

JULIO 2009

### Implicaciones para las actividades empresariales y profesionales del actual proceso de liberalización de los servicios

**Blanca Lozano Cutanda**

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

#### 1. Directiva Bolkestein: la segunda ola liberalizadora que llega de la Unión Europea

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre del 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, DS o Directiva de Servicios), pretende dar un paso más en la construcción de un mercado único europeo en el que las personas, los servicios, los capitales y las mercancías puedan circular libremente.

Con ella puede decirse que se inicia una segunda fase en la liberalización económica necesaria para el mercado único. En la primera, aún en curso, se pretende acometer la privatización de actividades económicas que se reservaba la Administración para su prestación como servicios públicos. Los transportes, las telecomunicaciones o la electricidad son algunos de los sectores afectados por este proceso liberalizador.

La segunda ola liberalizadora resulta quizás menos espectacular, pero no por ello tiene menos calado. Lo que se pretende ahora es eliminar los miles de trabas y obstáculos legales y burocráticos que dificultan el acceso a la prestación de servicios en los Estados miembros y entre los Estados miembros.

En realidad, la directiva no introduce ninguna novedad en el plano de los principios, pues el Tratado de la Comunidad Europea consagra, ya desde 1957, tanto la libertad de establecimiento (actual artículo 43) como la libertad de

circulación de servicios (artículo 49). Desde entonces, el Tribunal de Justicia ha ido sentando doctrina sobre la garantía de estas libertades al resolver los procedimientos de infracción o las cuestiones prejudiciales planteadas, con algunos pronunciamientos bien conocidos en nuestro país, como la Sentencia *Comisión contra Reino de España* de 13 de mayo dictada en el conocido como asunto «acción de oro» y la Sentencia *Canal Satélite Digital S. L.*, de 22 de enero del 2002.

Sin embargo, a juicio de las instituciones comunitarias, los avances en estas libertades, tras cuatro décadas del Tratado, se han revelado insuficientes. Así se puso de manifiesto en el Consejo Europeo de marzo del 2000, que diseñó la llamada «Estrategia de Lisboa» dirigida a «convertir la economía europea en la economía más competitiva del mundo»; en aquél se instó a adoptar medidas eficaces para la supresión de los obstáculos a los servicios.

Para ello, la solución por la que se ha optado es la de una directiva única que aborde con un enfoque horizontal la supresión de las distintas barreras que impiden la consecución de un verdadero mercado único de servicios, sin olvidar garantizar un elevado nivel de calidad en su prestación.

El plazo de transposición finaliza el 28 de diciembre del 2009. En España se ha optado por la elaboración de dos normas estatales de transposición, con el carácter

MADRID  
Castellana, 216  
28014 Madrid  
Tel: (34) 91 582 91 00

BARCELONA  
Diagonal, 407 bis  
08015 Barcelona  
Tel: (34) 93 415 74 00

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

MÁLAGA  
Maquis de Lario, 3  
29015 Málaga  
Tel: (34) 952 12 00 51

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

VIGO  
Calín, 36  
36201 Vigo  
Tel: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS  
Avenue Louise, 267  
1050 Bruselas  
Tel: (32) 231 12 28

LONDRES  
Five Kings House  
1 Queen Street Place  
EC4R 1QS - Londres  
28014 Madrid  
Tel: (34) 91 582 91 00

**fundéu**  
CERTIFICADO  
DE CALIDAD  
LINGÜÍSTICA

de legislación básica, que habrán de ser luego completadas y desarrolladas por las comunidades autónomas.

El proyecto de ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios (apodada «Ley Paraguas») ha iniciado ya su tramitación parlamentaria y su objetivo es transponer con carácter general los principios de la Directiva de Servicios.

La aplicación de estos principios a la normativa estatal pretende acometerse mediante el anteproyecto de ley de modificación de diversas leyes (conocida como «Ley Ómnibus») para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que supone la modificación de 46 leyes estatales y, para los establecimientos comerciales, mediante el anteproyecto de ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y otras normas complementarias.

A estas reformas legales en curso habrá que unir las que necesariamente han de acometer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

## **2. Principales reglas sobre servicios que introduce la nueva normativa**

Las iniciativas legislativas estatales en curso para la transposición de la directiva introducen una serie de reglas dirigidas a la liberalización de los servicios que pueden resumirse en un principio general: no caben más restricciones a las reglas del mercado que las que impongan, de manera ineludible, necesidades imperiosas de interés general de carácter extraeconómico.

• *Se prohíbe de forma general el régimen de autorización previa, salvo cuando se justifique por una necesidad imperiosa de interés general reconocida por el TJUE y resulte proporcionado y no discriminatorio.*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha considerado que concurre una «razón imperiosa de interés general» en una serie amplia de supuestos, que abarcan, entre otras cosas, la seguridad y la salud pública, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la protección de los consumidores, la propiedad intelectual o industrial y la lucha contra el fraude.

Por el contrario, el TJUE no permite alegar como razón imperiosa de interés general los objetivos de carácter económico, como, por ejemplo, la «protección de los acreedores y la lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento, ni la defensa tanto de la lealtad de las transacciones comerciales como de la eficacia de los controles tributarios» (Sentencia de 30 de septiembre del 2003, asunto C-167/01).

Cuando concorra una razón imperiosa de interés general, la garantía de sus objetivos deberá realizarse mediante la fórmula menos restrictiva, de tal forma que siempre que resulten suficientes se aplicarán los sistemas de comunicación previa o de declaración responsable del prestador mediante la que manifieste el cumplimiento de los requisitos exigidos. La regulación y aplicación con carácter general de estas figuras es una de las mayores novedades procedimentales de la nueva normativa en curso.

• *Se prohíbe la exigencia de determinados requisitos para acceder a una actividad.* Entre ellos cabe destacar, por las implicaciones que tiene —como veremos— para el sector comercial, «los requisitos de naturaleza económica, en particular los que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos

de programación económica establecidos por la autoridad competente».

Otros requisitos se someten a evaluación previa y sólo se admiten cuando excepcionalmente se justifiquen por una razón imperiosa de interés general. Entre estos últimos se cuentan «la imposición de restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores» o los que reserven el ejercicio de una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad (salvo los exigidos para las profesiones reguladas, que son objeto de una regulación específica por la Directiva 2005/36/CE).

- *Se garantiza la libertad de los prestadores establecidos en cualquier Estado miembro para prestar servicios en territorio español, sin que se les puedan exigir, salvo en casos excepcionales, requisitos tales como obtener una autorización o hacer una declaración ante autoridades españolas. Se excluyen determinados servicios (postal, electricidad, gas natural, aguas, residuos) y ciertas actividades en lo regido por su normativa específica, como el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios o la libre prestación de servicios por los abogados.*

Además de estas reglas dirigidas a la liberalización de los servicios, la nueva normativa postula la agilización y simplificación administrativa; en este sentido destaca lo siguiente:

- *La generalización del silencio administrativo positivo: según la nueva redacción del artículo 43 de la Ley 30/1992 prevista en el anteproyecto de la «Ley Ómnibus», la ley únicamente podrá establecer el carácter negativo del silencio «por causas justificadas de interés general».*

- *La aplicación del principio de ventanilla única: según detalla el proyecto de ley*

sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, los prestadores de servicios deben poder obtener la información y efectuar los trámites para su ejercicio por medios electrónicos y a través de una ventanilla única. Esta prescripción ya ha sido objeto de transposición parcial por parte de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

En las nuevas normas en curso se contienen asimismo medidas dirigidas al refuerzo de las garantías de información y de reclamaciones de los usuarios de los servicios y medidas de cooperación entre los Estados miembros para garantizar una adecuada supervisión de los prestadores de servicios.

### **3. Actividades empresariales y profesionales que resultan más afectadas por la liberalización de los servicios**

Las normas liberalizadoras de la Directiva de Servicios afectan a todos los servicios considerados actividades económicas, en cuanto se prestan a cambio de una contrapartida económica. Se trata por tanto de un concepto residual o «concepto-resto» que explica el carácter horizontal que reviste la directiva.

Se consideran, no obstante, algunas exclusiones expresas dentro de este amplio concepto que recoge el proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y cuya interpretación dista de estar clara en muchos casos. Atendiendo a las razones para su exclusión, estos servicios son: a) los ya regulados por el derecho comunitario derivado de carácter sectorial (servicios financieros, comunicaciones electrónicas, servicios de transporte y portuarios, empresas de trabajo temporal, servicios audiovisuales); b) servicios excluidos por la voluntad política de los Estados miembros de mantenerlos al margen de la DS (juego y loterías, actividades que impliquen el ejercicio de autoridad pública —se

cita expresamente a los notarios y a los registradores de la propiedad y mercantiles— y servicios de seguridad privada); c) determinadas prestaciones de carácter sanitario (servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos) o asistencial (como la vivienda social) en las que se considera que prevalece su contenido social por encima de su valor económico.

En el citado anteproyecto de la «Ley Ómnibus» se introducen modificaciones en determinadas actividades y profesiones que pasamos a exponer, con la advertencia de que se trata un texto sujeto a posibles modificaciones:

a) *Profesiones colegiadas.* Se modifica la Ley sobre Colegios Profesionales para: a) someter expresamente a las profesiones colegiadas, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia (lo que conlleva eliminar restricciones injustificadas a la publicidad de los servicios y prohibir la fijación de baremos orientativos de honorarios); b) suprimir la obligación de comunicar el ejercicio fuera del territorio del colegio de inscripción; c) reconocer la libertad del ejercicio de la profesión en (cualquier) forma societaria (en cuyo caso la sociedad responderá solidariamente de las deudas derivadas del ejercicio profesional) y la posibilidad de crear sociedades multiprofesionales; d) establecer el carácter voluntario de los visados profesionales salvo que lo exijan las leyes; e) limitar el importe de las cuotas de colegiación a los costes derivados de la tramitación de la inscripción; f) exigir a los colegios la presentación de una memoria anual con la información que se detalla.

b) *Actividades industriales.* Se modifica la Ley de Industria para hacer efectiva la libertad para la instalación, ampliación y traslado de actividades, que sólo podrá someterse a declaración responsable o comunicación previa cuando lo establezca la ley y a autorización previa cuando

resulte obligado para el cumplimiento por el Estado de obligaciones derivadas de tratados internacionales.

c) *Empresas relacionadas con los equipos técnicos de seguridad.* La liberalización de estas actividades resulta especialmente acusada en cuanto el anteproyecto prevé su exclusión de la aplicación del estricto régimen de control público que supone la legislación de la seguridad privada, siempre que no incluyan la prestación de servicios de conexión con centrales de alarma y aviso a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

d) *Actividades mineras.* Se suprimen las condiciones para ser titular de derechos mineros impuestas a los Estados y empresas extranjeros y las limitaciones de las empresas mineras para contratar personal de nacionalidad no española establecidas por el título VIII de la Ley de Minas.

e) *Operadores del sector energético.* Se sustituyen los regímenes de autorización por comunicaciones previas de inicio de actividad para: 1) el almacenamiento, mezcla, envasado, transporte y comercialización al por mayor de gases licuados de petróleo; 2) la distribución al por menor de gases licuados de petróleo a granel, lo cual comprende su almacenamiento, mezcla, transporte y comercialización al por menor, pudiendo llevarse a cabo libremente, sin necesidad de comunicación previa, la actividad de suministro a vehículos desde instalaciones fijas (sin perjuicio de las autorizaciones que puedan exigirse a dichas instalaciones por las razones enunciadas en el artículo 6); 3) la comercialización de gas natural.

f) *Actividades de transporte.* Las principales modificaciones introducidas por el anteproyecto en la Ley de Ordenación de los transportes terrestres son: 1) se liberalizan los precios de los transportes discrecionales de viajeros y mercancías y las actividades complementarias y auxiliares

de transporte, suprimiéndose la fijación de tarifas, obligatorias o de referencia, por la Administración (aunque las comunidades autónomas podrán establecerlas, por razón de su competencia, para los transportes que se lleven a cabo íntegramente en su territorio); 2) se suprimen las condiciones impuestas a las estaciones y centros de transporte, que únicamente quedan sujetas a las que por razones de índole urbanística, fiscal, social y laboral o de seguridad ciudadana o vial pueda imponer la legislación reguladora de tales materias; 3) se liberaliza el arrendamiento de vehículos sin conductor, que queda exento de autorización previa y del cumplimiento de los requisitos específicos de la normativa de transporte.

g) *Autoescuelas*. Para los centros de formación de conductores que solamente se dediquen a la formación teórica se sustituye la necesidad de autorización por el sistema de comunicación previa.

h) Los *servicios auxiliares de la Red Ferroviaria de Interés General* se prestarán en régimen de derecho privado sin necesidad de autorización previa de la administración ferroviaria (previa suscripción del correspondiente convenio).

El anteproyecto no aborda una de las cuestiones más relevantes y polémicas de la liberalización de los servicios: *la supresión de autorizaciones para el comercio, en especial en lo que afecta a las grandes superficies*.

La adaptación de la regulación del sector comercial a la Directiva de Servicios se pretende acometer mediante el anteproyecto de ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y otras normas complementarias. La principal novedad de este anteproyecto consiste en que *la instalación de nuevos establecimientos comerciales queda exenta de una licencia comercial específica que responda a razones de índole económica*.

Actualmente, para la apertura de grandes superficies comerciales se requiere, además de la licencia municipal, una autorización que las comunidades autónomas han regulado de forma muy diversa dentro del amplio margen otorgado por la LOCM.

Esta ley precisa en su redacción actual que la licencia debe otorgarse «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». Según las pautas de interpretación de estos criterios que ofrece la ley, el primero parece orientado a la protección de los consumidores y el segundo a la defensa de la libre competencia (para lo que se prevé, además, el requisito del informe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, limitado por la jurisprudencia constitucional —STC 124/2003— a los supuestos en que su instalación pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico).

El alto grado de indeterminación de tales criterios ha permitido, sin embargo, que el régimen concreto para el otorgamiento de las licencias de las leyes autonómicas responda en la mayoría de ellas a una política restrictiva —impulsada por la presión de los pequeños comerciantes— que se basa esencialmente en criterios económicos. En muchos casos el otorgamiento de la licencia para grandes equipamientos comerciales se hace depender de una planificación previa en la que se incluyen como criterios de valoración el balance comercial, entendido como relación entre la oferta y la demanda comercial en una zona determinada, o su impacto sobre la estructura comercial existente (así, entre otros, el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de Cataluña, el Plan de Orientación Comercial de Andalucía y el Modelo Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales de Navarra).

La DS y su norma de transposición en curso prohíben expresamente, como ha quedado expuesto, que se exija una autorización por estos criterios o que se impongan como requisitos para la instalación de establecimientos.

El anteproyecto de reforma de la LOCM dispone por ello, de forma taxativa, que las razones económicas en ningún caso podrán justificar la imposición de un régimen de autorización y que «en ningún caso, podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, entre otros, aquellos que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente».

Con ello no se excluye el llamado «urbanismo comercial», pues el anteproyecto prevé la posibilidad de exigir una autorización para las grandes superficies comerciales con carácter indefinido y siempre que aparezca justificada por «razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medioambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico».

Aunque el anteproyecto no la mencione, también constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar la exigencia de autorizaciones la defensa de la libre competencia, por lo que las autorizaciones podrían responder al criterio de mantener una competencia efectiva que evite abusos de posición dominante e imponer, siempre que resulten proporcionados y no discriminatorios, requisitos tales como una distancia mínima entre establecimientos de la misma empresa

(de especial interés resulta, a este respecto, el informe de la Competition Commission del Reino Unido «*Groceries market investigation. Final report*», de 30 de abril del 2008, disponible en [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2008/538grocery.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/538grocery.htm)).

Por lo que respecta al procedimiento para otorgar las autorizaciones, el anteproyecto lo remite a las comunidades autónomas limitándose a establecer unas reglas básicas dirigidas a la agilización y simplificación administrativas (el plazo máximo de resolución se fija en tres meses y se entenderán otorgadas por silencio positivo una vez transcurrido) y el carácter transmisible de las autorizaciones.

Partiendo de este marco general, corresponde a las comunidades autónomas completar el proceso de adaptación de la normativa sobre establecimientos comerciales a la DS. De no hacerlo así, cuando finalice el plazo para su transposición muchas de sus previsiones tendrían eficacia directa (dado el carácter preciso e incondicional en que están redactadas); el anteproyecto de ley de reforma de la LOCM dispone, cautelosamente, «que las Administraciones Públicas competentes que incumplan lo dispuesto en la ley, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieren derivado».