sentido de ser concebida como una unidad de la cual el edificio o local físico es una parte integrante. Pero, para el artículo comentado, el establecimiento es algo mucho más restringido; es sólo el bien inmueble, el edificio o instalación, sin otros añadidos. Y no cualquier edificio o instalación mercantil, sino tan sólo aquellos que el legislador ahora califica de comerciales, calificación que, a su vez, no es la genéricamente aceptada, sino que ha de reconducirse a la propia definición de comercio minorista que se establece en el artículo anterior; es decir, el establecimiento comercial es el local, construcción o instalación o, en general, inmueble en el que de modo regular se oferte la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos (30). No tendrían la consideración de establecimientos comerciales, a los efectos de esta Ley, y en tanto en cuanto estuvieren en edificios separados de aquel en que se practica el comercio minorista, los locales destinados a oficinas, almacén o elaboración o preparación de productos y reparación. Este apartamiento respecto del concepto doctrinal puede plantear problemas importantes de cumplimiento de los propósitos de la Ley. Esta, como quedó dicho, trata de mediar en el conflicto que se produce entre las empresas que implantan grandes superficies comerciales y los pequeños y medianos empresarios —las PYMEs—. Coloquialmente, se sobreentiende que se trata de la contraposición entre las grandes empresas, por un lado, y las PYMEs, por otro, pues, efectivamente, la tensión producida es consecuencia de la capacidad económica de las primeras como factor de riesgo para la desaparición de algunas de las segundas. Sin embargo, el concepto legal de establecimiento comercial que ahora se contempla, por ser puramente físico, no permite identificar la noción de gran establecimiento con la de gran empresa. Ciertamente que todas las empresas con capacidad para dotarse de un gran establecimiento han de poder ser catalogadas de grandes empresas. Pero, en sentido inverso, no todas las grandes empresas centralizan su actividad en establecimientos de ese tipo, sino que algunas optan por el establecimiento de una cadena de locales de dimensiones más reducidas, en un claro proceso de descentralización. También esta forma de abordar la actividad comercial puede incidir negativamente en la subsistencia de las PYMEs y, sin embargo, no estaría sujeta a las restricciones que esta Ley impone a las grandes superficies comerciales precisamente, entre otros objetivos, para garantizar esa subsistencia. Tampoco conviene olvidar que muchas grandes superficies albergan la actividad comercial de una gran empresa (generalmente del ramo de la alimentación, los hipermercados) y, al tiempo, la de muchos pequeños empresarios que se complementan con el principal. Incluso hay grandes establecimientos que no son sino la suma de locales de pequeños empresarios. En otros términos, dentro del establecimiento único confluyen pequeñas, medianas y grandes empresas, de

(30) Para E. BELTRÁN SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 33, la Ley no trata de ofrecer un concepto jurídico-dogmático de establecimiento comercial, sino de «establecer un punto de anclaje al que referirse para la afirmación del principio de libertad de establecimiento comercial y para la delimitación de la categoría de gran establecimiento».

donde resulta que la restricción a los grandes establecimientos puede tener alguna incidencia restrictiva en relación al pequeño comercio.

Otro problema derivado del concepto de establecimiento comercial de esta Ley, y que tiene mucho que ver con el que acaba de apuntarse, es el que se produce en relación a la superficie a partir de la cual recae la calificación de gran establecimiento, según veremos después. La redacción del precepto no permite que la superficie en cuestión se compute local por local, dentro de los varios, o muchos, con que puede contar un gran establecimiento. Así, resulta que un comerciante que cuente con un local tradicional de 100 m² nunca estaría afectado por las medidas restrictivas de este nuevo régimen de apertura. Pero si 25 de estos pequeños empresarios deciden unir sus esfuerzos y establecer sus locales en un único edificio, de modo que cada uno mantiene sus 100 m², al alcanzar los 2.500 m² recibirán, ineludiblemente, el tratamiento de gran establecimiento. Con ello, y salvo que la legislación autonómica que corresponda aplicar (caso de que exista) pormenorice esas cuestiones, se estará imponiendo un freno importante a la modernización del comercio tradicional, cuya protección la Ley dice buscar (31).

Este concepto puramente físico de establecimiento comercial que formula la Ley 7/1996 estaba ya en la legislación autonómica; el artículo 13

(31) Protección de las PYMES que es, entre otros aspectos, un imperativo del Acta Unica Europea, que ha positivizado en el seno de ese ordenamiento los conceptos de pequeña y mediana empresa. Así, R. ILLESCAS ORTIZ, «Acta Unica Europea y Derecho Mercantil», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a José GIRÓN TENA)*, Madrid, 1991, págs. 634 y ss.: «El AUE, en dos ocasiones recoge en su texto articulado el concepto "pequeña y mediana empresa", y lo hace en preceptos destinados a completar el Tratado CEE. Partiéndose de una realidad económica donde el dominio de las grandes multinacionales se ha revelado como un tópico cargado, parcialmente al menos, de inexactitud y bajo el dominio del célebre eslogan, título de una no menos célebre obra marginal de economía, *small is beautiful*, los Estados miembros no pudieron, a la hora de elaborar el más reciente texto diplomático constitutivo de la Comunidad, sustraerse a la tentación de consagrar jurídicamente el nuevo concepto de tan notable éxito social. Las pequeñas y medianas empresas se mencionan, en primer término, en el nuevo artículo 118.A), 2.2 del Tratado de Roma y, en segundo lugar, en el nuevo artículo 130.F), 2 del mismo texto constitutivo; respectivamente, son los artículos 21 y 23 del AUE los que incorporan los preceptos citados a la originaria dicción del Tratado de 1957, en relación con la política social y la política de investigación y desarrollo tecnológico a poner en práctica por la Comunidad tras la entrada en vigor del AUE. De la forma y contexto en que la "constitucionalización" del concepto tiene lugar ciertas conclusiones pueden, prima facie, ser obtenidas: antes que nada, ha de afirmarse que es ésta la primera ocasión en que el concepto en cuestión accede a normas constitutivas comunitarias. En segundo lugar, el acceso se produce de modo diferenciado respecto de las empresas en general: la conferencia diplomática ha pretendido diferenciar la empresa en general de una parte y, de otra, la pequeña y mediana empresa; así se infiere de la lectura del artículo 130.F), 2, Tratado CEE, en el que aparecen ambos conceptos como reflejantes de realidades y objetos normativos diferenciados. Por último, los textos constitutivos comunitarios incluyen en su seno el neologismo con una finalidad específica y manifiesta: el objeto de proteger y tutelar la "creación y desarrollo" en general y tecnológico en particular de tal tipo de empresa; así se infiere de la lectura de los dos mencionados artículos nuevos del Tratado de Roma.» Allí recuerda que en desarrollo del Acta Unica han sido aprobadas Directivas que delimitan a las PYMES en razón a límites cuantitativos máximos sobre cifra total de balance, volumen de negocios y número de empleados. Concepto de PYMES que siempre se predicará del empresario individual. Quizá fuera ésta la línea más idónea a seguir por el legislador español a la hora de afrontar el tratamiento de las grandes superficies.

de la Ley canaria 4/1994 se refiere a *locales edificados y a las construcciones e instalaciones fijas y permanentes, cubiertas o sin cubrir, exteriores o interiores a una edificación con o sin escaparates*, con tal de que allí se desarrolle profesionalmente una actividad comercial (32). De modo mucho más conciso, el artículo 11 de la Ley vasca 7/1994 define el establecimiento comercial como *las edificaciones y dependencias afectas a una actividad comercial*. Y, tras esta Ley estatal, la Ley castellano-leonesa 2/1996, artículo 2.2, acoge prácticamente la definición de la Ley de Canarias, con las matizaciones de que la actividad comercial consista tanto en la venta de productos como en la oferta de servicios comerciales y que la calificación de establecimiento comercial podrá recaer también sobre cualquier otra clase de recintos acotados que así lo consideren disposiciones legales o reglamentarias (33).

La necesidad de establecer la definición de establecimiento comercial obedece a tres exigencias de distinta naturaleza. Una primera, la concierne a la regulación de los horarios de apertura al público. En segundo lugar, al objeto de establecer el concepto de una modalidad especial de venta, la ambulante. Pero, en tercer término, y como se señaló al comienzo de este tercer epígrafe, para poder configurar el régimen de apertura de los propios establecimientos comerciales. Así, junto a un régimen general (que esta Ley 7/1996 no aborda) (34), se establece uno de carácter especial previsto para los grandes establecimientos, para lo cual se hace preciso definir previamente en qué consiste un gran establecimiento, tarea en parte ya realizada al estar perfilado el concepto de establecimiento comercial, del que aquél es una categoría específica.

(32) Definición legal que está tomada de la Ley aragonesa 9/1989, artículo 11.

(33) Tratándose del concepto de establecimiento más amplio de cuantos se recogen, llama la atención el hecho de que esta Comunidad Autónoma carece de competencias legislativas para el desarrollo de la legislación básica del Estado en esta materia de Comercio interior. Tan sólo cabría salvar esta situación pensando que la Ley de Castilla y León, en referencia a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, sólo se ocupa del régimen de apertura de establecimientos comerciales, y no de las restantes materias que incluye la Ley estatal, por lo que el título competencial que le habilita sería el de la ordenación del territorio y urbanismo. Con ello se plantea un problema dogmático, cual es el de si los conceptos legales insertos en una norma básica del Estado mantienen el carácter de Ley básica sólo a los efectos de la materia jurídica sobre la que se articula esa competencia estatal para la aprobación de las bases legales, o mantienen ese carácter en relación a otras materias jurídicas relacionadas con la primera. Se trataría de una perspectiva más de la doctrina de los conceptos vectoriales.

(34) Algunas Leyes autonómicas se preocupan de advertir que el régimen de apertura de los establecimientos comerciales no clasificables como grandes establecimientos es el que deriva de la legislación de régimen local, sin introducir variación alguna (así, art. 14 de la Ley canaria 4/1994; art. 12 de la Ley vasca 4/1994). Caso especial es el de la Ley castellano-leonesa 2/1996, que introduce algunas novedades respecto del régimen clásico, sometiendo a informe autonómico previo el ejercicio de la actividad comercial en edificaciones destinadas preferentemente a vivienda (art. 4) y, de modo más general, condiciona las licencias municipales de edificación y apertura de cualquier clase de establecimientos comerciales a las previsiones del Plan General de Equipamiento Comercial de Castilla y León, al que se refiere el artículo 7 de esta Ley. Plan que, por otra parte, vincula a la planificación propiamente urbanística de todos los municipios integrados en la Comunidad.

B) *El concepto básico de gran establecimiento.*

El artículo 2.3, y como subcategoría de establecimiento, procede a la definición de *gran establecimiento*, concepto que es el de mayor interés a los efectos de este trabajo: es básico en un doble sentido, pues constituye legislación básica del Estado, y, por otro lado, es la noción de la que se parte para determinar qué régimen de apertura resulta aplicable según los distintos tipos de establecimientos comerciales. Se trata de un concepto inacabado, en el que el legislador estatal asienta unos requisitos que han de cumplirse en todo caso, quedando los restantes a la configuración que las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en la materia consideren oportuno determinar. Es la normativa autonómica la que, en última instancia, habrá de tenerse presente para poder otorgar a un establecimiento la calificación de gran establecimiento. Normativa que forzosamente deberá considerar como de ese tipo especial a aquellos establecimientos comerciales que, destinándose al comercio minorista de cualquier clase de artículos, tengan una superficie útil para la exposición y venta al público de al menos 2.500 m² (35). Requisitos ineludibles tanto a efectos de autorizaciones como de lo establecido en la normativa mercantil (36).

La primera exigencia, por tanto, para poder entender que se está ante un gran establecimiento es que se trate de un local o edificación destinado al comercio al por menor. ¿Exclusivamente? La Ley no lo precisa, pero debe interpretarse que ese local puede albergar otros usos distintos. Ahora bien, para que se trate de un gran establecimiento, la parte del local destinada efectivamente al comercio minorista debe cumplir con el criterio de superficie de exposición y venta al público que resulte aplicable.

El segundo elemento de la definición mínima que incluye el legislador estatal es el de la clase de comercio desarrollada en función de los productos: comercio al por menor de *cualquier clase de artículos*. Sin exclusión alguna, lo que representa dar un contenido muy amplio a ese concepto de gran establecimiento. Es quizá éste uno de los defectos de la definición, si atendemos al propósito declarado de la Ley y que preside el concepto mismo de urbanismo comercial. Muchas veces es el tipo de artículo lo que determina la extensión de la superficie de exposición y venta. No son las mismas necesidades espaciales las que requiere la venta de aparatos de telefonía, pongamos por caso, que la de muebles o la de plantas. Y, sin embargo, atendiendo a la diversidad de tipología de los productos, se plantean o no

(35) En igual sentido, J. M. TRAYTER, en la ya citada *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, pág. 68. Allí manifiesta que ante el silencio de la Ley autonómica entonces será la cifra de los 2.500 m² la determinante, lo mismo que en el caso de las Comunidades Autónomas que carecen de competencias normativas sobre la materia.

(36) Sobre este particular, E. BELTRÁN SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 34, llama la atención sobre la falta de relevancia dado que a la legislación mercantil le es indiferente la dimensión del local de negocio donde se ejercite la actividad comercial.

los problemas de competencia de las grandes superficies comerciales y el pequeño comercio, de modo que el dato puramente físico de la superficie de exposición y venta pasa a un segundo plano (37).

Y, en cuanto a esa superficie, la determinación de la Ley estatal deja abierta la posibilidad para que la normativa autonómica pueda ser más restrictiva, de modo que la calificación de gran establecimiento pueda predicarse de aquellos locales destinados a la exposición y venta con superficies inferiores a la comentada. Dicha medida, los 2.500 m², es una exigencia que impide al legislador autonómico excluir del concepto a los establecimientos que la alcancen o la superen (38).

Este trascendente concepto de gran establecimiento había sido ya objeto de atención por la legislación de las Comunidades Autónomas anterior a la ley estatal. En principio cabría esperar que dichas leyes deberían en este punto adaptarse a la nueva norma, pero dado el carácter abierto del precepto estatal, y el hecho de que en su elaboración ya se tuvo a la vista esa legislación anterior, las adaptaciones son innecesarias. En algún caso, incluso, podría apuntarse que la definición de gran establecimiento, siendo respetuosa de la dada por la legislación estatal, es mucho más completa, precisa y apegada a la realidad del fenómeno que se pretende regular. Lo dicho, sin perjuicio de que a la hora de establecer esa regulación no se hayan extraído las consecuencias posibles de esa labor de definición.

Tal es lo que acontece en relación a la Ley canaria 4/1994 y a su desarrollo mediante el Decreto 219/1994, de 2 de octubre, de Criterios Generales de Equipamiento Comercial de Canarias. Desde ese conjunto normativo el concepto de establecimiento comercial incluye tres categorías: las *pequeñas superficies* (39), los *centros comerciales* (40) y las *grandes superficies* (41).

(37) Así, los viveros de plantas abiertos al público en general, que han de tener una superficie considerable: no hay aquí, sin embargo, esa tensión entre el pequeño y gran comercio (si por el gran comercio ha de entenderse aquel que cumple con esa extensión legal de 2.500 m²). ¿Qué sentido tiene entonces en estos casos aplicar un régimen que, por encima de todo, trata de mediar en un conflicto entre diversas clases de empresas en razón a su tamaño y que en este y otros casos no se produce? El ejemplo propuesto es sólo uno de los muchos que pueden traerse a colación. Pensemos en el caso de los concesionarios de automóviles, en el de las tiendas de muebles, o en la posibilidad de una feria de ganado privada.

(38) Opinión que comparten E. BELTRÁN SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 34, y J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, en la misma obra, pág. 68, comentando los artículos 6 y 7 de la Ley.

(39) Mencionadas por el artículo 14 de la Ley, no para ofrecer su concepto, sino para declarar que su régimen de apertura es el ya previsto en la legislación local.

(40) Aquellos que, según el artículo 15 de la Ley están integrados por un conjunto de puntos de venta situados en el interior de un mismo recinto, en los que se ejercen las actividades empresariales de forma independiente. Dichos centros comerciales pueden a su vez tener dentro de sí una gran superficie. La Ley andaluza 1/1996, artículo 21.3, añade a ese mismo concepto la nota de la existencia de elementos de gestión comunes.

(41) El artículo 18 de la misma Ley citada las define en razón a su superficie de venta al público, entre los 750 y los 1.500 m², dependiendo de la población del municipio en que se hallen. También serían grandes superficies los centros dependientes de los establecimientos que, por su superficie de venta, deban ser considerados grandes superficies. En la Ley andaluza 1/1996 la superficie de venta exigida para la calificación de gran superficie es de 2.500 m² (art. 21.1), y de 2.000 en la Ley vasca 7/1994, según se desprende de su artículo 13 y de la Disposición Transitoria 2.ª. No hay en estos casos, por tanto, diferenciación en relación al número de habitantes del municipio.

Los centros comerciales, a su vez, pueden ser de dos categorías diferentes (42): *con establecimiento impulsor* (43) o *sin establecimiento impulsor* (44). Las grandes superficies, por su parte, se clasifican por esta Ley desde dos puntos de vista complementarios entre sí. En primer lugar, en cuanto al objeto de la actividad comercial, se distingue (art. 3.3 del Decreto 219/1994) entre *grandes superficies polivalentes*, que pueden ser:

— *Hipermercados*: establecimientos en régimen casi total de autoservicio, cuya superficie de venta se distribuye entre el sector cotidiano y otros (textil, menaje, hogar, bricolaje, electrodomésticos...), y están dotados de grandes superficies de aparcamientos.

— *Grandes almacenes*: establecimiento polivalente con superficie de venta igual o superior a 10.000 m², con una amplia gama comercial en venta por secciones y con cajas de cobro independientes, con o sin unidad alimentaria.

— Otras grandes superficies polivalentes con superficie de venta inferior a 10.000 m².

Y, junto a las polivalentes, como segundo grupo están las *grandes superficies especializadas* (supermercados, de equipamiento personal, de equipamiento del hogar, establecimientos de venta de muebles, y cualesquiera otros especializados en un sector).

El segundo criterio es el de su incidencia comercial, distinguiéndose entre las de *incidencia territorial amplia* y las de *incidencia territorial reducida* (art. 6 del Decreto 219/1994). Las primeras serían todas aquellas que contasen con unidad alimentaria, los hipermercados, grandes almacenes y centros comerciales. Las restantes corresponderían a la segunda categoría. La razón de tal distinción radica en que, si bien todos los centros comerciales y grandes superficies se sujetan a un régimen de apertura especial, distinto del previsto para las pequeñas superficies, para las grandes superficies de incidencia territorial amplia los requisitos para otorgar la licencia de apertura son más rigurosos que en los restantes casos.

Tras la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, también algunas normas autonómicas han establecido ese concepto de *gran establecimiento*, que, desde aquélla, ya tiene su referente como legislación básica. Choca, sin embargo, lo que han hecho dos Comunidades carentes de competencia para legislar el desarrollo de las bases estatales en la materia. Así, la Ley castellano-leonesa 2/1996, que comienza distinguiendo entre establecimientos comerciales individuales o colectivos (45) en su artículo 2, define los grandes

(42) Distinción que se contiene en el artículo 4 del Decreto 219/1994.

(43) Aquellos en los que existe uno o más establecimientos de gran superficie, que funcionan como centros de atracción junto a pequeños establecimientos (art. 4 D. 219/1994). Esta posibilidad está también prevista en la Ley andaluza 1/1996, que recalca el hecho de que no pierden su condición de grandes superficies los establecimientos que, dentro de un centro comercial, tengan una superficie de venta al público superior a los 2.500 m² (art. 21.4).

(44) En ellos no existe ese establecimiento de gran superficie que funcione como centro de atracción (mismo artículo citado en nota anterior), por lo que son la simple agregación de pequeños establecimientos.

(45) Este concepto es el mismo que el de centro comercial de la legislación canaria,

establecimientos comerciales (art. 8) siguiendo el modelo canario sobre determinación de superficie de venta al público en función de la población municipal, si bien ajustándolo a cifras distintas, de modo que serán grandes superficies las que superen los 1.000 m² (poblaciones menores de 10.000 habitantes), 1.500 m² (entre 10.000 y 50.000) y 2.500 m² (más de 50.000). Se añade que la Junta de Castilla y León establecerá índices correctores para los establecimientos dedicados a actividades comerciales específicas que requieran mayores superficies. La Ley citada, pues, no sólo entra en un desarrollo legislativo que no le corresponde, sino, además, se opone a la legislación básica del Estado al posibilitar que algunos establecimientos comerciales con superficie de venta al público superior a los 2.500 m² no reciban la calificación de grandes establecimientos. El otro caso es el de la Comunidad de Madrid, que, a través de una simple Orden de la Consejería de Economía y Empleo (la 3323/1996, de 16 de abril), ejecuta directamente la legislación básica del Estado, asumiendo, eso sí, el concepto de gran establecimiento de esta última, pero matizando que se puede tratar tanto de establecimientos individuales como colectivos, y pasando a ofrecer un concepto de éstos en la línea de lo ya apuntado hasta ahora. Todo lo dicho se contiene en el artículo 1 de esa Orden.

La mayor o menor amplitud del concepto de gran establecimiento tiene suma importancia en la medida en que esa calificación es determinante para la aplicación del régimen especial que esta Ley, así como las normas autonómicas reguladoras de la materia, tiene previsto para este tipo de establecimientos comerciales. Régimen especial que, si se caracteriza por alguna nota, es por su carácter más restrictivo frente al régimen general de establecimiento y apertura de locales comerciales.

4. *La llamada a la libertad económica para la modulación de las potestades de intervención en el régimen de apertura de grandes establecimientos (46)*

Pese a esa característica que resulta innegable (47), la Ley alude a la libertad de empresa —en el marco de la economía de mercado— y a la libre

si bien con el añadido de incluir expresamente en este tipo de establecimientos a los mercados municipales y a los centros de contratación con presencia física de mercancías, y toda clase de mercados.

(46) Excedería, con mucho, el propósito de este trabajo entrar en el análisis de la libertad de empresa, bastando con recordar en el texto las menciones que la Ley comentada recoge sobre la misma. Remito, por tanto, el planteamiento de estas cuestiones a lo que la doctrina ha elaborado ya, siendo en este sentido necesaria la cita de S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 125 y ss.; también pueden consultarse, en *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ*, tomo I, Madrid, 1996, los trabajos de M. ARAGÓN, «Constitución Económica y Libertad de Empresa», págs. 163 y ss.; F. RUBIO LLORENTE, «La libertad de empresa en la Constitución», págs. 431 y ss.; R. ALONSO SOTO, «Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios», págs. 653 y ss. Desde una perspectiva ceñida a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, J. L. PIÑAR, en su comentario al artículo 3, dentro de la obra *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, págs. 35 y ss., y J. TORNOS, «Comentario al artículo 3», de la obra colectiva *Ordenación del Comercio Minorista*, Barcelona, 1996, pág. 41, citado por el anterior.

(47) Al respecto, me remito a lo ya dicho en el texto. Ese marcado carácter interven-

circulación de bienes como principios que presiden la actividad comercial (toda ella) y, por tanto, deben orientar la intervención pública en la materia (arts. 3 y 4) (48). Dentro de este enunciado de principios jurídicos destaca la referencia, artículo 5, a la *libertad de establecimiento comercial*:

«1. La utilización legítima del suelo para la instalación de establecimientos comerciales constituye una facultad que se ampara en el principio de libertad de empresa recogido en el artículo 3 de la presente Ley.

2. Los poderes públicos protegerán la libre iniciativa empresarial para la instalación y acondicionamiento de los establecimientos comerciales en el marco de lo dispuesto en la legislación vigente.»

Libre empresa en régimen de libre competencia, libertad de circulación de mercancías y bienes, y legítima utilización del suelo para la instalación de establecimientos (como manifestación de la más amplia noción de libertad de establecimiento). Son, en principio, los principios inspiradores de esta ordenación legal. Ocurre, sin embargo, que su efectividad real será distinta según se trate o no de un gran establecimiento. Para éstos, la Ley ha diseñado una política más restrictiva, amparada no sólo en la necesidad de lograr el siempre difícil equilibrio en el ejercicio por todos de esas libertades, sino también en las exigencias que imponga una concreta ordenación del territorio. Soslayando aspectos limitativos que la Ley regula en relación al ejercicio de la *actividad* comercial, y que por tanto están al margen del propósito de este estudio, las restricciones a la instalación de grandes establecimientos comerciales están centradas en la novedosa figura de la *licencia comercial*, objeto de regulación por los artículos 6 y 7 del texto legal. Dicha licencia, expresión de la actividad autorizatoria de la Administración y que, por tanto, supone una nueva y añadida forma de control que se superpone a las que ya existían en relación a la apertura de cualesquiera clases de establecimientos comerciales, no va a ser exigible a aquellos no calificables como grandes establecimientos. Estos últimos ven más limitado su régimen de apertura; sus titulares soportan una mayor reducción del contenido efectivo de la libertad de empresa. Dicha libertad, y las que de modo más concreto enuncia el articulado de esta Ley, operan entonces como la *ratio* que ha de presidir la interpretación de las medidas restrictivas que la norma impone, de modo que ese proceso hermenéutico no amplíe los límites que al ejercicio de la libertad el legislador ha consi-

cionista es lo que, a juicio de J. L. PIÑAR, *op. cit.*, pág. 36, explicaría la innecesaria y prescindible alusión legal al principio de la libertad de empresa de ese artículo 3, que nada añade a lo que la propia Constitución ya establece. La mención de ese derecho obedecería, pues, a un intento de aminorar las críticas frente a un texto legal que limita notoriamente el ejercicio de la libertad económica por parte de los titulares de las grandes superficies.

(48) Ambos artículos, así como el 5, sobre libertad de establecimiento, tienen también la consideración de legislación básica del Estado, al amparo del artículo 149.1.13 CE.

derado necesario establecer (49). Cabría extender esta consideración no sólo a los límites que esta Ley establece en relación al régimen de apertura de los grandes establecimientos, sino a los que puedan derivar en relación al mismo problema de otras leyes o normas que confluyan en el citado régimen; principalmente las urbanísticas. Pues ¿qué eficacia habría de tener la, por otra parte, obligada adopción por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de esas libertades económicas en relación a los grandes establecimientos comerciales si, posteriormente, el Plan General de un municipio cualquiera impide la instalación de tal tipo de empresa por no establecer en sus determinaciones suelo apto para ser utilizado a tal fin? Del mismo modo, ese principio del *favor libertatis*, pues no se trata de otro, en materia de libertades económicas, debe presidir la interpretación de la normativa autonómica que regule la apertura de los grandes establecimientos. Y es importante recordarlo pues, como se verá, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista deja la puerta abierta a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia para establecer un régimen más restrictivo aún que el derivado de esta Ley. No sólo por permitir que puedan establecer criterios materiales para el otorgamiento de las licencias comerciales más restrictivos, o que, como se acaba de exponer, se amplíe el número de establecimientos que pueden ser calificados como grandes establecimientos. Ese régimen más restrictivo también puede ser producto del carácter de legislación básica que tienen los artículos 3, 4 y 5 de la Ley, todos ellos relativos a esas libertades económicas (50). De hecho, con anterioridad a la Ley 7/1996, en algunas leyes autonómicas se contenían preceptos que directa o indirectamente hacen referencia a estas libertades. Los artículos 6, 44 y 45 de la Ley canaria ya citada asumen como uno de sus valores el de la protección al pequeño comercio y, en consecuencia, la necesidad de imponer serias restricciones al ejercicio de la libertad de empresa manifestado en la puesta en funcionamiento de grandes superficies comerciales (51). Algo similar puede observarse en la Ley vasca 7/1994 (arts. 4, 5, 49 y 50) o en la Ley andaluza 1/1996 (arts. 6 y 11). Estas leyes marcan como objetivo la reforma de las estructuras comerciales respectivas, para lo cual tratan de promover el asociacionismo de pequeñas y medianas empresas, establecen la posibilidad de un régimen de ayuda técnica

(49) Sobre tal cuestión, y también en relación a los principios que rigen toda actividad pública de intervención en el ejercicio de las libertades económicas, me remito, por todos, a S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 156 y ss.

(50) Carácter básico que no tiene demasiado sentido, sobre todo si pensamos en el artículo 3 de la Ley, que es un calco incompleto del artículo 38 CE. ¿Ha quedado ahora degradado ese precepto constitucional para pasar a ser simplemente legislación básica del Estado? Tendría justificación esa caracterización de la norma legal si ésta añadiera un contenido jurídico material claro al artículo 38 CE, o si especificara el contenido esencial de la libertad de empresa estableciendo claros límites. Ese *plus* de contenido jurídico podría constituirse en materia básica que permitiera perfilar la opción del legislador autonómico plasmada en sus propias normas.

(51) Restricción que alcanza aún mayores cotas en el Decreto de Criterios Comerciales, desde el que se impone a los Ayuntamientos una Planificación urbanística en la que la iniciativa privada para la puesta en marcha de grandes establecimientos queda muy desdibujada.

y financiera para las mismas y limitan de un modo muy apreciable la posibilidad de apertura de grandes establecimientos. Respecto de éstos, en algún caso se impone a los promotores la participación de los pequeños empresarios como condición para obtener las autorizaciones necesarias para culminar ese proyecto (así, art. 6.2 de la Ley canaria).

5. Régimen de apertura de los grandes establecimientos

A) Situación previa a la aprobación de la legislación estatal.

La legislación autonómica aprobada con anterioridad a la Ley 7/1996 tenía, como nota común, el establecimiento de medidas por las cuales el régimen de apertura de grandes establecimientos se sujetaba a especialidades que lo apartaban del previsto para los restantes establecimientos comerciales. Especialidades que representaban un mayor rigor en las exigencias para la obtención de las necesarias autorizaciones. El camino, sin embargo, seguido en cada caso no siempre ha sido el mismo. Pero, una vez señalada esa variedad, puede afirmarse que las opciones de esas leyes responden a alguno de los dos siguientes modelos: o bien se establecía la necesidad de obtener, junto a las clásicamente municipales, una autorización emanada de la Administración autonómica (o, cuando menos, que ésta emitiera un informe vinculante de cara a la obtención de las posteriores licencias municipales), o bien las licencias municipales habrían de sujetarse a unos previos instrumentos de ordenación aprobados por la Administración autonómica y que, a su vez, forzaban a la modificación de la planificación urbanística y las ordenanzas municipales. Ambos modelos requerían la previa determinación de los criterios materiales a seguir para, fuera cual fuera la vía empleada, poder autorizar la apertura de los grandes establecimientos.

Así, la Ley andaluza 1/1996 (que teniendo a la vista el régimen que pocos días después establecería la legislación estatal, sin embargo, optó por otro distinto) encomienda el otorgamiento de la licencia de apertura de grandes establecimientos al Ayuntamiento (art. 22), si bien sujetando dicha licencia a un informe preceptivo y vinculante (arts. 23 a 25) en materia comercial (pues se exigen por el artículo 22.2 otros de distinta naturaleza, como es el de carácter medioambiental), cuya emisión ha de producirse en atención a los criterios establecidos en la propia Ley (art. 23.2). La Ley vasca 7/1994 (arts. 12 y 13) atribuye la licencia de apertura a los Ayuntamientos, pero establece la posibilidad de sujetar la normativa de aquéllos a los criterios que apruebe el Gobierno vasco. Tratándose de grandes establecimientos, las licencias municipales deberán sujetarse a lo que los instrumentos de ordenación territorial (los previstos por la Ley 4/1990, de Ordenación del Territorio del País Vasco) establezcan al efecto. El modelo seguido en Canarias es peculiar; la Ley 4/1994 (fundamentalmente, en su art. 16) atribuye la competencia para otorgar la licencia de apertura de gran-

des superficies a los Ayuntamientos. Estos, sin embargo, deberán ajustar sus ordenanzas a los criterios sobre equipamiento comercial que apruebe el ejecutivo autonómico. Un modelo, en principio, similar al del País Vasco. Ocurre que el Decreto 219/1994, el que aprueba esos criterios, introduce sustantivas modificaciones a la Ley que desarrolla de modo que todos los establecimientos considerados como grandes superficies precisan, o bien de un instrumento de planificación específico (planes especiales, para las grandes superficies de incidencia territorial amplia) o bien que el planeamiento general las incluya específicamente como grandes superficies en sus determinaciones (se trata de las de incidencia territorial reducida), no bastando por tanto la simple calificación del suelo como de uso comercial. Planeamiento que en cualquiera de los dos casos ha de sujetarse a los criterios que el referido Decreto contempla. Este exige, además, para las grandes superficies de incidencia territorial amplia, con carácter previo a la licencia de apertura y a la de edificación, un informe —el de impacto social y económico— emitido por la Administración autonómica, que tiene carácter preceptivo y vinculante (en sentido negativo).

La regulación estatal fuerza a acometer la modificación de gran parte de esa legislación autonómica previa (52). No obstante, la legislación estatal (que es básica) permite un amplio juego de posibilidades en lo que se refiere al procedimiento para el otorgamiento de la licencia comercial autonómica, por lo que la adaptación no conllevará grandes problemas. Estos sólo pueden surgir en otra cuestión, muy conectada a la anterior, que es la de los criterios materiales que deben tenerse a la vista para otorgar o denegar la licencia comercial.

B) *La licencia comercial específica.*

Como dije, los artículos 6 y 7 configuran un régimen especial de autorización para la instalación de grandes superficies. Se trata de la exigencia de una licencia comercial específica (art. 6.1) (53) para la apertura de grandes establecimientos comerciales, sin perjuicio de las ya exigibles (de obras, de apertura, etc.) y de las que para *otros supuestos* (54) relacionados con la actividad comercial puedan imponer las Comunidades Autónomas. A éstas corresponde otorgar esas licencias comerciales con arreglo a los trámites y requisitos establecidos en su propia normativa, así como los que esta Ley establece.

(52) Así, J. M. TRAYTER, *op. cit.*, pág. 66, nos da cuenta de la Ley catalana 1/1997, de 24 de marzo, de adaptación a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

(53) También este precepto es legislación básica del Estado y al amparo del mismo título citado en las notas anteriores.

(54) Expresión un tanto ambigua, que puede significar tanto la posibilidad de exigir una licencia comercial a establecimientos distintos de los calificados como gran establecimiento como la imposición de un régimen autorizador proyectado sobre aspectos distintos de los que se ocupa esta licencia comercial, pero en relación a todo tipo de establecimiento comercial y la actividad que en ellos se realice.

C) *Los criterios materiales para el otorgamiento de la licencia.*

A tal efecto se dispone, artículo 6.2 (55), que el otorgamiento de la licencia se acordará ponderando especialmente la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquella, exigiéndose previamente a ese otorgamiento de la licencia el informe preceptivo y no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia (56).

Esa ponderación, por tanto, forzosamente —aunque no de modo único— ha de realizarse sobre dos extremos: el grado de dotación comercial existente en la zona afectada (la situación real de partida) y los efectos de la instalación proyectada sobre la estructura comercial existente. A tales fines valorativos, los apartados 3 y 4 de este mismo artículo 6 (57) introducen los siguientes criterios materiales:

(55) Apartado que igualmente tiene ese carácter de legislación básica del Estado. En opinión de J. M. TRAYTER, la regulación de este artículo, en consonancia además con la que contiene la legislación autonómica, «por su amplitud e indeterminación no se adecúan excesivamente al principio constitucional de seguridad jurídica». Sin entrar en la posible vulneración de ese principio, que aquí ni afirmamos ni negamos, es cierto, y así lo veremos en el texto, que la regulación de los requisitos para el otorgamiento de la licencia comercial peca de la amplitud e indeterminación que apunta TRAYTER.

(56) Trámite que, por venir establecido en el artículo 6.2, es legislación básica del Estado. A ese informe puede sumarse también el que deban emitir las comisiones territoriales de equipamientos comerciales a que se refiere el artículo 6.5. Sobre la composición de estas Comisiones, E. LABORDA VALLE, *op. cit.*, pág. 25, apunta la necesidad de que en ellas se integren de modo significativo y cualificado las Cámaras de Comercio. Esta solución estaba ya prevista en la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial en Canarias. La Ley canaria crea las Comisiones Insulares en materia de comercio (instituidas por el artículo 12 de la Ley, a su vez objeto de desarrollo por el Decreto 102/1994, de 10 de junio), en las que se integran, entre otros, dos representantes de las Cámaras Oficiales de Comercio, dos de las Confederaciones de Empresarios, dos representantes de las organizaciones sindicales y otros dos de las asociaciones de consumidores usuarios más representativas. Órgano parecido instituye la Ley 7/1994, de 27 de mayo, reguladora de la Actividad Comercial en el País Vasco, al que su artículo 51 le da la denominación de Comisión Consultiva de Comercio, en la que tienen cabida las mismas organizaciones y sectores citados en el caso de Canarias. Los mismos pasos siguió la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía, cuyo artículo 12 crea la Comisión Asesora de Comercio Interior, con una composición (art. 14) pareja a las ya citadas. Ya en vigor la Ley estatal 7/1996, la Ley 2/1996, de 18 de julio, de Equipamientos Comerciales de Castilla y León, procede a modificar (Disp. Ad. Tercera) un órgano consultivo ya existente, el Consejo Castellano-Leonés de Comercio, para incorporar al mismo a todos los sectores previstos en las anteriores leyes citadas. En el caso de Madrid, sin embargo, la Orden 3323/1996, de 16 de abril, sobre la regulación del procedimiento para la solicitud de licencia de apertura de grandes establecimientos comerciales, ha optado —art. 4— por una Comisión de Evaluación integrada exclusivamente por miembros de la Administración de la Comunidad de Madrid.

(57) Que tienen el carácter de legislación supletoria, en defecto de la legislación específica aprobada por las Comunidades Autónomas. Este es uno de los puntos que TRAYTER, *op. cit.*, pág. 69, trae a colación a los efectos de esa vulneración del principio de seguridad jurídica, pues apunta que estos requisitos enunciados como normas supletorias, y que a su vez interpretan una norma de carácter básico, pueden contradecir lo que ya está regulado por la normativa autonómica anterior. Tratando de aclarar lo que sin duda es un complejo problema de elección de la norma aplicable, señala que para el otorgamiento de la licencia

— Respecto del grado de dotación comercial, una zona se considera que tiene un adecuado equipamiento de esas características cuando éste garantice a la población efectiva, y a la que a medio plazo sea previsible, una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicio, precios y horarios conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor.

— En cuanto a los efectos del nuevo gran establecimiento sobre la estructura comercial existente, la valoración ha de discurrir examinando la mejora que esa instalación pueda representar en términos de libre competencia, así como los efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad.

a) *El grado de dotación comercial preexistente.*

El primero de los criterios es, sin duda, de muy difícil manejo; primero, por cuanto que la expresión de *zona afectada* es de por sí imprecisa, requiriendo complejos estudios para ser aplicada caso por caso, muchas veces finalizados con criterios puramente convencionales, a falta de otros de carácter objetivo que una realidad concreta puede impedir que sean aplicados. Por tanto, cabe la posibilidad de que la delimitación de lo que es en un supuesto la zona afectada sea un puro artificio que distorsione ese proceso de ponderación. A esa primera dificultad debe añadirse la consustancial a las previsiones poblacionales a *medio plazo*. De entrada, ¿qué unidad de tiempo es la que da la medida de lo que es el corto, medio o largo plazo?, ¿qué factores son los que han de tenerse a la vista para una evaluación aproximada del incremento o decrecimiento poblacional, estable o pasajero, en ese lapso de tiempo? Con todo, las mayores dificultades vendrían con el tercero de los elementos de ese criterio material de valoración: la garantía de oferta de artículos, en las condiciones que se expresan, conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor. Pues es de todo punto imposible conocer si el equipamiento comercial dado será capaz de satisfacer los criterios que en un futuro (y, por tanto, criterios desconocidos en el presente) impongan las tendencias y el desarrollo en el sector del comercio al por menor. Creo que el legislador debería, en este punto, haber tratado de simplificar la cuestión; a la postre, hay dos claras ideas que inspiran este criterio. Una, sobre la valoración de la suficiencia o insuficiencia de la oferta (apreciable desde el dato de los desplazamientos de los usuarios a localidades distintas para efectuar sus adquisiciones), que trata de evitar la saturación de establecimientos comerciales. La otra, la obsolescencia o no del equipamiento comercial existente.

comercial se tendrán siempre en cuenta los criterios enunciados de modo general por el artículo 6.2, que a su vez serán la pauta de interpretación de los que la legislación autonómica haya previsto. Y los criterios de los números 3 y 4 del mismo artículo 6 sólo tendrán eficacia aplicativa en los supuestos de Comunidades Autónomas sin competencias legislativas de desarrollo de la legislación básica estatal, o en los de silencio de la Ley autonómica.

Para una mejor operatividad práctica de este primer criterio podría acudirse a los ya elaborados, legislativa y jurisprudencialmente, para la determinación de lo que es un *mercado relevante*, en el contexto de las empresas que ocupan una posición de dominio en el mismo (58). Se trata de los criterios *geográfico, temporal y objetivo*. Respecto del geográfico, la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, Sección 1.ª, de 22 de junio de 1976 señalaba:

«el concepto de mercado queda circunscrito en el presente expediente al “término municipal” de Cabezuela del Valle, donde actúan con independencia y en lucha competitiva las partes denunciante y denunciada, puesto que a los efectos de la LPR de 1963 “el mercado está constituido por el conjunto de personas que ofrecen y demandan, respectivamente, un producto o la prestación de un servicio en un espacio y momentos determinados”, y así puede referirse dicho concepto al mercado nacional o internacional, regional, local por poblaciones e incluso urbano por distritos, zonas o barrios en las grandes poblaciones».

La Sentencia del Pleno del mismo Tribunal de 7 de enero de 1992 perfila ese concepto añadiendo que un mercado ha de constituir un espacio diferenciado, con sus propios oferentes que disponen de redes de distribución y políticas de comercialización locales, y con demandantes también específicos. A lo que ha de añadirse, siguiendo las pautas del Derecho comunitario (59), y para una más precisa delimitación espacial, la necesidad de acudir a criterios cuantitativos de producción y consumo, demanda y hábitos de consumo, condiciones de acceso a ese mercado y competencia en el mismo, así como su relevancia en un contexto territorial más amplio.

Este criterio de delimitación geográfica bien pudiera servir para determinar lo que la Ley que nos ocupa califica como zona afectada por la implantación de un gran establecimiento. Criterio que ha de ser temperado desde el tercero de los que se acaban de destacar, el objetivo: la precisión del tipo de productos y servicios que ofertaría el gran establecimiento comercial, los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado y que permiten diferenciar a éste de otros. Ahora bien, este criterio de la identidad físico/técnica de los bienes, de difícil precisión, no es de por sí suficiente. Bienes idénticos pueden, sin embargo, estar situados en mercados distintos, o bienes diferentes pueden concurrir en el mismo mercado, en competencia. Por ello, no se trata tanto de esa identidad de los bienes, sino de que entre todos ellos exista lo que RODRÍGUEZ ARTIGAS (60) denomi-

(58) Dichos criterios están recogidos en el trabajo de F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ*, tomo I, Madrid, 1996, págs. 983 y ss.

(59) Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, caso *Suiker Unie*, de 16 de diciembre de 1975, citada en el trabajo de RODRÍGUEZ ARTIGAS.

(60) *Op. cit.*, pág. 993.

na *igualdad económica*, la posibilidad que tienen distintos bienes de satisfacer las mismas necesidades y, por tanto, de ser intercambiables o sustituibles. Tratándose en el caso que nos ocupa de la instalación de grandes establecimientos, este criterio objetivo, necesario para concretar la zona afectada, adquiere notoria complejidad por tratarse de establecimientos comerciales que no ofrecen productos homogéneos entre sí, que se caracterizan por la gran variedad de su oferta.

El aspecto temporal, tal y como ha sido enunciado a los efectos de poder señalar que una empresa ocupa una posición dominante de mercado, es el que menor luz arrojaría al problema que se nos plantea. Pues, en el ámbito en que se ha formulado, se trata de un mecanismo que casi siempre se aplica *a posteriori*: la referencia a un período de tiempo cierto, conocido o previsible, al objeto de si en el mismo ha existido o puede existir esa posición de dominio. En nuestro caso el aspecto temporal no puede actuar del mismo modo, pues la Ley lo articula como mecanismo de previsión, de aventuramiento de sucesos futuros. No obstante, la justificación de la necesidad de tener presente el elemento temporal en esa problemática suscitada sobre las posiciones de dominio en el mercado es igualmente válida en lo que afecta a las autorizaciones para la instalación de grandes centros comerciales: en el tiempo se producen modificaciones en las condiciones del mercado, en su estructuración y comportamiento, de tal forma que, pongamos por caso, lo que en un momento dado no era recomendable, luego puede perfectamente resultar beneficioso. Ahora bien, las predicciones sobre el comportamiento futuro de un mercado son necesariamente relativas, al basarse en un conjunto de datos heterogéneos entre sí desde el punto de vista de su certeza. Por ello mismo, esa llamada de la Ley al *medio plazo* debería ocupar un papel decisor relativo y secundario.

b) *Efectos del nuevo establecimiento sobre la estructura comercial de la zona.*

El segundo de los criterios parece partir de premisas no del todo contrastadas: que todo gran establecimiento supone una mejora para la libre competencia y que, en sentido inverso, supone un perjuicio para el pequeño comercio. Aceptando tales premisas, el proceso valorativo vendría dado por la ponderación entre el beneficio que se produce en términos de competencia y los efectos negativos sobre los pequeños comerciantes. Y, aunque no se dice expresamente en este apartado, parece ser que la *ratio decidendi* sería en este caso el beneficio para los consumidores. Si el primero de los criterios peca de complejidad, este segundo en lo que incurre es en todo lo contrario: en simplicidad. Simplicidad que responderá a la realidad en algunas ocasiones, pero en otras supondrá apartarse de la misma. Pues ¿en qué modo hay una mejora de la libre competencia cuando la implantación de un gran establecimiento representa superar los niveles de saturación del mercado? ¿O cuándo, por erradicar a los competidores, pequeños

comerciantes, alcanza una posición dominante? ¿Es perjudicial para el pequeño comercio la apertura de un gran establecimiento que le acoja, de modo que ese comerciante tradicional tenga la oportunidad de modernizar su actividad y de beneficiarse de la clientela que accede a ese centro? ¿No es posible la complementariedad? Los supuestos que ofrece la realidad son, por tanto, mucho más matizados que lo que las apuntadas premisas indican. Esa simplicidad creo que es producto de una equívoca idea de estos últimos tiempos: que la libre competencia es sólo un mecanismo conducente a la bajada de los precios. Este puede ser un efecto asociado y frecuente con la puesta en práctica de ese principio. Pero el mismo tiene un contenido más amplio. Así, hace ya años, A. POLO (61) exponía, de modo breve pero completo, cuál era la problemática que subyace a la competencia. Bajo la rúbrica genérica de Derecho de la competencia incluía todas aquellas manifestaciones de la propiedad industrial —protección de creaciones industriales y de signos distintivos—, de la competencia desleal y de la protección y defensa de la libre competencia, porque todas ellas se relacionan con la actividad económica y, de una u otra forma, con la regulación de la competencia (62). Como complemento de lo anterior estarían las normas sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia. Lo dicho sería el problema contemplado desde la perspectiva de la protección de las empresas y de los empresarios. A la misma ha de añadirse la relativa a la defensa del consumidor. Cada día más el Derecho de la competencia en sentido amplio se caracteriza, según POLO, por esta doble finalidad: *de una parte, garantizar la libre competencia en el mercado, protegiendo a los empresarios contra cualquier actuación de otros empresarios competidores que de alguna manera impidan, falseen o limiten la competencia en el mercado; de otra, proteger a los consumidores contra cualesquiera prácticas abusi-*

(61) A. POLO, «Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil (Libro homenaje a R. URÍA)*, Madrid, 1978, págs. 613 y ss. Sobre la misma problemática de la competencia pueden verse los trabajos —más recientes— de R. ALONSO SOTO, «Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ*, tomo I, Madrid, 1996, págs. 653 y ss., y en la misma obra y tomo, el de F. RODRÍGUEZ ARTIGAS ya citado. Desde la perspectiva de la intervención pública en materia de competencia no puede dejar de citarse el libro de J. M. BAÑO, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, 1996.

(62) Señala POLO, *op. cit.*, pág. 613, que: «*La relación con ésta de las normas sobre competencia desleal y sobre restricciones de la libre competencia es evidente. Y lo mismo puede decirse de los signos distintivos, puesto que su función consiste precisamente en facilitar, con fines competitivos, el vínculo de la empresa con su clientela. Si el público no pudiera atribuir las prestaciones y los bienes que son objeto del tráfico económico a las diversas empresas que participan en él, la competencia sería imposible. Por eso los actos tendentes a provocar la confusión con los signos distintivos de un competidor son actos típicos de competencia desleal. Por lo que se refiere a la protección de las creaciones industriales —patentes, modelos de utilidad y modelos industriales— su relación con la competencia es clara en diversos aspectos. El primero y más evidente es que esa protección significa una excepción al principio de libre competencia, por cuanto supone el otorgamiento de un monopolio temporal al titular del derecho. Por otra parte, la concesión de estos monopolios actúa como estímulo a la competencia en el campo de la investigación industrial.*»

vas de uno o más empresarios que tengan una posición dominante en el mercado (arts. 1.º y 2.º de la Ley de Prácticas restrictivas de la competencia) (63). Sobre esa segunda perspectiva nos recuerda que sólo a partir de los años sesenta empieza a surgir en nuestro ordenamiento la preocupación por tutelar a esa vieja y nueva «sufrida», clase, a la que acostumbran a presentar bajo una imagen en exceso triste y lastimera, olvidando que, en un sentido amplio, todos somos «consumidores» (64). Desde entonces se irá perfilando la idea del consumidor final de bienes y servicios, ya sea como adquirente de bienes de consumo o duraderos, ya como usuario de servicios, de cualquier clase, pero fundamentalmente de aquellos que suelen englobarse bajo la rúbrica de servicios públicos.

c) *La necesaria prelación de los criterios.*

Un tercer orden de consideraciones sobre la ponderación exigida para el otorgamiento de la licencia comercial es precisamente el de la articulación de los aspectos aludidos hasta ahora aisladamente. El artículo 6 no establece jerarquización alguna de modo expreso u otras pautas que permitan determinar la relación existente entre esos criterios. No se da primacía a ninguno de ellos, ni se dice nada sobre si han de ser valorados con-

(63) *Op. cit.*, pág. 615. Más adelante, págs. 615 a 616, sobre la protección a los consumidores explicaba el Profesor POLO: «Constituye ya un tópico, con cierta connotación peyorativa, el afirmar que vivimos actualmente en una Sociedad de consumo. La afirmación es cierta. Y si esto es así, urge preguntarse ¿cómo puede el moderno Derecho Mercantil desentenderse de la suerte de los consumidores? ¿Cómo no les ofrece la tutela que éstos justamente demandan? El Derecho Mercantil, nacido como Derecho de los mercaderes y del mercado, no puede romper la vinculación que le une con los consumidores, que son quienes sostienen el mercado con su presencia. Sin embargo, su carácter de Derecho eminentemente profesional ha sido causa de que muchas veces se haya olvidado del otro sujeto de la relación. Son escasas, casi diríamos que excepcionales, las normas de nuestro Código de Comercio que tienen por finalidad principal la protección del tráfico mercantil, desde el ángulo del consumidor, entre las cuales pueden señalarse, como ejemplo, las contenidas en los artículos 85 y 286, encaminadas a proteger las adquisiciones realizadas en tiendas y establecimientos abiertos al público, con independencia de cualquier circunstancia que pueda afectar al vendedor —abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato—, pero estas normas resultan insuficientes y reclaman ser completadas adecuadamente. Preocupado el Derecho Mercantil del Estatuto profesional del empresario y de su actividad, apenas le queda tiempo y espacio para detener su atención sobre aquellos que adquieren sus bienes o utilizan sus servicios. Incluso cabría decir que cuando aparta la atención del empresario no es para proyectarla sobre los consumidores, sino sobre los acreedores de aquél, como mercedores de protección jurídica. Las únicas limitaciones a la libre actuación del empresario descansan en los viejos Códigos de Comercio en las exigencias de protección y tutela de sus acreedores. El consumidor, en cambio, no encuentra cobijo adecuado en ellos, que lo desconocen o no le prestan la atención que merece. Los dominios del Derecho Mercantil están ocupados hoy por los empresarios y sus acreedores. Pero hace tiempo que llama a sus puertas el consumidor, como una manifestación más de la incidencia de ese fenómeno que se conoce como “generalización” del Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil debe, por tanto, estar dispuesto a asumir la tutela y protección jurídica de este nuevo protagonista: el consumidor. Todos conocemos la pobreza de nuestro Derecho para cumplir esta misión a través de los instrumentos y las fórmulas tradicionales.»

(64) POLO, *op. cit.*, págs. 616 a 617.

junta o alternativamente. La prelación, sin embargo, viene dada por la propia lógica del texto literal de esos apartados. Así, ante una solicitud de licencia comercial, si se concluye que en la zona afectada existe ya un adecuado equipamiento comercial, esto podría ser ya motivo suficiente para denegar la licencia. Pues lo contrario, su otorgamiento, representaría precisamente una saturación del mercado que, no beneficiando la libre competencia, representa un claro perjuicio para el pequeño comercio (o, cuando menos, ausencia de beneficio) y, claro está, para los consumidores. Para la aplicación de este criterio preferente en muchas ocasiones no será siquiera necesario considerar el proyecto del nuevo establecimiento en la medida en que la situación previa y objetiva de hecho a considerar, por haberse alcanzado ya el grado de saturación, indicaría que no es posible autorizar nuevas instalaciones calificadas como grandes establecimientos comerciales. No existiendo saturación, entonces habría de entrar en juego el segundo de los aspectos, el de la incidencia sobre la estructura comercial existente, donde el proyecto presentado ya sí cobra un total protagonismo.

d) *La remisión a otros criterios que establezca la legislación autonómica.*

Quedó señalado que en el proceso de otorgamiento de la licencia comercial forzosamente han de ponderarse esos dos aspectos tratados. Pero *no únicamente* esos aspectos. El artículo 6.2 habla de ponderar *especialmente*, dando así cabida a la legislación de las Comunidades Autónomas para introducir otros aspectos distintos que se sumen a los que el legislador estatal obliga a tener presentes en todo caso. El problema radica en la materia jurídica a que puedan ir referidos tales aspectos, pues la normativa autonómica puede incluir tanto los que tienen la misma *ratio* material que la que refleja este artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, como otros perfectamente subsumibles en materia urbanística o medioambiental. El problema ha sido ya planteado por TRAYTER (65), que, en principio, reconoce que habría argumentos para defender tanto que la legislación autonómica debe limitarse a establecer nuevos criterios que guarden relación con los que se asientan por la legislación básica estatal (los del art. 6 de la Ley de Ordenación) (66), como para defender que esos nuevos criterios pueden responder a ámbitos jurídico-materiales diferentes (67). Si

(65) *Op. cit.*, págs. 70 y ss.

(66) A tal efecto señala, de un lado, que la STC 227/1993, que puede citarse en apoyo de la hipótesis contraria, es anterior a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, y que entonces los límites que la legislación básica estatal podía imponer no estaban claros. Por otro, trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre la competencia de la aprobación definitiva de los planes urbanísticos y su incidencia en el principio de la autonomía local, tratanto de llamar la atención sobre aquellos casos en los que en el procedimiento de otorgamiento de licencias comerciales hubiera de incidirse en cuestiones urbanísticas del círculo de intereses puramente locales

(67) Esta postura, para TRAYTER, podría apoyarse en la referencia expresa del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (*«ponderando especialmente»*), que

bien el mencionado autor parece inclinarse hacia la primera de las tesis que acabo de enunciar, creo que, simplemente, no cabe asumir ninguna de ellas en términos generales, pues la gran variabilidad de supuestos de hecho que el fenómeno de las grandes superficies representa impide esa unidad de criterio. Desde luego, habrá de respetarse el principio constitucional de autonomía local de modo que, sean cuales sean los criterios añadidos que imponga la legislación autonómica, éstos respeten dicho principio de modo que los órganos creados para otorgar esas licencias comerciales no hayan de entrar en materias propias del estricto ámbito local por afectar a intereses también estrictamente locales (68). Este es un enunciado, por otra parte, de muy difícil delimitación a la hora de aplicarse a la casuística real. Añadamos la consideración según la cual el fenómeno de las grandes superficies lleva aparejada la supralocalidad, no sólo cuando se trate de aquellas que, por situación u oferta, afecten (den servicio) a los consumidores de varios municipios vecinos (lo que sería la perspectiva puramente territorial), sino en atención al hecho de su incidencia en las políticas económicas y comerciales cuya formulación, desde luego, no corresponde a los municipios. Pues bien, esa supralocalidad inherente al fenómeno y, por tanto, la decisión de si puede o no autorizarse la implantación de un gran establecimiento en razón a criterios dimanantes exclusivamente de tales políticas, es algo que trasciende ese marco en la medida en que afecta a la propia planificación urbanística del municipio. Sería absurda la previsión de suelo destinado a una gran superficie comercial que nunca podrá existir por no poder ser autorizada en razón a los criterios aplicables. Con estas reflexiones no se pretende otra cosa que llamar la atención sobre las dificultades de la puesta en práctica de ese principio de la autonomía local aplicado al específico problema de los criterios que la legislación autonómica pueda establecer para la obtención de la licencia comercial.

Cabe plantearse, por demás, hasta qué punto sería consecuente con la propia Ley de Ordenación del Comercio Minorista limitar los criterios de otorgamiento de la licencia comercial que pueda añadir la legislación autonómica a los de naturaleza estrictamente comercial. Pues los dos criterios que, con carácter de normas básicas estatales, establece el artículo 6.2 de esa Ley están definidos con una amplitud tal que muy difícilmente pudieran encontrarse otros que, teniendo esa misma naturaleza (su carácter comercial), no puedan subsumirse en los ya enunciados. Limitar esa posibilidad a lo estrictamente comercial representaría entonces dejar vacía de contenido esa voluntad legal de ponderar *especialmente*, y no exclusiva-

abre la puerta a otros criterios de ponderación, así como en la STC 227/1993, que tuvo muy en cuenta no sólo la competencia autonómica sobre ordenación del territorio, en la que podía tener encaje el urbanismo comercial, sino también el hecho de que las grandes superficies pueden plantear problemas que trascienden el ámbito estrictamente local.

(68) Pero ¿qué es lo estrictamente local? Nadie, por ejemplo, interpreta como un atentado a ese principio que las licencias de edificación en suelo no urbanizable que legalmente puedan otorgar los municipios requieran una previa autorización por parte de un órgano de la respectiva Comunidad Autónoma.

mente, los criterios de la ley estatal, pues los que estableciera la legislación autonómica serían desarrollo y concreción de los que ya han de valorarse especialmente y, por tanto, también serían objeto de esa valoración especial. Esta Ley deja, a mi juicio, abierta la posibilidad para que se introduzcan criterios que, no siendo estrictamente de naturaleza comercial o de política económica, sí guarden una relación necesaria con los primeros. No establece la delimitación de esas otras materias a tener presente, pero sí categoriza de modo que los criterios no comerciales o que no son de política económica han de tener un papel auxiliar en la decisión, y al solo efecto del otorgamiento de la licencia comercial. El manejo de tales criterios no creo que resulte atentar contra la autonomía local (en la mayor parte de las Comisiones Territoriales de Equipamiento Comercial se integran los representantes locales) mientras que no se trate de suplantar la decisión local que luego habrá de producirse en su ámbito competencial propio. Y, desde la perspectiva práctica, ha de tenerse en consideración los altos costes que implica la formulación de un proyecto de estas características (69).

La complejidad derivada de estas cuestiones permite concluir que la Ley debería haber aprovechado la ocasión para buscar fórmulas de coordinación que permitan, dentro del respeto a las competencias de cada instancia territorial, una mayor rapidez y simplificación en el otorgamiento de las autorizaciones precisas y un abaratamiento de los requisitos exigidos al administrado en la tramitación de la solicitud. Por supuesto, también garantizar el acierto de la decisión adoptada. Estos, creo, son los puntos clave que demandan los sectores afectados.

e) *El carácter discrecional del otorgamiento de la licencia comercial.*

En todo caso, desde la configuración que esta Ley estatal realiza del otorgamiento de las licencias, y siguiendo a T. R. FERNÁNDEZ (70), se trata de actos básicamente discrecionales, si bien esa discrecionalidad decisoria de las autoridades autonómicas puede resultar modulada o reducida por la legislación de las Comunidades Autónomas (71), bien dando carácter vinculante a los informes de las Comisiones Territoriales de Equipamientos Comerciales que prevé el artículo 6 de la Ley, siguiendo la pauta de la Ley catalana de 9 de marzo de 1987, bien a través de la previa aprobación de Planes de equipamientos u otras medidas semejantes, ya que el citado ar-

(69) Siendo así, resulta incluso aconsejable en ocasiones no dejar prosperar una solicitud en sus primeras etapas (en las subsiguientes los costes del proyecto aumentan al irse añadiendo nuevos requisitos a la solicitud) por razones no estrictamente comerciales que puedan ya ser conocidas de antemano. Pues al empresario, en principio, le es indiferente quién tenga la competencia autorizatoria; lo que realmente le preocupa es que si su proyecto no puede finalmente ver la luz, que el coste asumido para la presentación del proyecto sea el mínimo posible.

(70) *Op. cit.*, pág. 231.

(71) No parece, sin embargo, que esa posibilidad se esté cumpliendo. Vid. J. M. TRAYTER, *op. cit.*, pág. 74, que a su vez se remite a M. REBOLLO en la nota 12 de la página citada.

título 6 de la Ley estatal, como se dijo, es una norma de carácter supletorio, salvo en lo que respecta a la exigencia misma de la libertad comercial y a los criterios generales que han de tenerse presentes para su otorgamiento, que puede ser desplazada, en consecuencia, por las Leyes autonómicas.

f) *Algunas consideraciones en torno a las previsiones legales en materia de procedimiento administrativo.*

Un último aspecto que la Ley trata es el de procedimiento administrativo para la obtención de la licencia comercial. O, para ser más precisos, un aspecto que la Ley menciona, pero que no regula. El artículo 7, legislación básica (72), engañosamente titulado *Tramitación de las licencias*, se limita a reiterar lo que ya anuncia el artículo 6.1 —que el otorgamiento de la licencia comercial es una competencia de la Administración autonómica—, sin añadir nada nuevo o distinto. No hay, por tanto, regulación alguna de la tramitación de las solicitudes, lo que representa que, o bien habrá de seguirse la que la normativa autonómica pueda establecer o, en su defecto, la general contemplada en la legislación estatal sobre Procedimiento Administrativo.

Queda así indeterminada inicialmente la cuestión de si la tramitación corresponde a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas o si es posible atribuirla al Ente Local Municipal en cuyo territorio se proyecte la instalación del gran establecimiento comercial. Del mismo modo, no se concretan los requisitos y documentos que se exigirán a los solicitantes de la licencia, ni los plazos que, entre otros muchos aspectos, puedan regir aspectos clave como el de la producción del silencio administrativo. Hay aquí, por tanto, un amplio abanico de posibilidades a la hora de completar esta legislación básica por parte de las Comunidades Autónomas cuyo efecto puede ser una apreciable variedad de regímenes jurídicos diferentes a lo largo y ancho del territorio nacional.

IV. CONCLUSIÓN

Como en casi todas las ocasiones en las que el legislador debe hacer frente a una situación de hecho caracterizada por las fuertes tensiones en-

(72) Disposición Final Unica. Este carácter básico es, cuando menos, discutible. La materia de tramitación es claramente procedimiento administrativo. Y la Constitución, artículo 149.1.18, atribuye al Estado como competencia exclusiva la de la regulación del Procedimiento Administrativo Común. No se trata, pues, de competencia para la aprobación de legislación básica, a diferencia de lo que se establece para la materia del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Vid., en ese sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1993, págs. 445 y ss. Una postura contraria, por la que la materia del Procedimiento Administrativo Común constituye legislación básica del Estado, es la de F. GONZÁLEZ NAVARRO, coautor, junto a J. GONZÁLEZ PÉREZ, de los *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1997, págs. 161 y ss.

tre distintos sectores, las soluciones que la norma aporta no son nunca plenamente satisfactorias para nadie. Siempre algún sector se sentirá más perjudicado o sacrificado que otro en esa difícil búsqueda del equilibrio. Ahondar en estas cuestiones no tiene mucho objeto. Sí que lo tendría, si bien en un análisis no jurídico de la cuestión, valorar hasta qué punto las soluciones dadas son las que realmente resultan adecuadas para la consecución de los grandes objetivos de política económica que hay tras esta Ley, si los sacrificios de unos o la protección de otros tienen en el fondo una justificación suficiente.

Las reflexiones que cabe apuntar tras este estudio son menos pretenciosas. Téngase en cuenta que el objeto del mismo ha quedado acotado a una pequeña parte del articulado de la Ley: la referida al régimen de apertura de grandes establecimientos. Sobre dicho régimen jurídico cabe concluir, en primer lugar, que se trata de un modelo equiparable al que existe en otros países pertenecientes a la Comunidad Europea. Con mayores o menores restricciones, la intervención pública en lo que toca al establecimiento de grandes superficies comerciales está presente en ese ámbito jurídico señalado.

Es, en segundo lugar, un régimen jurídico complejo, fiel reflejo del reparto de competencias entre el Estado y, principalmente, las Comunidades Autónomas. Complejidad que también es consecuencia directa de tratarse de una materia jurídica en la que, a su vez, se integran de modo total o parcial otras materias; no es sólo el comercio minorista y su evidente relación con la legislación mercantil, pues confluye aquí el amplio campo de la ordenación territorial y del urbanismo, por citar lo más significativo. En el haber de la Ley está el intento de dotar de un cierto sentido unitario a un régimen jurídico antes disgregado en numerosas leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas. Pero ese intento no ha sido lo suficientemente intenso, pues es mucho el campo sin abonar aún que queda en manos de esas Comunidades citadas. Estas, en efecto, disponen de un margen de maniobra suficientemente amplio como para que esa homogeneidad mínima pueda verse en peligro. Bien está, desde luego, que las Comunidades Autónomas puedan adaptar ese régimen general a sus necesidades específicas, motivadas por razón de la estructura comercial de que dispongan y de ordenación territorial. Pero el sistema diseñado atribuye amplias competencias discrecionales en la cuestión verdaderamente central de este tema: la de los criterios desde los cuales se autorizará o no la apertura de grandes centros comerciales.

Uno de los aspectos de esta Ley que, a mi juicio, mayores deficiencias presenta es el relativo a las definiciones de establecimiento comercial y grandes establecimientos comerciales. No sólo por cuanto con ello se esté dificultando uno de los objetivos legales, la protección a las pequeñas y medianas empresas comerciales (y sin entrar en el debate de si es justificable o no esa protección), sino por la razón de que bajo un mismo manto se están cubriendo una gran variedad de realidades muy distintas entre sí y para las cuales ha de establecerse un régimen que pueda contemplar sus

peculiaridades propias. El simple dato de la dimensión de un establecimiento no es suficiente para imponer un régimen riguroso de apertura, que es limitativo del derecho a la libertad de empresa. Son otras las razones que pueden legitimar esa limitación, siendo la superficie del establecimiento un simple índice de si tales razones concurren o no en un supuesto dado de hecho. El legislador estatal debería haber sido más preciso en este punto. Y podía haberlo sido, ante el ejemplo de alguna norma autonómica precedente en el tiempo.

Podía, también, haberse aprovechado el momento para introducir mecanismos que, en su conjunto, tendieran a agilizar la tramitación del procedimiento y a coordinar la actividad de las Administraciones autonómica y local en lo referido a la apertura de grandes superficies. Tratándose de actividades económicas de cierta importancia (generación de puestos de trabajo en el sector de la construcción y los que surgen con la puesta en marcha del establecimiento, reactivación económica de la zona en que se implanta, por citar alguno de los fenómenos asociados a la apertura de este tipo de establecimientos), en las que la simple fase de proyección ya implica una inversión considerable, la contrapartida a la intervención pública debería venir dada por una mayor rapidez en la respuesta, de modo que las tardanzas y demoras propias del aparato *burocrático* no representen no ya sólo un perjuicio para quien ha formulado su solicitud de licencia, sino un freno para futuros solicitantes que optan por acudir a lugares en los que no existen tantos obstáculos, con el consiguiente perjuicio que, para una zona o localidad, pueda representar la ausencia de inversión y efectos positivos consecuentes, o la inexistencia de un entramado comercial que cumpla con las necesidades y expectativas de los consumidores.

Esta Ley, en todo caso, es temporal. No en el sentido técnico-jurídico pero sí en su propósito. Este es ayudar a la transformación de una estructura comercial que, tal cual era, posiblemente no fuera la mejor de las posibles para hacer frente a un futuro no muy lejano en el que la competencia de otras empresas de los países miembros de la Comunidad se podrá manifestar con mayor crudeza que hasta el presente. Desde esa premisa, ha de desearse todo el éxito posible a la Ley comentada. Como hay que desear que la misma, la premisa, no sea olvidada por quienes han de desarrollar o aplicar esta normativa. Quizá sea en ese momento en el que puedan suplirse algunas de las deficiencias señaladas.