

GRUPO TRABAJO DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

DOCUMENTO DE CONCLUSIONES SOBRE EL CUESTIONARIO EN RELACIÓN CON EL IMPACTO DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE LAS CONDICIONES DE APERTURA DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

ANTECEDENTES

En fecha 2 de febrero de 2011 se remitió un cuestionario a los integrantes del Grupo con el objetivo de analizar la normativa autonómica que pudiera dificultar la apertura, en concreto, de grandes superficies comerciales, evaluando la necesidad y proporcionalidad de los requisitos exigidos, los procedimientos de autorización y trámites exigibles y prestando especial atención a la interacción entre la normativa urbanística y la apertura de establecimientos, todo ello de cara a valorar la persistencia de posibles restricciones a la competencia.

Se han recibido respuestas de las ocho siguientes autoridades de competencia autonómicas: la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA), el Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SCDC), el Servicio para Defensa de la Competencia de Castilla y León (SDCCYL), la Autoritat Catalana de la Competencia (ACCO), el Consejo Galego do Competencia (CGC), el Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid (TDCM), el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC) y el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (TDCCV).

La Directora de Promoción de la CNC señaló en la última reunión del grupo en Sevilla el pasado mes de abril que se remitiría a todos sus miembros un borrador de conclusiones preliminares de la CNC basadas en las respuestas al cuestionario. Una vez incorporados los comentarios recibidos de los miembros del grupo a dicho borrador, se ha elaborado el presente documento consensuado con todas las autoridades participantes, y al que se podrán adherir todas aquellas autoridades que lo deseen, incluso las que no hubieren participado hasta ahora en este proceso. Este documento será sometido a aprobación en la próxima reunión del Consejo de Defensa de la Competencia a celebrar en Madrid el 5 de septiembre de 2011.

LÍNEAS ARGUMENTALES DE LAS RESPUESTAS RECIBIDAS

Las principales consideraciones de las autoridades de competencia autonómicas mencionadas en respuesta al cuestionario remitido son las siguientes:

Régimen de acceso a la actividad

En general, pervive la exigencia de títulos habilitantes (licencias, autorizaciones) ya sean autonómicos o municipales para poder ejercer la actividad comercial relativa a grandes establecimientos comerciales. La calificación de un establecimiento como tal suele exigir, salvo excepciones, la dedicación del mismo al comercio minorista¹ y una superficie² igual o superior a 2.500m² (así se exige en Andalucía, Cataluña, Galicia, Castilla y León, Canarias y C. Valenciana).

También se suele exigir título habilitante (autorización) por parte de los Ayuntamientos para ejercer la actividad comercial no sedentaria, constatándose no obstante grandes diferencias en la regulación autonómica en cuanto a los plazos de duración³ de estas autorizaciones.

Elementos en que se basa la justificación de exigencia de dicho título habilitante

En general, los ordenamientos autonómicos justifican formalmente el régimen de intervención administrativa en la apertura de grandes de establecimientos comerciales basándose en los siguientes criterios: la integración territorial del establecimiento comercial en la planificación urbanística, su impacto en el medio ambiente que lo rodea, la accesibilidad de los consumidores a dichos equipamientos y su impacto sobre el patrimonio histórico-artístico.

El SDCCYL⁴, por su parte, manifiesta que alguno de los elementos tenidos en cuenta en su regulación autonómica es directamente contrario a las especificaciones de la Directiva de servicios. Así, entre los criterios utilizados para la concesión de la licencia comercial se cuenta el relativo a la repercusión del nuevo establecimiento comercial en los servicios recibidos por los consumidores. Dicha autoridad considera que la imprecisión de este criterio conlleva una aplicación necesariamente poco objetiva del mismo y puede suponer incluso una quiebra del principio de seguridad jurídica y, por ende, de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Salvo excepciones, como en el caso de Canarias, las autoridades autonómicas de competencia señalan que los criterios utilizados por las autoridades comerciales, que

¹ En la C. Valenciana en que se aplica también a los establecimientos de suministro mayorista.

² En Euskadi la superficie se reduce a 700m².

³ En Andalucía la duración de la autorización es de 4 años (prorrogables), en Canarias una duración máxima de 8 años y en Madrid una duración mínima de 15 años. En todos los casos, se justifica esta duración en la necesidad de amortizar las inversiones realizadas por los comerciantes.

⁴ Así se recoge en el informe I-06/10 sobre distribución comercial en Castilla y León, elaborado por dicho Servicio.

son las competentes para valorar la concesión del título habilitante, suelen adolecer de excesiva indeterminación, generan incertidumbre y otorgan demasiada discrecionalidad (Galicia⁵) a las autoridades responsables de su aplicación.

Por otra parte, aunque en la mayoría de los casos se han eliminado los *tests* económicos explícitos, algunas autoridades de competencia autonómicas señalan su pervivencia más o menos encubierta de cara a la concesión de la licencia, en contravención de los principios de la Directiva 2006/123 de servicios y de la normativa nacional que la transpone. Es el caso de la toma en consideración de cuestiones tales como el mantenimiento o ampliación de los espacios comerciales presentes en la ciudad y la integración en el tejido comercial urbano (Andalucía) o la correlación entre el impacto del establecimiento sobre el valor añadido bruto, el empleo y la superficie útil de venta por habitante (Canarias⁶).

Otros elementos normativos que condicionan la apertura de establecimientos comerciales

Algunas autoridades (ACCO⁷, ADCA⁸) han destacado diversas cuestiones conexas al acceso a la actividad comercial que influyen de manera determinante en el ejercicio efectivo de la misma. Entre ellas se encuentra la incorporación en el planeamiento urbanístico de reservas de suelo para usos comerciales y la planificación sectorial comercial.

En relación con el planeamiento urbanístico y las reservas de suelo, la ACCO señala que en su regulación autonómica el papel que se otorga al departamento de comercio excede al de una mera consulta, dado que, a diferencia del informe consultivo que emiten el resto de departamentos implicados en la tramitación, éste tiene carácter vinculante, lo que lo convierte en una barrera de entrada.

⁵ El CGC emitió informe sobre el Anteproyecto de Ley de comercio interior de Galicia. Con posterioridad esta norma se ha convertido en Ley 13/2010 de 17 de diciembre, de comercio interior de Galicia.

⁶ El Servicio Canario de Defensa de la Competencia ha emitido informe sobre el APL de comercio de Canarias en fecha 4 de diciembre de 2008. Con posterioridad esta norma se ha convertido en Ley 12/2009 reguladora de la licencia comercial.

⁷ La ACCO emitió el informe IR 8/2010 sobre el Decreto-Ley 1-2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales. Se adjunta vínculo al informe [general](#) y a las [conclusiones](#).

⁸ La ACCA emitió el informe N 14/09 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifican la Ley 1/1996 de 10 de enero, del comercio interior de Andalucía, la Ley 9/1998 de 25 de noviembre, del comercio ambulante y la Ley 3/1992 de 22 de octubre, de ferias comerciales, para su adaptación a la Directiva de servicios. Se adjunta [vínculo](#) al informe.

En cuanto a la planificación sectorial comercial, que se añade a la urbanística, la ACCO precisa que la regulación autonómica clasifica los establecimientos en función de tres elementos: la superficie útil de venta del establecimiento, su ubicación respecto a la trama urbana consolidada (TUC) y el número de habitantes del municipio. ACCO propone que en esta clasificación sólo se tenga en cuenta la superficie útil de venta, y que se elimine la lista cerrada de establecimientos singulares⁹. Asimismo, propone que los criterios para delimitar la TUC estén definidos de forma clara, concreta y precisa para que esa delimitación pueda ser “automática”, y evitar que este criterio se convierta en una barrera de entrada insalvable; de hecho, ACCO considera que, en ausencia de una modificación de este criterio en ese sentido, el carácter vinculante otorgado por la normativa vigente al informe emitido al respecto por el departamento de comercio no estaría justificado. En cuanto al criterio poblacional, ACCO considera inadecuado que la variedad de la oferta comercial potencial permitida en un municipio sea mayor cuanto mayor sea el número de sus habitantes, porque ello dificulta un funcionamiento eficiente del mercado en los núcleos de población de menor tamaño.

Por su parte, el TDCGV¹⁰ ha señalado la introducción reciente de un nuevo condicionante de la apertura de grandes de establecimientos comerciales con la aprobación de una normativa sobre movilidad, que exige que las nuevas implantaciones comerciales que superen los 10.000m² formulen un plan de movilidad específico que prevea su conexión al sistema de transporte público. Este nuevo requisito amplía evidentemente las responsabilidades a asumir por el promotor del proyecto.

Duplicidad de títulos habilitantes por normativa autonómica y municipal

La duplicidad ese produce frecuentemente por dos razones: por la intervención de las autoridades autonómicas y municipales en la concesión de las autorizaciones y porque, cuando se produce esa doble intervención, ambas autoridades suelen evaluar los proyectos a la luz de los mismos criterios.

⁹ En la normativa catalana (Decreto-ley 1/2009) son aquellos establecimientos comerciales que presentan una serie de particularidades, entre otras, en el ejercicio de la actividad, por la clientela a que se dirigen, por la frecuencia de compra de sus productos, por la vinculación de la actividad al entorno donde se desarrolla, por la necesidad de mayor superficie con respecto a los artículos expuestos y su volumen. Lo son en concreto los establecimientos de venta al por mayor, los establecimientos dedicados esencialmente a la venta de automoción y carburantes, de embarcaciones y otros vehículos, de maquinaria, de materiales para la construcción y artículos de saneamiento y los centros de jardinería y viveros.

¹⁰ ELTDCGV emitió informe sobre el Anteproyecto de Ley de comercio de la Generalitat valenciana en noviembre de 2009. Con posterioridad esta norma se ha convertido en Ley 3/2011 de 23 de marzo, de comercio de la Comunitat Valenciana. Se adjunta [vínculo](#) al informe.

El requisito de doble licencia (municipal y autonómica) se sigue manteniendo en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Sólo en tres de ellas, la C. Madrid, Andalucía¹¹ y Euskadi, se ha suprimido la licencia autonómica y pervive únicamente la licencia municipal, aunque se sigue requiriendo un informe previo de las autoridades autonómicas. Por su parte, en Canarias se ha centralizado la concesión de la licencia en la instancia autonómica, si bien con previo informe municipal sobre la adecuación del establecimiento en cuestión al planeamiento urbanístico local.

En cuanto a los criterios respecto a los que deben pronunciarse, en la mayoría de las Comunidades las autoridades municipales y autonómicas evalúan el impacto de los proyectos desde los mismos puntos de vista: planeamiento urbanístico, impacto medioambiental y accesibilidad por parte de los ciudadanos. Esto plantea además un nuevo problema, que es la generalizada falta de adecuación entre el órgano administrativo competente para otorgar la autorización - es decir, las autoridades de comercio - y las cuestiones sobre las que debe pronunciarse para poder tomar esa decisión, so pena de complicar el proceso consultando a otros órganos de la Administración.

De acuerdo con la información recibida a través de las respuestas al Cuestionario, únicamente las autoridades de competencia de Canarias, Galicia y Euskadi señalan que no existe este segundo riesgo de duplicidad.

Evidencia de efectividad de los regímenes de licencia/autorización para conseguir los objetivos perseguidos

Las autoridades de competencia señalan que, después de quince años de vigencia de estos regímenes, no existen claros indicios de que se haya avanzado en la consecución de su principal objetivo: la protección del pequeño comercio. Los mecanismos de control de oferta que dichos regímenes comportan no han evitado que el comercio denominado tradicional continúe perdiendo cuota de mercado y participación en términos de superficie comercial. Tampoco ha fomentado la puesta en práctica de las reformas de especialización o modernización que pueden permitir una mejor adecuación de la actividad de este pequeño comercio a las preferencias y expectativas de servicio actuales de los consumidores.

Análisis de los efectos negativos que una normativa restrictiva puede tener sobre los consumidores

¹¹ En Andalucía se conocen como Planes de establecimientos comerciales (PEC) y en Euskadi como Planes territoriales sectoriales de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales (PTS).

En general, las autoridades de competencia señalan que no se han realizado estudios de esta naturaleza, y solamente la ACCO y la ADCA han manifestado interés por realizar un análisis de este tipo.

La primera de ellas está trabajando en un estudio que, mediante la comparación de la normativa comercial catalana con las de otras Comunidades Autónomas menos restrictivas, permita verificar la hipótesis de que la regulación comercial ha dado lugar a un crecimiento global de la oferta comercial en Catalunya significativamente inferior al de la demanda, así como a otros efectos no deseables derivados de la regulación.

Por su parte, la ADCA considera que este tipo de estudios debería analizar los efectos de los cambios regulatorios sobre el bienestar de los consumidores. Las variables a tener en cuenta serían, entre otras, la accesibilidad de los consumidores a los establecimientos; las diferencias de precios de los productos dependiendo del formato del establecimiento; los servicios accesorios (parking, cafeterías...) que ofrecen; los horarios comerciales y el número de referencias que ponen a disposición del consumidor.

Efectos de la nueva regulación sobre el número de establecimientos autorizados:

En general, las autoridades de competencia consideran que este análisis podría ser prematuro, porque la fiabilidad de los datos actualmente disponibles está condicionada por dos factores: el escaso tiempo transcurrido desde que entraron en vigor las nuevas normativas autonómicas que transponen los principios de la Directiva 2006/123/CE, y el impacto de la crisis económica, que está contribuyendo a reducir la demanda de solicitudes de autorización de licencias comerciales.

Otros elementos de la intervención administrativa que pueden estar condicionando restrictivamente la competencia en la actividad comercial:

Se citan en especial dos elementos: la regulación del horario comercial y de los periodos de rebajas, y la regulación de la venta no sedentaria.

En relación con los horarios comerciales y los periodos de rebajas, las autoridades de competencia autonómicas consideran que su regulación actual constituye una restricción injustificada a la competencia introducida para favorecer ciertos formatos comerciales, sin que de ello se derive ventaja alguna para los consumidores. La ACCO añade que la regulación administrativa debería limitarse a la determinación de las franjas horarias en las que estaría prohibida la apertura de los grandes establecimientos por causas relativas a la seguridad pública, la contaminación acústica y la limpieza de calles, de forma que la posibilidad de apertura fuera de esas franjas permitiera que los horarios comerciales constituyan un factor adicional de competencia. El CGC, por su parte, señala que esta restricción, además de injustificada, es ineficaz ya que la experiencia muestra que los pequeños establecimientos comerciales no

aprovechan en su mayoría la ventaja competitiva que supone el disponer de una mayor libertad horaria que las grandes superficies. Asimismo, y a modo de comentario general, el CGC destaca que, en relación con los establecimientos comerciales, la regulación aprobada ha intentado que la demanda se ajuste a la oferta, en vez de que la oferta se ajuste a la demanda, lo que resta competitividad al sistema y beneficia a los operadores ya implantados, sin que la competencia pueda jugar su papel reasignación adecuada de los recursos.

Por lo que se refiere al segundo elemento, la venta no sedentaria, la autoridad canaria señala el efecto restrictivo a la entrada de operadores que introduce el vigente régimen de autorizaciones exigido para el ejercicio de esta actividad. Si bien la regulación es autonómica, la autorización, concedida por los municipios, suele otorgarse para periodos de tiempo que difieren sensiblemente de unas Comunidades a otras, de forma que, en la práctica, la importancia de las barreras de entrada que suponen estas autorizaciones es mayor cuanto más prolongado sea el plazo de duración de las mismas, sin que, por otra parte, exista justificación aparente de esas diferencias. En la respuesta enviada por la autoridad canaria se señala que este periodo varía de cuatro años, en Andalucía, a quince en Madrid, comparados con los 8 años de Canarias.

CONCLUSIONES

La regulación que se ha venido aplicando hasta la aprobación de la Directiva 2006/123/CE de servicios ha tenido como principal objetivo la defensa del establecimiento comercial de pequeño tamaño. Sin embargo, dicha defensa ha sido en general infructuosa, como pone de manifiesto la continua disminución de la superficie ocupada por este formato comercial frente al aumento de la correspondiente a formatos medianos y grandes.

- A) La regulación mediante la que se han transpuesto a la normativa autonómica los principios recogidos en la Directiva 2006/123/CE continúa recogiendo restricciones injustificadas a la competencia que afectan a la apertura de grandes establecimientos comerciales, entre los que se encuentran:
- La exigencia de un título habilitante (licencia, autorización) para la apertura de estos establecimientos en condiciones que en ciertos casos no se adecúan a los requisitos de la Directiva, ya que ni se explicitan las razones por las que esta exigencia sería necesaria para conseguir los objetivos de interés general que supuestamente la justifican, ni se demuestra la proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia de esta manera de alcanzarlos.
 - La definición de los criterios establecidos para la concesión de licencias y autorizaciones es, en líneas generales, excesivamente vaga e indeterminada, lo que genera incertidumbre en los operadores y otorga

excesiva discrecionalidad a las autoridades competentes para interpretarlos.

- El mantenimiento de una innecesaria duplicidad de procedimientos administrativos como consecuencia de la exigencia de pronunciamientos de las autoridades autonómicas y municipales, a pesar de que en ambos casos los criterios a tener en cuenta para la concesión del título habilitante suelen ser idénticos (integración territorial, impacto urbanístico y medioambiental). Se han producido ciertos avances en algunas Comunidades, con la sustitución de la doble licencia por una licencia única, pero la pervivencia en estos casos del requisito de un informe previo de la otra Administración continúa entorpeciendo injustificadamente el procedimiento administrativo.
 - Para conceder estos títulos habilitantes, la variedad de criterios que deben tener en cuenta las autoridades comerciales hace que su tramitación sea innecesariamente compleja y potencialmente ineficaz. La evaluación del impacto del establecimiento comercial proyectado sobre el medio ambiente que le rodea o sobre el patrimonio histórico-artístico o su adecuación urbanística, requieren unos conocimientos de los que generalmente carecen las autoridades comerciales, lo que obliga o bien a la participación en el proceso de las autoridades administrativas competentes en esas materias, aumentando así el riesgo de introducir nuevos obstáculos al proyecto, o bien a una falta de adecuación del órgano administrativo competente (autoridad comercial) respecto a las cuestiones sobre las que debe pronunciarse (urbanismo, medio ambiente...).
 - A pesar de su eliminación en buena parte de los casos, la utilización de *tests* económicos más o menos encubiertos de cara a la concesión de los títulos habilitantes para la apertura de grandes establecimientos comerciales se mantiene en aspectos tales como la toma en consideración de la repercusión del establecimiento sobre los servicios recibidos por los consumidores y la superficie útil de venta por habitante. En definitiva, en estos casos se supedita la concesión a indicios de existencia de una necesidad económica o de una demanda efectiva en el mercado, circunstancias ambas prohibidas por la Directiva 2006/123/CE.
- B) Otros elementos que condicionan restrictivamente la implantación de nuevos equipamientos comerciales son la incorporación en el planeamiento urbanístico de reservas de suelo para usos comerciales, así como la determinación en la propia planificación sectorial comercial de una tipología de clasificación de los establecimientos comerciales basada en criterios tales como su integración en la trama urbana consolidada y el número de habitantes del municipio correspondiente.

- C) El régimen jurídico de horarios comerciales y periodos de rebajas mantiene las limitaciones tradicionales, constatándose que los establecimientos comerciales de tamaño más pequeño, en general, no aprovechan la ventaja competitiva que puede suponer el disponer de una mayor libertad horaria que las grandes superficies, lo que hace que esta regulación sea, además de injustificada, ineficaz.
- D) Las iniciativas para analizar el impacto de las medidas adoptadas sobre el bienestar de los consumidores han sido escasas, como consecuencia en parte del escaso periodo de tiempo transcurrido desde la transposición de la normativa autonómica a la Directiva 2006/123/CE, así como de la dificultad de depurar el efecto de un factor exógeno tan relevante como la crisis económica que estamos atravesando en los últimos años. No obstante, algunas autoridades autonómicas (ACCO, ADCA) han planteado la posibilidad de realizar estudios al respecto, estudios que podrían realizarse dentro de este grupo de trabajo.

RECOMENDACIONES

- La constatación de la persistencia generalizada de estas restricciones a la competencia pone de manifiesto la necesidad de que las autoridades autonómicas de competencia realicen una efectiva labor de identificación, seguimiento y control de las mismas.
- La eficacia de esta tarea debe reforzarse mediante actividades de promoción de la competencia dirigidas a poner en conocimiento de las autoridades autonómicas y municipales regulatorias competentes el contenido y alcance de estas restricciones, y a proponer, en su caso, las modificaciones normativas que se consideren necesarias para eliminarlas.
- La actuación anterior debería complementarse con la realización de estudios que analicen los efectos negativos que una regulación restrictiva de los grandes establecimientos comerciales puede provocar, a pesar de las razones coyunturales que dificultan su puesta en práctica. En particular, sería conveniente evaluar el efecto de esta normativa sobre los precios de los productos, la variedad de la oferta, el crecimiento global de la oferta en relación al crecimiento de la demanda, el valor de mercado de las licencias en los procesos de concentración empresarial, la accesibilidad a los establecimientos y la adecuación de las condiciones de la prestación de estos servicios comerciales a las necesidades y preferencias de los consumidores.
- La reciente jurisprudencia comunitaria (Sentencia 24 marzo 2011 asunto C-400/08) declarando ilegales preceptos de la regulación comercial española estatal y autonómica, viene a poner de manifiesto la importancia de que si dicha labor proactiva no ofrece resultados en un plazo razonable, se valore

oportunamente la puesta en conocimiento de las instancias comunitarias de los obstáculos detectados a los efectos oportunos.