



## Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias

**Eduardo Estrada Alonso**

*Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo,  
Codirector de la Cátedra Ramón Areces de Distribución Comercial,  
Doctor en Derecho, Abogado del Ilustre Colegio de Oviedo*

**Raúl I. Rodríguez Magdaleno**

*Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo, Doctor en Derecho*

**Ignacio Fernández Chacón**

*Abogado del Ilustre Colegio de Oviedo, Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo*



CÁTEDRA FUNDACIÓN RAMÓN ARECES  
DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL  
<http://catedrafundacionarecesdc.uniovi.es>



# COLECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL

## TÍTULOS PUBLICADOS

**Conflicto de intereses y comisión mercantil**, *Elena Leñena Mendizábal* (2009).

**El acceso a la condición de socio en la sociedad cooperativa de trabajo asociado**, *Pedro J. Lassaletta García* (2010).

**El contrato de permuta comercial (BARTER)**, *José Antonio Vega Vega* (2011).

**Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias**, *Eduardo Estrada Alonso, Raúl I. Rodríguez Magdaleno, Ignacio Fernández Chacón* (2011).

## COLECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL

*Consejo Asesor*

ANTONIO MILLÁN GARRIDO

Catedrático (E.U.) de Derecho mercantil  
Universidad de Cádiz

ANTONIO TAPIA HERMIDA

Profesor titular de Derecho mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ

Profesor titular de Derecho mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA

Catedrático de Derecho mercantil  
Universidad de Extremadura

# APERTURA DE GRANDES SUPERFICIES COMERCIALES Y LIBERTADES COMUNITARIAS

Eduardo Estrada Alonso

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo,  
Codirector de la Cátedra Ramón Areces de Distribución Comercial,  
Doctor en Derecho, Abogado del Ilustre Colegio de Oviedo

Raúl I. Rodríguez Magdaleno

Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones  
Internacionales de la Universidad de Oviedo, Doctor en Derecho

Ignacio Fernández Chacón

Abogado del Ilustre Colegio de Oviedo, Licenciado en Derecho  
por la Universidad de Oviedo



CÁTEDRA FUNDACIÓN RAMÓN ARECES  
DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL  
<http://catedrafundacionarecesdc.uniovi.es>



Madrid, 2011

© Editorial Reus, S. A.  
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid  
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
E-mail: reus@editorialreus.es  
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2011)  
ISBN: 978-84-290-1659-8  
Depósito Legal: Z. 1449-11  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.  
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

## INTRODUCCIÓN

La presente obra tiene como finalidad abordar la problemática que en el sector de la distribución comercial se ha venido dando en nuestro país, como consecuencia del fenómeno que, tradicionalmente, se ha denominado como urbanismo comercial. Jurídicamente dicho fenómeno se ha materializado fundamentalmente a través de las licencias comerciales específicas de concesión autonómica que toda gran superficie comercial se veía obligada a obtener. Licencias que fueron implantadas en todo el territorio nacional tras su configuración en el ya derogado Artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Se trata de un fenómeno que ha sido ampliamente estudiado en la doctrina, si bien, a nuestro juicio, siempre desde la óptica predominantemente interna o estatal, orillando la incidencia que la integración europea ha tenido y tiene en esta materia.

La complejidad que presentan los problemas que se suscitan a raíz de la normativa existente en nuestro país referente a la libertad de establecimiento comercial hace que resulte harto complicado abordar todos y cada uno de ellos con el debido grado de precisión y detenimiento. En efecto, el estudio del mal llamado urbanismo comercial español obliga a tratar temas asaz complejos y ampliamente estudiados por la doctrina en distintos ámbitos, tales como la naturaleza jurídica de las licencias administrativas, el modelo económico establecido por la Constitución española, los caracteres de los derechos fundamentales y sus consecuencias o la desviación de poder en la técnica legislativa. Por razones obvias, el estudio de estas y otras cuestiones jurídicas se aborda en esta obra desde un punto de vista instrumental, siempre guiado por la finalidad que, desde el momento mismo en que empezamos a escribir, ha presidido nuestro estu-

dio: enjuiciar críticamente y cuestionar jurídicamente la normativa española que durante casi 30 años ha venido lastrando la libertad de empresa y establecimiento de las grandes compañías dedicadas al sector de la distribución comercial.

Incardinar el estudio de todas estas cuestiones en el plano estatal ha supuesto la imposibilidad, por parte de cuantos autores han abordado esta problemática, de llegar a soluciones uniformes, que fuesen capaces de arrojar bastante claridad y seguridad jurídica que los operadores económicos se merecen en el seno de nuestro actual mercado. Claridad y seguridad que no son sino el paradigma del Estado de derecho moderno y que tienen su plasmación en el Artículo 9.3 de la Constitución española. Como se expondrá a lo largo de esta obra, durante mucho tiempo las grandes empresas del sector de la distribución comercial se han visto privadas de la posibilidad de ejercer su legítimo derecho a la libertad de empresa, ante la caprichosa voluntad proteccionista del legislador español, estatal y autonómico, que las ha considerado una amenaza al sistema económico.

Afortunadamente para nosotros, mientras en el plano interno nos hemos movido en un terreno plagado de claroscuros e indefinición, en el ámbito comunitario, y por vía de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, la práctica totalidad de los problemas planteados han sido resueltos. Y lo han sido bien por vía de la interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien mediante normas específicas, como ha sido el caso de la Directiva «*Bolkestein*».

Es en ese ordenamiento comunitario en el que, de forma prioritaria, hemos buscado la guía para abordar la problemática planteada por la normativa de nuestro país, sin que por ello hallamos prescindido totalmente del plano interno. En todo caso es obvio que nuestros esfuerzos al hilo de esta temática se han centrado en intentar reformular, de la forma más satisfactoria posible, instituciones jurídicas que nuestro ordenamiento y nuestros Tribunales han venido configurando e interpretando de forma insatisfactoria y, a veces, incongruente. Tal es el caso de la libertad de empresa consagrada en el Artículo 38 de nuestra Carta magna o de las posibilidades de intervención en el mercado del denominado derecho administrativo económico.

Sin embargo, y al margen de cuantos problemas de índole jurídica se plantean, a nuestro juicio, el análisis de la normativa española en el ámbito económico de los últimos años, así como de las propias reflexiones que en el plano doctrinal se han hecho en nuestro país, pone de manifiesto como el verdadero talón de Aquiles se encuentra en los aspectos ideológico y

político<sup>1</sup>. Las tensiones derivadas de la confrontación entre quienes postulan un modelo económico neoliberal (como el que guió la elaboración de la propia Directiva «*Bolkestein*») y quienes son partidarios de un Estado fuertemente intervencionista en el plano económico devienen inevitables al abordar dicha problemática, máxime cuando la propia transformación del Estado de Derecho en un Estado social y democrático añade más leña al fuego.

Confiamos en que nuestro estudio y enfoque al respecto contribuya, en la medida de lo posible, a clarificar, aunque sea de forma nimia, la indeterminación en que nos hemos movido hasta el momento. Y ello aunque no debamos perder de vista las dificultades que en el futuro seguirán planteándose en España en relación a este tema, fundamentalmente debido a la descentralización de poder que el Estado autonómico ha supuesto en nuestro país.

Ante tantos frentes, la mejor manera de representar la problemática comercial, se nos antoja como ese cubo de *Rubic*, que parece un juego de niños y que consiste en hacer rotar cubiletos de distintos colores, para conseguir que las seis caras del cubo coincidan cada una con un color diferente. Es posible que la Directiva «*Bolkestein*» acabe por hacer imposible que coincidan todas las caras del mismo color sin destornillar el cubo o convertirlo en un polígono con más caras que el cubo.

Quizás, y aunque no sea una obra como ésta el lugar idóneo para hacer semejante reflexión, el problema de la normativa española referente al urbanismo comercial, al igual que muchos otros, tenga su causa primigenia en la intelección del Estado autonómico. Lo cierto es que no podemos resistirnos a esbozar, aunque sea de forma somera, la incongruencia que nuestro modelo autonómico supone desde el momento mismo en que es puesto en relación con los procesos de integración y globalización económica. Y es que, mientras por una parte aspiramos a lograr la construcción definitiva de un mercado único europeo, que nos permita ser y operar de forma competitiva en los actuales mercados internacionales, por otra, en el plano estatal, asistimos, de forma cada vez más acusada, a un proceso contrario desde el punto de vista lógico, cual es la revitalización de los

---

<sup>1</sup> Idea señalada por autores como Tomás Ramón Fernández en su artículo «*Reflexiones constitucionales sobre la libertad de empresa*», cuando señala que la Constitución española es en su totalidad fruto de un consenso entre fuerzas políticas muy dispares, acuerdo que se sustentó sobre la base de múltiples y a veces oscuras concesiones mutuas. Equilibrio que sería particularmente sutil en el ámbito de la parte a la cual la doctrina conviene en denominar Constitución económica.

movimientos nacionalistas, localistas, y en definitiva infraestatales, con las respectivas consecuencias que ello implica para quienes pretenden operar en dicho ámbito. La conjunción de ambos procesos resulta extremadamente compleja, por no decir imposible, y ello no debe ser perdido de vista a la hora de valorar y enjuiciar la oportunidad y el acierto o desacierto de una normativa como la aquí estudiada.



# CAPÍTULO I

## LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN ESPAÑA

### I. UNA REGULACIÓN A VARIOS NIVELES Y AGENTES: LA UNIÓN EUROPEA, EL ESTADO CENTRAL Y LAS COMUNI- DADES AUTÓNOMAS

España es sin lugar a dudas un Estado, desde el punto de vista de su organización territorial y política, complejo. La Constitución española ha estructurado el Estado en diferentes niveles caracterizados por diferentes grados de autonomía política y administrativa, engendrando una administración abigarrada en la que confluyen diferentes tipos de entes con diversas competencias. Esta misma complejidad afecta, en diferentes medidas, a los distintos poderes del Estado y, hasta donde a nosotros nos interesa, de manera decisiva al poder legislativo. En este sentido, debe recordarse que la distribución comercial es una actividad que comprende diversas operaciones propias del tráfico jurídico y, por tanto, diferentes ramas del Derecho y diferentes competencias legislativas que, confluyendo en torno a la materia con mayor o menor incidencia, se entrelazan para regular diferentes aspectos de la misma.

Esta complejidad jurídico-política propia de España se ha incrementado por efecto del proceso de integración europea. En efecto, sin entrar en cuestiones doctrinales sobre el carácter federal o no de la Unión Europea<sup>2</sup>,

---

<sup>2</sup> Puede verse al efecto la síntesis que de este tema realiza JACQUÉ, J. P., «*Droit institutionnel de l'Union Européenne*», 5ª ed., Dalloz, París, 2009, pp. 44-109, por supuesto, sin ánimo exhaustivo y con el fin de ilustrar al lector.

debe afirmarse que las relaciones entre la Unión y los Estados miembros afectan a casi todos los ámbitos del tráfico jurídico y tienen una acción decisiva sobre el ordenamiento jurídico español, como pusiera de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Acta y el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas:

*«Puede decirse que en virtud de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas las Comunidades adquieren ciertas funciones ejecutivas, legislativas y judiciales que sin duda derivan de la Constitución.*

*En cuanto a las funciones ejecutivas y legislativas, lo característico de determinadas decisiones y normas comunitarias es su aplicabilidad directa en el ordenamiento interno de los Estados miembros.*

[...]

*En suma, cabe decir que las Instituciones comunitarias no sólo ejecutan directamente ciertos aspectos del Derecho comunitario, sin necesidad de intervención de la autoridades nacionales, sino que también gozan de una potestad normativa que ejercen con una libertad de acción comparable a la de los órganos legislativos nacionales, y cuyo ejercicio se refleja directa e inmediatamente en los ordenamientos internos de los países miembros.*

[...]

*En materia jurisdiccional hay que mencionar la existencia del llamado recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...<sup>3</sup>».*

Desde el momento de la adhesión de España, hasta hoy, las Comunidades y la Unión han experimentado un progresivo incremento material de sus competencias<sup>4</sup> que ha provocado, a su vez, un aumento significativo de la normativa comunitaria, lo que ha tenido un efecto fundamental sobre el ejercicio de las potestades públicas de los Estados miembros. Por una parte, la ejecución de la normativa comunitaria directamente aplicable a los particulares ha correspondido, en su mayor parte, a las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales<sup>5</sup>. Por otra parte, las instancias legislativas de

---

<sup>3</sup> Dictamen número 47-939, del Consejo de Estado, de 13 de junio de 1985, tomado de GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *«Materiales de Práctica de Derecho Internacional Público»*, 2ª ed., Tecnos Madrid, 2002, pp. 173-175, en concreto p. 174.

<sup>4</sup> Puede verse al respecto HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *«El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>5</sup> Véase la obra colectiva *«Compliance and Enforcement of European Community Law»* (Vervaele, J. A. E. ed.), Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 1999; así como JENSEN, M. V., *«Exécution du droit communautaire par les États membres. Méthode communautaire et nouvelles formes de gouvernance»*, LGDJ, París, 2007; y JORDA, J., *«Le pouvoir exécutif de l'Union Européenne»*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2001.

los Estados miembros han debido intervenir en dos sentidos en la ejecución del Derecho de la Unión, ora desarrollando la normativa comunitaria, ora removiendo los obstáculos legislativos para su aplicación<sup>6</sup>.

Estas características del ordenamiento español y del proceso de integración deben entrelazarse, resultando de esta operación que estamos ante una regulación muy trabada en la que a los diferentes legisladores españoles, tanto autonómicos como centrales<sup>7</sup>, les corresponde bien desarrollar las normas comunitarias, bien remover los obstáculos a la aplicación de las mismas<sup>8</sup>. Por lo tanto, aunque es cierto que la Constitución no ha sido reformada por la vía del artículo 93<sup>9</sup>, debe admitirse que el Derecho de la Unión ha fijado una serie de límites inquebrantables para los legisladores nacionales, Estado y Comunidades Autónomas, articulado en último término sobre los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Véase BAACH, F., «*Parlamentarische Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Union*», Mohr, Siebeck, Tübinga, 2008; DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M., «*La función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea*», Cuadernos de Derecho Público, 2001, pp. 45-84; KIIVER, Ph., «*The National Parliaments in the European Union. A Critical View on EU Constitution-Building*», Kluwer, La Haya, 2006; DE LANDE, R., «*General aspects of the Horizontalization of Law Enforcement in a European Perspective*», en «*Compliance and Enforcement of European Community Law*» (Betlem, G., de Lange, R., Veldman, A. G., eds.), Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 1999, pp. 35-69; MASSART-PIERARD, F., «*La participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne: "problem solving" ou nouvelle zone d'incertitude? Une mise en perspective*», *Annales d'Études européennes de l'Université catholique de Louvain. La Déclaration de Laeken... et après?*, Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 27-73; SLEATH, W., «*The Role of National Parliaments in European Affairs*», en *Genèse et destinée de la Constitution européenne* (Amato, G., Bribosia H., y De Witte, B., eds.), Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 545-564; VADAMME, T. A. J. A., «*The Invalid Directive. The Legal Authority of a Union Act Requiring Domestic Law Making*», Europa law Publishing, Gronningen, Amsterdam, 2005, en concreto, pp. 114-119.

<sup>7</sup> ALBERTÍ ROVIRA, E., «*Los parlamentos regionales en la Unión Europea*», en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea* (García de Enterría, E., Dir.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 351-364; ROIG MOLÉS, E., «*Participación en el proceso decisorio europeo: regiones y parlamentos nacionales*», en *El reto constitucional de Europa* (Vidal-Beneyto, J., coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 335-353.

<sup>8</sup> Véase JACQUÉ, J. P., «*Droit institutionnel de l'Union Européenne*», 5ª ed., Dalloz, París 2009, 567-616.

<sup>9</sup> LÓPEZ CASTILLO, A., «*Constitución e integración*», CEPC, Madrid, 1996; MARTÍNEZ SIERRA, J. M., «*La recepción Constitucional del Derecho comunitario*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>10</sup> Véase NETTESHEIN, M., «*El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario de la Unión*», *REDE*, 2003, pp. 279-289; PERNICE, I., «*Derecho Constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros*», *REDE*, 2003, pp. 601-639.

Llegamos de esta forma a una situación en la que una materia como la actividad empresarial, en general, o la distribución comercial, en particular, se ven afectadas por las disposiciones contenidas en diversas fuentes. En primer lugar, las comunitarias, comenzando por las disposiciones de los Tratados de la Unión Europea que afectan a la actividad empresarial, como por ejemplo las libertades de circulación de bienes y servicios y la libertad de establecimiento, que, como el Tribunal de Justicia ha afirmado, cubren cualquier actividad económica; así como la política de defensa de la competencia o la de protección de los consumidores. Estas políticas de la Unión y las libertades de circulación de bienes, servicios y establecimiento, son a su vez desarrolladas por reglamentos, directivas y decisiones. Recordemos aquí que tanto las disposiciones de los Tratados como las del Derecho derivado gozan de primacía y de efecto directo (cuando lo permitan las cualidades de la norma), por lo que su contenido va a vincular a las autoridades de los Estados miembros, con independencia del poder del Estado al que pertenezcan.

En segundo lugar, debemos contar las disposiciones provenientes de las instancias nacionales, las cuales en el caso español pueden corresponder a las Comunidades Autónomas o bien al Estado central, siguiendo siempre el reparto de competencias establecido en los artículos 148 y 149 de la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. De esta forma, nos encontramos con que el Estado puede afectar a la distribución comercial bajo sus títulos competenciales en materia de legislación mercantil, 149.1.6<sup>a</sup>, bajo su competencia de coordinación de la planificación general de la actividad económica, etc.; mientras que las Comunidades Autónomas pueden actuar conforme a sus títulos de ejecución, desarrollo o normación en materias como la ordenación del comercio interior, la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, medio ambiente, etc.

Este panorama de legisladores nos pone ante el hecho de que la distribución comercial se encuentra regulada por las normas comunitarias en sus diferentes niveles y por normas nacionales provenientes del Estado y las Comunidades Autónomas, relacionándose todas ellas, de forma sintética, de la siguiente manera: en primer lugar, se aplicarán las normas comunitarias, por efecto del principio de primacía; después las normas nacionales, siempre limitadas por el contenido de las comunitarias, sin que

---

Algunos se ha referido a la existencia de un constitucionalismo europeo «multinivel», véase CARROZZA, P., «El “*multilevel constitutionalism*” y el sistema de fuentes del derecho», *REDE*, 2006, pp. 341-366; DONNELLY, C., «Administrative Law and Multi-Level Administration: An EU and US Comparison», *CYELS*, 2008-2009, pp. 211-246.

quepa posibilidad de aplicar las nacionales cuando haya conflicto de éstas con las normas de la Unión. Las normas nacionales, a su vez y superado el filtro del respeto de la primacía del Derecho de la Unión, deben articularse según los criterios establecidos en la propia Constitución española, tanto territoriales, como competenciales.

Siguiendo esta exposición, creemos haber esbozado a los efectos de nuestro estudio el complejo marco en el que se mueve la distribución comercial como actividad empresarial que queda afectada por el Derecho de la Unión, por el Derecho proveniente del Estado y, cómo no, parcialmente por el Derecho de las Comunidades Autónoma, articulado todo ello mediante el principio de primacía.

## **II. EL MARCO GENERAL DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Determinar los elementos del Derecho de la Unión Europea que pueden afectar a la distribución comercial es prácticamente imposible, dado que esta actividad queda delimitada por una vasta variedad de normas que incluyen desde los objetivos de la Unión<sup>11</sup>, hasta la política de transportes, la de medio ambiente, etc. A los efectos de nuestro estudio, teniendo en cuenta que pretendemos analizar los límites impuestos a la distribución comercial relacionados con la apertura de nuevos establecimientos, en concreto las licencias administrativas a las que hasta hoy día se hallaba sometida esta actividad, pretendemos valernos del Derecho de la Unión Europea no tanto con el fin de compendiar y sistematizar las normas comunitarias que afectan a esta actividad comercial, sino como límite absoluto impuesto a las autoridades nacionales a la hora de abordar esta rama de la actividad empresarial. Por este motivo, pretendemos exponer cómo la distribución comercial se incardina plenamente en las libertades fundamentales comunitarias y la manera en que éstas son el canon de aplicabilidad de las normas nacionales relativas a las licencias impuestas por las diferentes administraciones, es decir: pretendemos desarrollar un estudio sobre como el efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión, más en concreto, de las libertades fundamentales de circulación de bienes y servicios, y la libertad de establecimiento se erigen en el

---

<sup>11</sup> Véase FALLON, M., «*Droit matériel général de l'Union Européenne*», 2ª ed., Bruylant, Bruselas, 2002, por relacionar los mismos con estos diferentes sectores del ordenamiento.

marco fundamental que delimita la acción del legislador y cómo pueden ser invocados por los particulares dedicados a la distribución comercial, convirtiéndose en el canon de aplicabilidad de la normativa nacional que regula este tipo de licencias de apertura o específicas (la llamada segunda licencia). La consecuencia es la propia del Derecho comunitario, como recuerdan ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, GONZÁLEZ VEGA y FERNÁNDEZ PÉREZ<sup>12</sup>: «*El principio de primacía implica la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno en caso de conflicto*».

Por tanto, no podemos dar una descripción o efectuar un elenco de la normativa comunitaria que afecta a este tipo de actividades, aunque claro está, puedan mencionarse ciertas normas de desarrollo de los Tratados constitutivos ineludibles, como la Directiva «*Bolkestein*», 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12-12-2006, que más adelante veremos, o las normas comunitarias que regulan la profesión de abogado, tan controvertida en la Unión. Por el contrario, lo que podemos y debemos hacer es encuadrar este tipo de actividad en el marco de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento y, empleándolas como marco general, aproximarnos a las limitaciones impuestas en las licencias reguladas por la legislación española, estatal y autonómica, puesto que pese al tiempo transcurrido, desde la aprobación del Tratado, siguen sin alcanzarse los anhelos de componer un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios<sup>13</sup>. Ideal que aún dista mucho de alcanzarse, y no sólo en el ámbito de la Comunidad Europea, sino en el propio ámbito interno de cada Estado miembro<sup>14</sup>.

La relación entre ambas libertades se ha caracterizado por considerarse la libertad de servicios, del artículo 56 y siguientes del TFUE, como una libertad residual que se definía por operar cuando no lo hacía ninguna de las otras libertades, es decir, las actividades que no encajaban en la libertad de establecimiento o la libertad de circulación de trabajadores se

---

<sup>12</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J., y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «*Introducción al Derecho de la Unión Europea*», 2ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 460.

<sup>13</sup> El Reglamento CE 1/2003 considera ya alcanzado el objetivo del Libro Blanco de 1999 sobre la integración de los mercados nacionales en un único espacio económico

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional español en Sentencias de 14 de febrero de 1991 y 22 de marzo de 1992, no ha dudado en aceptar la primacía del Derecho Comunitario, incluso frente a ley nacional posterior, debiendo el Juez nacional dejar inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, sin que haya de solicitar o esperar la plena eliminación de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN ESPAÑA</b> .....	9
<b>I. Una regulación a varios niveles y agentes: la Unión Europea, el Estado central y las Comunidades Autónomas</b> .....	9
<b>II. El marco general de la distribución comercial en el Derecho de la Unión Europea</b> .....	13
<b>III. Marco de la distribución comercial en la normativa nacional: la libertad de empresa del artículo 38 CE</b> .....	17
3.1. Planteamiento inicial.....	17
3.2. El origen de la libertad de empresa y su evolución.....	19
3.3. Vertientes del derecho a la libertad de empresa: derecho subjetivo, derecho objetivo y garantía institucional.....	21
3.4. Contenido esencial del derecho a la libertad de empresa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	27
3.5. Formulación doctrinal del contenido esencial de la libertad de empresa.....	31
3.6. Libertad de empresa y Derecho de la Unión Europea. Primacía de la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el ordenamiento español.....	37
<b>IV. Los principales hitos normativos en nuestro país: el mal llamado urbanismo comercial</b> .....	44
4.1. Orígenes del Urbanismo Comercial en Derecho Comparado. En especial el caso de Francia.....	44
4.2. La progresiva implantación en España del denominado Urbanismo Comercial.....	48
4.3. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista del año 1996 y la verdadera razón de ser del Urbanismo Comercial español.....	50
4.4. El nuevo escenario normativo tras la entrada en vigor de la Directiva « <i>Bolkestein</i> ».....	56

<b>CAPÍTULO II. LOS LÍMITES DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN ESPAÑA .....</b>	<b>87</b>
<b>I. Los límites generales a la libertad de establecimiento previstos por el Derecho de la Unión Europea .....</b>	<b>87</b>
<b>II. Los límites impuestos por la normativa nacional: la licencia específica .....</b>	<b>102</b>
2.1. El artículo 6 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista. La licencia comercial específica autonómica .....	102
2.2. La licencia municipal de apertura.....	107
2.3. La normativa medioambiental como límite a la libertad de emplazamiento comunitaria .....	118
2.4. La protección de los consumidores y la defensa de la competencia como falsos límites en la normativa española a la libertad de establecimiento .....	127
<b>CAPÍTULO III. LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LAS LICENCIAS COMERCIALES.....</b>	<b>133</b>
<b>I. Problemas propios del Derecho de la Unión europea .....</b>	<b>133</b>
1.1. Los límites de las libertades de prestación de servicios y establecimiento en la práctica de los Estados.....	133
1.2. Las medidas restrictivas de las libertades de prestación de servicios y establecimiento en la práctica de los Estados.....	139
1.3. El examen de la proporcionalidad en la práctica de los Estados miembros .....	144
1.4. La licencia comercial específica y su calificación en el Derecho de la Unión europea .....	152
<b>II. Problemas propios del Derecho nacional .....</b>	<b>159</b>
2.1. Los títulos competenciales y la pluralidad de legislaciones en el ámbito español .....	159
2.1.1. Aproximación inicial.....	159
2.1.2. La perversa utilización de diversos títulos competenciales en el urbanismo comercial español.....	161
2.2. La planificación urbanística y medioambiental. Su idoneidad como limitación de las actividades de servicios.....	180
2.3. La desviación de poder como vía de ataque a la normativa autonómica de transposición de la Directiva « <i>Bolkestein</i> » .....	184
2.4. Acerca de la naturaleza jurídica de la licencia comercial: ¿reconociendo un derecho o asignando una concesión? .....	187
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>199</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>215</b>



