

INFORME DE REGULACIÓ

Núm. Informe: IR 2/2009

Norma: Llei 11/2009, del 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives

Data informe: 23 de novembre de 2009

1. ANTECEDENTS

El present document constitueix l'Informe de Regulació de la Llei 11/2009, del 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives (en endavant, Llei 11/2009) emès per l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, ACCO), en data 23 de novembre del 2009, en base a les competències atribuïdes per la Llei 1/2009, del 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, Llei 1/2009).

L'Informe té per objecte analitzar si l'actual normativa reguladora dels espectacles públics i les activitats recreatives introdueix restriccions a la competència i, si aquest és el cas, avaluar si les restriccions s'adeqüen als principis de necessitat i proporcionalitat, i a la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.

Es tracta d'un Informe *ex post*, emès amb posterioritat a la publicació i entrada en vigor de la Llei, si bé en un entorn de revisió de normes reguladores de l'accés i l'exercici de les activitats de serveis, i en particular dels procediments d'autorització, per a adaptar-les a les obligacions que es deriven de la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior (en endavant, Directiva de Serveis). Així mateix, l'Informe s'ha elaborat quan encara no s'han adoptat les normes reglamentàries i locals de desplegament de la Llei 11/2009, ni tampoc s'ha aprovat el nou catàleg o classificació de les activitats que s'hi troben sotmeses.

L'Informe s'ha emès principalment en base a l'anàlisi del text de la pròpia Llei 11/2009, així com a la consulta de la normativa sobre la matèria¹ i d'alguns documents públics del Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació (en endavant, DIRIP).

¹ Especialment (i) la regulació anterior, la Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics, (ii) el Decret 239/1999, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics sotmesos a l'esmentada Llei 10/1990, per poder determinar amb precisió quines activitats econòmiques queden compreses en les categories d'espectacles,

Amb l'objecte de conèixer més a fons alguns aspectes de la Llei, la Direcció General de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, DG de l'ACCO) va sol·licitar, en data 9 d'octubre de 2009, determinades informacions al DIRIP, que van ser contestades per aquest departament en data 20 de novembre del 2009.

2. FONAMENTS DE DRET

La Constitució Espanyola (en endavant, CE) configura un model econòmic en el que es reconeix la llibertat d'empresa dins el marc de l'economia de mercat, atribuint als poders públics la funció de garantir i protegir el seu exercici (art. 38 CE).

El fonament econòmic radica en que la competència és un element essencial que contribueix positivament en l'assoliment d'un desenvolupament econòmic i social òptim. Efectivament, en els sectors de lliure mercat, la competència efectiva garanteix l'assignació eficient dels recursos, fomenta la productivitat dels agents econòmics i incentiva la innovació. El resultat és una millora del benestar del conjunt de la societat doncs l'eficiència productiva es trasllada al consumidor en forma de preus inferiors i d'una major varietat i qualitat dels béns o serveis oferts.

Per aquest motiu s'ha d'evitar que sigui el propi poder públic el que, a través de les seves actuacions normatives o administratives, introdueixi restriccions injustificades a la competència que perjudiquin la llibertat d'empresa i redueixin el benestar del consumidor. És a dir, el que es pretén és que s'assoleixin eficaçment els objectius sectorials que persegueix la norma, però minimitzant els efectes negatius sobre la competència.

La Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència, defineix el contingut material del dret de la competència i té en compte el sistema plural d'organismes de la competència derivat del marc competencial de la CE. En l'àmbit català, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, del 19 de juliol (en endavant, EAC), estableix, en l'article 154, les competències de la Generalitat en l'àmbit de la promoció i defensa de la competència. El desenvolupament d'aquest precepte es troba en la Llei 1/2009, de creació de l'Autoritat Catalana de la Competència.

L'article 2.4 de la Llei 1/2009 estableix les funcions de l'ACCO. Aquestes es poden classificar en 2 grans àmbits: funcions en l'àmbit de la defensa i funcions en l'àmbit de la promoció de la competència. Les activitats de foment i promoció de la competència tenen com a objectiu promoure un entorn competitiu per al desenvolupament de les activitats econòmiques. Entre elles, figura la funció d'Informe de regulació que consisteix a informar (*ex ante* o *ex post*) sobre l'adequació de la regulació i l'actuació sectorials als principis de la lliure competència. Les observacions que suggerirà la DG de l'ACCO en aquest àmbit pretenen, doncs, contribuir a millorar la qualitat de la regulació des del punt de vista de la competència.

L'elaboració del present Informe forma part, doncs, de les competències que té l'ACCO, de conformitat amb l'objecte que la pròpia Llei 1/2009 li reconeix en l'article 2.1, i de les funcions que té atribuïdes d'acord amb els articles 2.4 i 8.1.b) de la mateixa Llei 1/2009.

activitats recreatives i establiments públics, mentre no s'aprovi el nou catàleg i (iii) algunes normes transversals que incideixen sobre la matèria objecte d'anàlisi (normativa ambiental, d'incendis, etc).

3. LA LLEI 11/2009

3.1. Marc normatiu

La Llei 11/2009 és una norma recentment aprovada (juliol 2009), que deroga la Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics que, segons la pròpia exposició de motius de la llei, havia quedat superada per la profunda transformació que ha experimentat la pràctica de l'oci i la realització d'espectacles públics i activitats recreatives a Catalunya en aquests vint anys.

Pel que fa al marc normatiu en què s'insereix la Llei 11/2009, cal esmentar l'EAC que:

- En l'article 141.3, atribueix a la Generalitat la competència exclusiva en matèria d'espectacles i activitats recreatives, que inclou, en tot cas, l'ordenació del sector, el règim d'intervenció administrativa i el control de tota mena d'espectacles en espais i locals públics.
- En l'article 84.2.e) atribueix als governs locals de Catalunya competències pròpies sobre la regulació de les condicions de seguretat en les activitats organitzades en espais públics i en locals de concurrència pública.

A més, atesos que la matèria regulada per la Llei 11/2009 afecta molt directament a les competències locals², s'han de tenir en compte la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (art. 25.2) i el Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (art. 66).

Per últim, també cal tenir present les prescripcions de la Directiva de Serveis, que ha de ser transposada, abans del 28 de desembre del 2009, en l'ordenament jurídic espanyol i català, i que afecta plenament a la norma objecte d'anàlisi.

3.2. Contingut de la norma

La Llei 11/2009 té per objecte establir el règim jurídic dels espectacles públics, les activitats recreatives i els establiments i els espais oberts al públic on es duen a terme aquestes activitats i regular-ne la intervenció administrativa (art.1). La Llei s'inspira en 3 principis (exposició de motius i article 2.2):

- (i) Convivència pacífica i ordenada de tots els agents involucrats (espectadors, participants, usuaris i la resta de ciutadans, especialment dels veïns).
- (ii) Seguretat de les persones que treballen i de les que assisteixen als espectacles o activitats, sobretot si es tracta de menors d'edat.
- (iii) Qualitat dels espectacles públics, de les activitats recreatives i dels establiments on aquests es desenvolupen.

La Llei 11/2009 té un àmbit d'aplicació molt ampli. Abasta, per via d'aplicació principal o supletòria, gairebé tot l'anomenat "sector de l'oci", tant el que es presta, pel sector públic o

² Aquesta matèria es caracteritza per afectar a competències locals emmarcades en les funcions de policia, en la seva doble vessant urbanística i de seguretat pública.

privat, de forma regular o esporàdica, a llocs especialment habilitats o en el domini públic. En aquest sentit, la Llei estableix:

- (i) Hi resten sotmesos “*tota mena d’espectacles públics, activitats recreatives i establiments oberts al públic, amb independència del caràcter públic o privat dels organitzadors, de la titularitat pública o privada de l’establiment o l’espai obert al públic en què es desenvolupen, de llur finalitat lucrativa o no lucrativa, i de llur caràcter esporàdic o habitual*” (art. 4.1).
- (ii) Així mateix, segons disposa l'article 4.3 de la Llei 11/2009, aquesta és d'aplicació supletòria a:
 - Les activitats esportives, les relacionades amb el joc i les apostes i la realització d’espectacles amb ús d’animals.
 - Les activitats de restauració.
- (iii) Pel que fa a les manifestacions culturals tradicionals, entre les quals la Llei esmenta les cercaviles, els correfocs i altres espectacles i festes amb foc i pirotècnica de caràcter popular, es regeixen per la Llei 11/2009 i per la normativa sectorial (que és la que preval en cas de conflicte) (art. 4.4)

La Llei 11/2009 està estructurada en 4 títols: el títol I sobre els drets i les obligacions dels espectadors i els usuaris, el títol II sobre l’organització administrativa, el títol III relatiu a la intervenció administrativa i el títol IV sobre el règim d’inspeccions i sancions.

La Llei 11/2009 remet a Reglament l’establiment d’un catàleg on es defineixin els diversos tipus d’espectacles, activitats, establiments oberts al públic i espais compresos en el seu àmbit d’aplicació (art. 3.2). Aquest catàleg té rellevància en tant que concreta l’aplicació de la Llei en funció de les tipologies d’establiments que reculli. Mentre no es produeix l’aprovació del nou catàleg, continua vigent l’anterior, regulat pel Decret 239/1999, de 31 d’agost, pel qual s’aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics.

4. AVALUACIÓ DE L’IMPACTE COMPETITIU DE LA NORMA (AIC)

4.1. Metodologia

L’anàlisi de competència que s’exposa a continuació s’ha realitzat sobre la base dels principis bàsics internacionalment acceptats per a establir una regulació eficient i afavoridora de la competència:

- (1) Principi de necessitat i proporcionalitat (justificació de la restricció)³
- (2) Principi de mínima distorsió (justificació dels instruments utilitzats)⁴

³ El principi de necessitat implica que tota norma que introdueixi restriccions a la competència ha de venir precedida d’una definició dels seus objectius i d’una clara justificació de la introducció de les restriccions (existència d’una relació de causalitat entre la restricció a la competència i la consecució de l’objectiu).

El principi de proporcionalitat pretén evitar que els instruments en que es materialitza la restricció suposin només una millora relativa o marginal en termes de benestar social però que, al mateix temps, generin un greu dany en aquest degut a les importants restriccions a l’activitat econòmica que imposen.

- (3) Principi d'eficàcia⁵
- (4) Principi de transparència⁶
- (5) Principi de predictibilitat⁷

L'ACCO ha assumit aquests principis com a orientadors de la seva actuació en l'elaboració d'Informes de regulació i els ha incorporat en la seva Metodologia per Avaluar l'Impacte Competitiu de les normes (AIC)⁸.

L'Informe avalua l'impacte competitiu (en endavant, AIC) de la Llei 11/2009 seguint l'esmentada Metodologia. Una AIC consta, bàsicament, de tres etapes:

- (i) Identificar les principals restriccions a la competència que conté la norma.
- (ii) Analitzar si les restriccions anticompetitives introduïdes estan justificades pels objectius que la norma persegueix, segons els principis de necessitat i proporcionalitat, i la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.
- (iii) En cas que les restriccions estiguin justificades, comprovar, aplicant el principi de mínima distorsió, que no existeixen alternatives menys restrictives de la competència que permetin assolir l'objectiu desitjat.

Un cop acreditada l'existència d'una restricció a la competència en el punt (i), la no superació de les etapes (ii) i/o (iii) comporta la recomanació, per part de l'ACCO, de no establir o bé de suprimir aquella restricció. L'objectiu final és, doncs, evitar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament dels mercats, obtenint una regulació més eficient des del punt de vista de la competència, sense renunciar a les finalitats públiques perseguides per la norma.

En aquest Informe també s'ha considerat oportú esmentar aquells aspectes de la Llei 11/2009 que estan afectats, des del punt de vista de la competència, per la Directiva de Serveis i per les seves normes de transposició⁹ donat que, abans del 28 de desembre de 2009, ha d'estar finalitzada la transposició de la mateixa.

⁴ El principi de mínima distorsió implica que, entre els instruments possibles per a assolir un objectiu determinat, s'ha d'escollir aquell que suposi la mínima afectació negativa a la competència.

⁵ El principi d'eficàcia suposa la capacitat de la norma d'assolir els objectius o efectes que es desitja.

⁶ El principi de transparència implica l'existència de transparència i claredat en el marc normatiu, en el procés d'elaboració de les normes i en la seva execució.

⁷ El principi de predictibilitat comporta oferir els operadors un marc estable i sòlid, sense incerteses, que els proporcioni seguretat jurídica.

⁸ Es tracta de la Metodologia d'Avaluació de l'Impacte Competitiu de les normes que l'ACCO aplica, principalment en l'elaboració dels Informes de Regulació, sens perjudici que també la pugui aplicar en els informes que realitzi sobre l'actuació de les administracions públiques. Properament es farà pública.

⁹ En data 24 de novembre del 2009 ha estat publicada al BOE la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici. Pel que fa als articles de la Directiva de Serveis que es citen al llarg de l'Informe, caldria buscar les corresponents equivalències en l'articulat d'aquesta llei, que s'acaba d'aprovar.

Les previsions sobre el lliure establiment i sobre la lliure circulació de prestadors de serveis que contenen tant la Directiva de Serveis com les seves normes de transposició tenen un gran interès des del punt de vista de la competència. L'eliminació de restriccions o obstacles normatius a l'accés i exercici d'activitats en el sector dels serveis, que no estiguin justificades, afectin o no a persones d'altres estats membres, suposa incrementar la pressió competitiva en el mercat català.

4.2. Principals restriccions a la competència identificades

Donada l'amplitud de l'àmbit d'aplicació de la Llei 11/2009, centrarem¹⁰ el present Informe en els establiments oberts al públic en locals tancats, permanents no desmuntables, coberts totalment o parcialment (definita a l'article 3.1 c) primer de la Llei 11/2009). Per tant, el limitarem al que moltes ordenances municipals anomenen "establiments de pública concurrència".

La taula que figura a continuació conté les principals restriccions a la competència identificades a la Llei 11/2009 pel que fa als establiments oberts al públic esmentats. Tal i com s'exposa en la *Metodologia per Avaluar l'Impacte Competitiu de les normes*, elaborada per l'ACCO, les restriccions estan classificades en tres categories¹¹:

- (i) Restriccions que limiten el nombre o varietat d'operadors en el mercat.
- (ii) Restriccions que limiten la capacitat dels operadors per competir.
- (iii) Restriccions que redueixen els incentius dels operadors per competir vigorosament.

Algunes restriccions ja produeixen efectes plens i efectius (restriccions actuals), mentre que d'altres poden arribar a produir-ne en funció de com es porti a terme el desenvolupament reglamentari posterior de la llei (restriccions potencials).

Com s'observa, la majoria de les restriccions identificades fan referència a restriccions a l'accés de l'activitat (restriccions que limiten el nombre o varietat d'operadors en el mercat) i és, en aquestes, en les que centrarem la nostra anàlisi.

Des de l'òptica de la competència, l'entrada o amenaça de nous entrants és una important pressió competitiva pels operadors actuals. Per tant, les normes que limiten el nombre d'operadors en el mercat redueixen la rivalitat competitiva dels operadors ja implantats i consoliden el poder de mercat d'aquests. Això suposa una disminució dels incentius dels operadors actuals per innovar i per satisfer les necessitats dels consumidors de forma eficaç i eficient.

¹⁰ Això no obstant, en alguns moments de l'Informe es farà referència als altres àmbits d'aplicació de la Llei, és a dir, als espectacles i a les activitats recreatives.

¹¹ No s'ha d'interpretar com una categorització rígida doncs, en alguns casos, una mateixa restricció pot produir efectes en més d'una categoria.

Restriccions a la competència identificades a la Llei 11/2009

Restricció identificada	Limita el nombre o varietat d'operadors en el mercat	Limita la capacitat dels operadors per competir	Redueix els incentius dels operadors per competir vigorosament
Planificació sectorial amb elements de programació econòmica (art. 11, 13, 26 i 27)	XXX		
Règim de llicència (art. 29)	XXX		
* Condicions (art.30)	XXX		
* Silenci negatiu (art.33)	XXX		
* Possible vigència limitada (art. 35)	X		
* Possible <i>numerus clausus</i> (art. 36)	X		
Exigència d'un control inicial, addicional a la llicència	XXX		
Possibilitat que els Ajuntaments estableixin requisits addicionals al règim de llicència, sense establir-ne un marc general (art. 26)	XX		
Suspensió de la tramitació de llicències mentre s'aprova una ordenança o reglament (art. 26.4)	XXX		X
Règim d'autorització amb requisits de caràcter especial per als establiments de règim especial (art. 39)	XX		
Registres administratius, si són preceptius per operar (art. 19)	X		
Assegurança de responsabilitat civil (art. 23)	X		
Fixació d'un horari (art. 20)		X	

Nota: El nombre de "creuetes" indica la major o menor gravetat de la restricció a la competència identificada

4.3. Consideracions sobre les restriccions a la competència més greus identificades

A continuació es posen de manifest els aspectes de la Llei 11/2009 que es considera que tenen una afectació més destacada en la competència del sector analitzat i que, en cas de no complir els principis de necessitat, proporcionalitat i/o de mínima distorsió, haurien de ser objecte de revisió per part del centre directiu que va promoure la norma.

Aquests aspectes són: (i) la planificació sectorial amb elements de programació econòmica, (ii) el règim de llicència prèvia que la Llei preveu, (iii) l'exigència d'un control inicial i (iv) les potestats normatives dels ajuntaments en l'àmbit de la Llei 11/2009.

4.3.1. Planificació sectorial amb elements de programació econòmica

La Llei 11/2009 és una norma que presenta un caràcter intervencionista en determinats aspectes, que es materialitza en l'existència de certes restriccions a la competència. Aquest esperit és visible, entre d'altres, en els articles 11, 13, 26 i 27 de la Llei.

La Llei atribueix tant a la Generalitat (art. 11.1.b)¹² com als ajuntaments (art. 13.1.b)¹³ competències per planificar territorialment els establiments oberts al públic i els atorga àmplies potestats en l'àmbit de la planificació, que aquesta Llei qualifica com urbanística (art. 26 i 27).

Ara bé, la Llei 11/2009 conté expressions que, segons l'ACCO, permeten deduir que la regulació sectorial va més enllà de l'àmbit i de les funcions pròpies de la planificació urbanística, i que s'endinsen en l'àmbit de la planificació econòmica o bé que permetrien introduir-la en el desenvolupament reglamentari posterior de la Llei (reglament de la Generalitat i/o reglaments o ordenances municipals).

Si aquest és el cas, l'existència d'una planificació sectorial, al marge dels instruments purament urbanístics, suposaria una restricció a la competència que necessitarà tenir, en la mateixa Llei, una justificació pel que fa al respecte als principis bàsics d'una regulació eficient i afavoridora de la competència, concretament pel que fa als principis de necessitat i proporcionalitat, així com als de transparència i predictibilitat¹⁴.

Recordem que introduir restriccions a l'establiment afecta negativament la llibertat d'empresa reconeguda en l'article 38 de la CE. Per aquest motiu s'ha de ser prudent quan es defensen determinats objectius d'interès general a expenses d'aquesta (la llibertat d'empresa), alguns dels quals poden tenir, a nivell constitucional, un àmbit de protecció inferior al d'aquesta. En el cas que ens ocupa, deixant de banda el principi de necessitat, que tractarem tot seguit, respectar el principi de proporcionalitat implica que, al defensar determinats interessos generals, no es poden danyar, en major proporció, altres interessos generals com la llibertat d'empresa.

Però, a banda de les restriccions a la competència de què és constitutiva aquesta planificació de les activitats, al marge dels instruments de planejament urbanístic adients, que regulen els usos del sòl, cal tenir present que el principi de la llibertat d'establiment és defensat per l'ordenament jurídic comunitari, i que ha estat desenvolupat en diverses normes comunitàries i, recentment, a través de la Directiva de Serveis.

En efecte, la Directiva de Serveis determina que només es poden establir limitacions al lliure exercici d'una activitat econòmica per raons imperioses d'interès general. El concepte "raons

¹² L'article 11.1b) preveu que la Generalitat té competències per "planificar territorialment els establiments oberts al públic, en els termes establerts per aquesta llei i per la legislació urbanística i la de política territorial."

¹³ L'article 13.1 b) preveu que els ajuntaments poden adoptar mesures de planificació urbanística, que, si ho estableixen els instruments de planejament corresponents, han d'ésser vinculants per a la ubicació dels establiments oberts al públic regulats per aquesta llei.

¹⁴ Pel que fa a aquests dos últims principis, una possible planificació econòmica com l'esmentada comportaria que els operadors tindrien un alt grau d'incertesa respecte la seva possible implantació en els diferents municipis, amb les conseqüències que això comportaria respecte les seves decisions d'inversió i possibles plans d'expansió.

imperioses d'interès general” ha estat desenvolupat pel Tribunal de Justícia en la seva jurisprudència relativa als articles 43 i 49 del Tractat, i pot seguir evolucionant. Les seves expressions més comunes es recullen en el *considerant* 40 de la Directiva de Serveis.

Una planificació sectorial dels establiments de pública concurrència podria segurament estar justificada a la llum de la Directiva de Serveis. Ara bé, tant aquesta norma com la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (en endavant, LLAAS), recentment aprovada, exigeixen (i) que el legislador concreti les raons d'interès general que justifiquen cadascuna de les restriccions a l'accés i a l'exercici de l'activitat que es deriven de la planificació, així com (ii) que es justifiqui la necessitat, proporcionalitat i mínima distorsió de les restriccions a la llum de l'objectiu perseguit. La Llei 11/2009 no sembla complir amb aquestes exigències, com més endavant es tornarà a constatar.

Però, a més a més, la Directiva de Serveis estableix límits taxatius als possibles continguts de les programacions sectorials. Concretament, la Directiva de Serveis estableix expressament, a l'article 14.5 que és un requisit prohibit supeditar l'accés a una activitat de serveis o el seu exercici a *“l'aplicació, cas per cas, d'una prova econòmica consistent en supeditar la concessió de l'autorització a que es demostrï l'existència d'una necessitat econòmica o d'una demanda en el mercat, a que s'avaluïn els efectes econòmics, possibles o reals, de l'activitat o a que es faci una apreciació de si l'activitat s'ajusta als objectius de programació econòmica fixats per l'autoritat competent...”*.

Els articles 26 i 27 de la Llei 11/2009 (capítol II sobre “regulació i planificació”), contenen expressions concretes de les quals es dedueix que podria tenir lloc una “planificació econòmica”. En particular:

- L'article 26.3 a) estableix que *“les ordenances i els reglaments municipals poden establir prohibicions, limitacions o restriccions per a evitar la concentració excessiva¹⁵ d'establiments oberts al públic¹⁶ i d'activitats recreatives...”*.

¹⁵ El DIRIP, en la resposta al requeriment d'informació realitzat per l'ACCO, defineix “concentració excessiva” com “el grau d'incidència potencial que té l'exercici d'una activitat sobre el medi i l'entorn, en relació a la capacitat del mateix entorn o sector, tenint com a referència els criteris establerts en els POUMS o en les ordenances d'usos”. Si això és així, caldria que el terme s'hagués definit amb precisió a la pròpia llei, doncs pot portar a interpretacions d'un altre tipus. En efecte, el terme “concentració excessiva” d'establiments oberts al públic, podria entendre's que fa referència a una planificació de l'oferta en relació amb la demanda existent o potencial. Podria pressuposar que algú pretén determinar l'oferta, i no deixar que sigui el lliure joc de l'oferta i la demanda el que determini el nombre d'establiments que poden subsistir en aquest mercat, eliminant els establiments menys eficients o que no responen a les preferències de la demanda.

En aquest sentit, compartim el pronunciament emès per la Comissió Nacional de la Competència en relació a la normativa de comerç, que pot ser de perfecta aplicació al cas que ens ocupa: *“la submissió de la llicència als esmentats criteris [es refereix a criteris econòmics] suposa una greu ingerència sobre el principi de llibertat de mercat, donat que ha de ser precisament en el context de confrontació d'oferta i demanda on es dirimeixi quin es l'adequat equipament comercial, com a resultat de la revelació per part dels consumidors de les seves preferències al respecte”* Comissió Nacional de la Competència, IPN 09/2009 *Reforma de la Llei del comerç minorista*. Madrid, 6 de maig de 2009 (el subratllat és nostre).

Això no obstant, cal tenir en compte que la legislació urbanística permet regular els usos i, fins i tot, prohibir-ne algun d'ells (article 68.5 del Decret Legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei d'urbanisme, i articles 92.2 i 93.6 del Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme).

¹⁶ El subratllat no consta en l'original.

- L'article 27.2 preveu que: "La planificació urbanística, amb relació a la localització dels establiments oberts al públic, dins el territori, té les finalitats o determinacions específiques següents:
 - a) "Impulsar una oferta d'oci de qualitat¹⁶...."
 - b) "Avaluar la distribució i la localització de l'oci dins el territori tenint en compte l'adequació al medi, els costos econòmics¹⁶,...."
 - c) "Adoptar mesures per a prohibir, limitar o promoure¹⁶, si escau, determinats tipus d'establiments¹⁷ oberts al públic,...."

De la lectura dels articles 26 i 27 de la Llei, que acabem de reproduir parcialment, es desprenen funcions que, segons l'ACCO, poden entrar en el terreny de la "planificació econòmica", és a dir, entrar en un terreny en el que, en aplicació de la Directiva de Serveis i de la LLAAS, no hi ha cap possibilitat de justificació.

Així mateix, l'ACCO creu que la manca de concreció dels límits de la planificació sectorial prevista, podria abocar els ajuntaments a exercir les competències que els són atribuïdes (i) per incidir en planificacions econòmiques totalment prohibides, (ii) per restringir els llocs d'emplaçament dels establiments oberts al públic més enllà del que preveuen els instruments urbanístics, sense que estigui justificat per raons imperioses d'interès general o bé (iii) per afavorir, sense justificació, determinats tipus d'establiment en detriment d'altres¹⁸.

En conseqüència, la planificació sectorial de les activitats que, al nostre parer, la Llei 11/2009 permet que els ajuntaments estableixin, més enllà de la utilització d'instruments de planejament urbanístic que regulen usos o altres tipus de restriccions en relació a la implantació de serveis¹⁹, es podria traduir en un control de l'oferta d'establiments oberts al públic, decidit unilateralment per l'administració, atenent a criteris econòmics, com els que poden deduir-se dels articles 26 i 27 de la Llei 11/2009, ja esmentats. Per tant, al nostre

¹⁷ La prohibició de determinats tipus d'establiments suposa una modulació de l'oferta, per part de l'administració, que no deixa que siguin els propis consumidors (el lliure mercat) els que la modulin, en base a les seves preferències. Aquesta modulació, per part de l'administració, s'hauria d'evitar a no ser que existeixin altres raons imperioses d'interès general que ho justifiquin.

¹⁸ L'establiment de restriccions quantitatives, segons la tipologia d'establiment, tindria efectes anticompetitius similars als que es produeixen quan s'estableix un *numerus clausus* de llicències. A més, aquesta dificultat d'accés al mercat podria acabar suposant que la llicència adquirís un valor econòmic *per se*, que no tindria si la seva concessió no estigués sotmesa a aquest condicionament.

¹⁹ La normativa que es desprèn dels instruments de planejament pot afectar a les activitats de serveis, bàsicament a l'hora de regular usos o d'especificar altres tipus de restriccions en relació a la ubicació dels serveis. En relació amb això, cal advertir que malgrat que les normes de planejament urbanístic i territorial, no han de ser avaluades a la llum de la Directiva de Serveis, si que estan sotmeses a les normes del Tractat de Roma sobre la llibertat d'establiment. Per això, qualsevol requisit previst en la normativa de planejament que imposi restriccions quantitatives o territorials (p.ex. límits fixats en funció de la població del municipi, distàncies geogràfiques mínimes entre operadors, etc.), si no està justificat per raons imperioses d'interès general i/o és discriminatori i/o no proporcionat, es considerarà una restricció injustificada.

Pel que fa als establiments de pública concurrència objecte d'anàlisi, creiem que hi ha raons imperioses d'interès general que poden justificar la previsió de certes limitacions en els instruments urbanístics, doncs l'exercici d'aquestes activitats ha de ser compatible amb els usos de la zona en la que s'implantin, especialment amb els usos residencials, en relació amb els quals s'ha de tenir en compte el dret dels ciutadans a no patir certes molèsties (sorolls, temes relacionats amb l'ordre i seguretat pública, amb la salut, etc).

parer, aquesta possible planificació econòmica, que podria derivar-se de la Llei 11/2009, mereix la qualificació de:

- (i) Restrictiva de la competència, perquè es tradueix en l'establiment de limitacions a l'accés de nous operadors en el mercat analitzat, i
- (ii) Injustificable perquè no és conforme amb les prescripcions de la Directiva de serveis i, en aquest punt, manifestem la nostra discrepància amb l'exposició de motius de la norma²⁰ que expressa la coherència de la mateixa amb aquesta.

En definitiva, considerem que els preceptes de la Llei 11/2009 relatius a la planificació sectorial, al marge dels instruments de planejament urbanístic, haurien de ser objecte d'una reformulació per tal (i) d'eliminar qualsevol element de planificació econòmica i (ii) de concretar la raó d'interès general que justifica cadascuna de les restriccions imposades a la llibertat d'empresa (en les vessants de dret d'establiment i d'exercici de l'activitat), així com justificar la seva necessitat, proporcionalitat i mínima distorsió.

Des del punt de vista de la competència, els efectes immediats d'aquesta regulació són l'establiment de barreres d'entrada que (i) limiten l'accés de potencials operadors en el mercat, (ii) redueixen la rivalitat competitiva a la que estan sotmesos els operadors ja implantats i (iii) consoliden el poder de mercat d'aquests últims.

4.3.2. El règim de llicència prèvia

A continuació es comentaran diferents aspectes del règim de llicència que estableix la Llei 11/2009:

(a) Sobre la restricció a la competència que comporta la llicència i la seva justificació

L'existència d'un règim de llicència, present en la Llei 11/2009 (art. 29.1), suposa una restricció a la competència doncs limita el dret o possibilitat dels operadors a accedir al mercat a aquells que efectivament obtenen la llicència de l'autoritat competent.

Establir un règim de llicència suposa, doncs, una barrera d'entrada per a potencials entrants en el mercat, que pot acabar limitant el nombre de possibles competidors i, en conseqüència, pot suposar la consolidació del poder de mercat dels operadors ja establerts. Així mateix redueix la rivalitat competitiva a la que els operadors ja implantats estan sotmesos, amb les conseqüències negatives que això comporta en termes de preus, qualitat del servei ofert, etc., en perjudici dels consumidors. Aquesta restricció no és nova, doncs ja estava prevista a la normativa anterior (Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics).

Arribats en aquest punt, el primer aspecte a mencionar és que l'establiment o manteniment d'un règim de llicència per accedir o exercir una activitat de serveis té un caràcter excepcional a la llum de la Directiva de Serveis (art. 9.1) i de la LLAAS. Aquestes normes

²⁰ A l'exposició de motius de la Llei 11/2009 no es justifiquen suficientment les raons d'interès general que avalarien una planificació sectorial com l'esmentada. Només es concreten les raons imperioses d'interès general que justifiquen, segons el DIRIP, (i) l'aplicació d'un règim d'autorització (salut pública, protecció dels consumidors i protecció de l'entorn urbà) i (ii) l'aplicació del règim del silenci administratiu negatiu (les anteriors més la protecció de l'interès legítim de tercers, especialment els veïns).

obliguen, com a regla general, a l'eliminació de tot tipus de règims d'autorització. Únicament permeten mantenir-los quan aquests:

- (i) No siguin discriminatoris.
- (ii) Siguin necessaris (que estiguin justificats per una raó imperiosa d'interès general, d'acord amb la definició que en fa la Directiva de Serveis –art.4.8- i el considerant 40) i
- (iii) Siguin proporcionals (que el règim d'autorització sigui l'instrument més adequat per assolir l'objectiu perseguit perquè aquest no pugui aconseguir-se mitjançant una mesura menys restrictiva. Això suposa que no es podrà sotmetre una activitat a un règim d'autorització si és suficient una comunicació o una declaració responsable).

Per tant, la submissió de l'obertura d'un establiment obert al públic a un règim de llicència com el que preveu la Llei 11/2009, en cas de considerar-se no discriminatoria, cal que (i) estigui fonamentada en raons d'interès general que tinguin la condició de raó imperiosa d'interès general, (ii) que aquestes raons s'hagin fet explícites de forma taxativa, i (iii) que s'evitin danys desproporcionats a la llibertat d'empresa.

La concurrència d'aquestes condicions haurà de trobar-se suficientment motivada en la norma que estableixi l'esmentat règim, en aquest cas, en la Llei 11/2009. Justament degut a l'excepcionalitat dels règims d'intervenció administrativa prèvia, imposada per la Directiva de Serveis i per la LLAAS, per evitar que aquest exercici es buidi de contingut amb remissions vagues i ambigües a motius d'interès general, cal que es justifiquin degudament, en el text normatiu, els motius i beneficis que es deriven de la instauració o manteniment –en el nostre cas- d'aquest règim.

En la Llei 11/2009, objecte d'anàlisi, les raons d'interès general adduïdes per justificar el règim de llicència són la salut pública, la protecció dels consumidors i la protecció de l'entorn urbà. Aquestes raons tenen la consideració de raó d'interès general en l'ordenament jurídic comunitari i, en virtut d'això, poden justificar determinades exempcions a l'economia de mercat i a la lliure competència. Ara bé, hagués estat desitjable que s'hagués explicat més àmpliament a la Llei la relació de causalitat doncs, de la simple menció de l'objectiu o raó d'interès general, és obvi que no es desprèn, de forma directa, que hi hagi un nexa causal entre la restricció introduïda i l'assoliment de l'objectiu d'interès general (principi de necessitat).

Tanmateix, pel que fa a “la protecció del consumidor” com a raó d'interès general que justifiqui l'existència d'un règim de llicència, considerem que aquesta no pot ser invocada. La doctrina estableix que, en virtut d'aquesta raó, no pot condicionar-se l'obertura d'un establiment a l'existència d'una demanda suficient en el mercat o a la protecció d'una determinada estructura de mercat decidida per les autoritats competents. És a dir, per protegir el consumidor es pot exigir als operadors que respectin determinades condicions relacionades amb la qualitat dels productes o serveis oferts, però no es pot exigir una determinada estructura de l'oferta, modelada per l'administració en funció de determinades especificacions. En la majoria de casos, la protecció del consumidor pot ser garantida amb requisits aplicables a l'exercici de la prestació de serveis (*a posteriori*) i no amb requisits aplicables en el moment de l'establiment (*a priori*).

Acceptada la justificació de la restricció (el règim de llicència) en base a les raons de salut pública i protecció de l'entorn urbà, l'anàlisi radicaria, doncs, en torn al principi de mínima distorsió. És a dir, l'eficàcia d'una mesura restrictiva de la competència per assegurar la consecució d'un determinat objectiu (principi de necessitat) no és suficient per concloure que la proposta és satisfactòria des del punt de vista de la competència. Cal estar segurs que no existeix un mecanisme alternatiu menys restrictiu, que permeti assolir el mateix objectiu, i que el règim plantejat s'hagi definit de manera que la restricció a la competència sigui la mínima possible i que, per tant, també ho sigui l'afectació negativa de l'eficiència en l'assignació dels recursos (principis de proporcionalitat i de mínima distorsió). Per tant, només es podrà aplicar el règim de llicència si no es poden utilitzar mesures menys restrictives (comunicació o declaració responsable). Aquest aspecte s'analitza en el següent apartat.

(b) Sobre la proporcionalitat del control administratiu mitjançant el règim de llicència

L'administració té diverses formes de verificar que els potencials entrants en el mercat compleixen els requisits establerts. La llicència és una d'elles. Altres formes menys restrictives de la competència i que, al mateix temps, generen menys càrregues administratives als operadors són: (i) les comunicacions de l'inici de l'activitat (prèvies o posteriors a l'inici) i (ii) les declaracions responsables en què el titular de l'activitat manifesta el compliment dels requisits exigits i facilita la informació necessària a l'autoritat competent pel control de l'activitat. Per part de l'administració, aquestes mesures venen acompanyades d'una disminució de les activitats de control a priori i d'un reforç de les activitats de control a posteriori i inspecció.

Tal com esmenta la mateixa Directiva (*considerant 54*), "l'autorització només és admissible en aquells casos en què no resultaria eficaç realitzar un control a posteriori, donada la impossibilitat de comprovar, a posteriori, els "defectes" dels serveis en qüestió, i donats els riscos i perills que es derivarien de la inexistència d'un control a priori".

L'article 29.6 de la Llei 11/2009 preveu que, en els casos en què la legislació sobre el control ambiental preventiu no requereix autorització ni llicència, els reglaments de la Generalitat o les ordenances municipals poden substituir el règim d'autorització pel de comunicació prèvia a l'Administració, si consideren que no hi ha una raó imperiosa d'interès general a què fa referència l'article 9.1 b) de la Directiva de Serveis.

En la normativa vigent actualment en matèria ambiental, la recentment aprovada Llei de prevenció i control ambiental de les activitats²¹, el sector regulat per la llei objecte d'anàlisi (espectacles, activitats recreatives i establiments oberts al públic on es desenvolupen aquestes activitats) forma part de l'annex IV i no està sotmès a llicència ambiental ni a un règim de comunicació ambiental. Aquesta nova llei ambiental no fixa la modalitat de control administratiu i opta per establir que la intervenció ambiental es duu a terme integrant l'informe ambiental corresponent en la resolució de la llicència sectorial de l'activitat.

²¹ La nova llei de prevenció i control ambiental de les activitats ha estat aprovada pel Parlament de Catalunya en la sessió plenària del 18 de novembre de 2009, però encara no ha estat publicada al DOGC.

Per tant, deixa de ser vigent el règim de comunicació prèvia que establí l'antiga Llei 3/1998, de 27 de febrer, d'intervenció integral de l'administració ambiental²² (en endavant, LIIAA) pel que fa al sector regulat per la Llei 11/2009, i queda en mans de la Llei 11/2009 la determinació de la modalitat de control administratiu dels requisits de control ambiental i dels altres requisits establerts. Així doncs, sembla difícil l'articulació de la possibilitat de comunicació que estableix l'article 29.6 de la Llei 11/2009 amb l'informe ambiental que, en tot cas, sembla que ha d'emetre l'ajuntament, i amb l'exigència d'obtenir una acta de control inicial.

A més a més, l'ACCO considera que el fet que l'article 29.6 de la Llei 11/2009 estableixi la comunicació només com a modalitat potestativa de control, deixant que sigui a través dels reglaments de la Generalitat o de les ordenances municipals que se'n faci ús d'aquesta possibilitat, pot comportar un risc, no menyspreable, de que aquesta possibilitat quedi completament buida de contingut.

En tot cas, el règim d'intervenció administrativa que preveu la Llei 11/2009 inverteix el principi que estableix la Directiva de Serveis i la LLAAS: el que seria una excepció (el règim de llicència), resulta ser el règim general, i el que hauria de ser el règim general (la comunicació prèvia) es converteix en una simple possibilitat (art. 29.6).

En aquest sentit, en el cas que ens ocupa, caldria plantejar-se si, en lloc d'una actuació preventiva mitjançant un procediment de llicència, es podria obtenir un resultat similar amb un sistema de comunicació, intensificant els controls *a posteriori* per part de l'Administració, al menys pel que fa a determinades tipologies d'establiments.

L'ACCO és del parer que, donat l'ampli ventall d'activitats que queden compreses en l'àmbit d'aplicació de la Llei,²³ s'haguessin pogut establir diferents gradacions d'intervenció administrativa en funció del risc o impacte potencial de les activitats. És a dir, donat que és obvi que el risc per a la salut de les persones i per a la protecció de l'entorn urbà no és el mateix en totes les tipologies d'establiments, es podien haver establert règims de control administratiu més restrictius per a les tipologies d'establiments amb més impacte (llicències) i règims menys restrictius per a les activitats amb un menor impacte (comunicacions prèvies o declaracions responsables).

En definitiva, donat l'ampli ventall d'establiments oberts al públic compresos en l'àmbit d'aplicació de la Llei, haigés estat més favorable a la competència i, a la vegada, més compatible amb la Directiva de Serveis, i amb la LLAAS, que el sistema de comunicació fos la regla general i la llicència prèvia l'excepció, aplicable únicament per a aquelles tipologies d'establiments de major impacte o risc. Tal i com s'ha comentat, això és justament el contrari del que estableix l'article 29.6 de la Llei 11/2009. I encara amb més motiu si tenim present que la Llei 11/2009 no només regula establiments oberts al públic sinó també espectacles i

²² En la LIIAA, els establiments públics com restaurants, cafès i cafeteries, bars i similars, cafès musicals, cafès concert i altres espectacles musicals o de dansa estaven sotmesos a un règim de comunicació prèvia (art. 41 de la LIIAA i Annex III). El mateix establí el Decret 136/1999, de 18 de maig, pel qual s'aprova el Reglament general de desplegament de la LIIAA (a l'Annex III, figuren sotmeses a un règim de comunicació, les activitats recreatives de restauració, d'acord amb el catàleg d'espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics sotmesos a la Llei 10/1990).

²³ Segons el Decret 239/1999, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics.

activitats recreatives, i totes les tipologies s'han sotmès al mateix règim de llicència, sense establir distincions.

Per últim, volem comentar que el Dictamen del Consell Consultiu núm.293, emès en data 26 de maig de 2009, ja advertia que la Llei 11/2009 – Projecte de Llei en aquell moment – tenia alguns aspectes que presentaven problemes de compatibilitat amb les prescripcions de la Directiva de Serveis. Concretament, feia referència a: (i) la restricció que suposa la necessitat d'autorització per a la prestació de serveis (art. 29.1 del Projecte de Llei en relació amb l'article 9.1 de la Directiva de Serveis) i (ii) la instauració general del règim del silenci administratiu negatiu (art.33.2 del Projecte de Llei en relació amb l'article 13.4 de la Directiva de Serveis).

En aquest sentit, va manifestar: “entenem que, si més no, aquests dos aspectes obligaran a modificar algun paràmetre normatiu del Projecte de Llei abans del 28 de desembre de 2009, fent ús de les competències de la Generalitat en relació - en el cas que ens ocupa - amb la transposició de la Directiva europea”. També advertia que “potser hauria estat oportú que el Projecte hagués contemplat en el seu text normatiu les prescripcions de la normativa comunitària en vigor des del 28 de desembre de 2006”. En aquest sentit, esmentava que “tanmateix, un principi d'economia processal i fins i tot de prudència i de sentit comú, hauria estat fer lleva de les directrius comunitàries a l'hora de legislar de bell nou, sobre qualsevol matèria que pogués resultar afectada, durant el període de temps que transcorre entre l'entrada en vigor de la Directiva, fins a la data màxima de transposició (en el nostre cas, des del 28 de desembre de 2006 fins al 28 de desembre de 2009)”.

El caràcter més o menys accentuat de la restricció que suposa el règim de llicència i els seus efectes negatius sobre la competència dependran de les característiques específiques del règim que s'estableixi. A continuació, s'analitzen alguns dels aspectes rellevants.

(c) Sobre els requisits concrets per a concedir la llicència

La Llei 11/2009 no conté cap concreció sobre els criteris que seran considerats per les autoritats competents per atorgar les llicències. Només fa esment, a l'article 30.2, als tipus de condicions tècniques que els locals hauran de complir (de seguretat, de qualitat, de comoditat, salubritat i higiene adequades). Així mateix, a l'article 29.3 esmenta que el local ha de tenir les “condicions idònies” per a garantir els principis de seguretat, convivència i qualitat.

Tot i que suposadament serà en el desenvolupament reglamentari de la Llei on es concretaran aquestes condicions, hagués estat oportú una major concreció de cara a dotar la norma d'una major transparència i claredat (principis de transparència i de predictibilitat), sobretot en un aspecte tant important com és l'exercici de la facultat d'autorització per part de les autoritats competents.

També volem apuntar que, en funció del que disposi el desenvolupament reglamentari, podria no existir una completa adequació entre les raons d'interès general esmentades a l'exposició de motius per justificar l'existència d'un règim de llicència (salut pública, protecció dels consumidors i protecció de l'entorn urbà) i les condicions que s'esmenten a l'article 30.2 de la Llei que han de complir els establiments oberts al públic per a ser autoritzats.

Els requisits que s'estableixin en el desenvolupament normatiu, via reglament o en les ordenances i reglaments municipals (art. 26.3.d de la Llei 11/2009), caldria que fossin (i)

clars, (ii) que no estiguessin presents en altres normes –per tant, necessaris-, (iii) que estiguessin directament relacionats amb les raons d'interès general adduïdes en l'exposició de motius com a justificació del règim de llicència, i (iv) que no estiguessin relacionats amb aspectes que formen part de la lliure elecció del consumidor com, per exemple, la qualitat o la comoditat de l'establiment, que s'apunten en l'article 30.2 de la Llei 11/2009 com a condicions que han de complir els establiments per a ser autoritzats.

Així mateix, vinculat al que ja s'ha comentat anteriorment, donada l'amplitud de tipologies d'establiments compreses en l'àmbit d'aplicació de la Llei 11/2009²⁴ (bars, restaurants, discoteques, cafès, cinemes, teatres, sales de concerts, museus, etc.), d'acord amb els principis de mínima distorsió i de proporcionalitat, l'ACCO és del parer que en el desenvolupament reglamentari de la Llei s'hauria d'establir una gradació dels requisits exigits, en funció de la tipologia d'establiment i del seu risc o impacte associat.

En definitiva, l'objectiu és que els requisits exigits per a obtenir la llicència no incrementin injustificadament els efectes de barrera d'entrada per a nous operadors en el mercat que suposa la llicència.

(d) Sobre el silenci administratiu negatiu

La Llei 11/2009 estableix un règim de silenci administratiu negatiu (art. 33.2)²⁵, la qual cosa comporta que s'incrementa el temps d'espera dels nous operadors per accedir al mercat. Així mateix, disposa que l'inici de l'activitat sense la llicència pertinent es considera una falta molt greu o greu, segons el cas. Aquests dos factors, potencien els efectes restrictius de la llicència en relació a la competència.

Pel que fa al valor del silenci, cal tenir present les prescripcions de la Directiva de Serveis i la LLAAS relatives als procediments d'autorització. La Directiva estableix el silenci administratiu positiu com a norma general (art. 13.4). És a dir, preveu que, transcorregut el temps de resolució sense resposta, es considerarà que l'autorització ha estat concedida i, en conseqüència, els operadors podran iniciar la seva activitat.

La Directiva de Serveis només permet un règim de silenci negatiu, amb caràcter excepcional, quan estigui justificat per una raó imperiosa d'interès general²⁶, inclosos els legítims interessos de tercers. A més, la instauració d'un silenci negatiu hauria d'estar suficientment justificada, no només pel que fa a la seva necessitat, sinó també respecte la seva proporcionalitat.

Tenint en compte el concepte "raó imperiosa d'interès general" mencionat en el *considerant* 40 de la Directiva de Serveis, l'ACCO considera que l'establiment, amb caràcter general, per a totes les tipologies d'establiments, activitats recreatives i espectacles, d'un silenci negatiu no està justificat en la norma objecte d'anàlisi. Per tant, és del parer que caldría (i) optar per una mesura menys restrictiva de la competència com és el silenci positiu en la majoria dels

²⁴ D'acord amb el Decret 239/1999, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics, encara vigent.

²⁵ No totes les Comunitats Autònomes mantenen aquesta postura. N'hi ha que han decidit establir un règim de silenci administratiu positiu com, per exemple, Aragó, Navarra i País Basc.

²⁶ L'article 6 de la LLAAS preveu, a més, que els supòsits de silenci administratiu negatiu constitueixin excepcions que han d'estar previstes en una norma amb rang de llei.

casos regulats per aquesta Llei i (ii) justificar els casos concrets en que pugui ser necessari i proporcionat establir un silenci negatiu.

(e) Sobre la vigència de la llicència

La durada de la llicència és un factor que incideix directament en l'impacte competitiu d'aquesta en el funcionament del mercat.

La Directiva de Serveis (art. 11) estableix que no es pot limitar la durada de l'autorització concedida, llevat determinades excepcions²⁷. En aquest sentit, és dubtosa la justificació, tant des de l'òptica de la lliure competència com de la compatibilitat amb la Directiva de Serveis i la LLAAS, el redactat de l'article 35.1 de la Llei 11/2009, que estableix que la vigència de la llicència és indefinida, però que un reglament o les mateixes llicències poden establir el contrari (una durada limitada). Caldrà anar en compte, doncs, amb el desenvolupament reglamentari posterior de la llei en relació a aquest aspecte.

(f) Sobre el possible establiment d'un "numerus clausus"

L'article 36.1 de la Llei 11/2009 permet un desenvolupament normatiu que estableixi un *numerus clausus* de llicències i autoritzacions: *"les llicències i les autoritzacions regulades per aquesta llei són transmissibles, llevat que el nombre de les que es poden atorgar sigui limitat..."*.

L'establiment d'un nombre limitat d'autoritzacions afavoreix, òbviament, els operadors que ja estan establerts en el mercat i crea una barrera d'entrada insalvable per aquells que volen entrar-hi. Al mateix temps, dota a la llicència d'un valor econòmic que no tindria si la seva concessió no estigués sotmesa a limitacions quantitatives.

És un principi bàsic de la lliure competència no limitar, com a norma general, el nombre d'autoritzacions que es poden concedir. Aquest principi queda també recollit en la Directiva de Serveis. Aquesta només permet limitar el nombre d'autoritzacions quan estigui justificat degut a l'escassetat de recursos naturals o de les capacitats tècniques que es poden utilitzar (art.12.1 i *considerant* 62). En el cas que ens ocupa, l'ACCO és del parer que no ens trobem amb cap dels dos supòsits esmentats.

En definitiva, establir un sistema de "numerus clausus" constitueix una restricció a la competència i, com a tal, ha de ser necessària i proporcional ja que constitueix una excepció al principi general de la llibertat d'empresa. En el cas que ens ocupa, l'ACCO considera que aquestes condicions no es compleixen i que, en conseqüència, en el desenvolupament normatiu de la Llei no s'hauria d'incloure aquesta restricció potencial.

Aquestes consideracions no afecten a la possibilitat que, mitjançant la legislació urbanística, s'estableixin condicions, pel que fa a la qualificació dels usos, que tinguin conseqüències sobre la disponibilitat del sòl i/o dels locals per a ser destinats a establiments de pública concurrència.

²⁷ L'article 11.1 de la Directiva de serveis preveu que no es podrà limitar la durada de l'autorització concedida al prestador, excepte quan: (a) l'autorització es renovi automàticament o només estigui subjecta al compliment continu dels requisits, (b) el nombre d'autoritzacions disponibles sigui limitat per una raó imperiosa d'interès general o (c) la durada limitada estigui justificada per una raó imperiosa d'interès general.

4.3.3. L'exigència d'un control inicial, adicional a la llicència

L'article 31 de la Llei 11/2009 estableix que l'obertura dels establiments oberts al públic requereix que s'estengui una acta de control inicial que acrediti que les instal·lacions compleixen els requisits establerts per aquesta llei i per la resta de legislació aplicable (entre d'altres, la legislació sobre control ambiental preventiu i la normativa sobre prevenció d'incendis). També indica que "*l'acta de control inicial s'ha d'incorporar a la documentació de la llicència o l'autorització*".

Es tracta d'un tràmit que s'afegeix al règim de control administratiu previst en aquesta llei (llicència, autorització o comunicació, segons el cas). En els supòsits de llicència o autorització, aquest control inicial actua com una segona barrera d'entrada per als nous operadors. En els casos de comunicació, l'exigència d'aquest control inicial deixa sense efectes els beneficis d'aquest règim de control administratiu posterior, i esdevé també una barrera d'entrada d'efectes molt similars, des del punt de la vista de la competència, a un règim de llicència. Possiblement per aquest motiu, la nova Llei de prevenció i control ambiental de les activitats elimina els controls inicials en aquells supòsits en què estableix un règim de comunicació.

En qualsevol cas, la necessitat i proporcionalitat d'aquest control inicial no està prou justificat en la Llei 11/2009, tenint en compte la restricció a la competència que comporta. Així mateix, cal tenir present que, a la llum de la Directiva de Serveis, un control inicial d'aquestes característiques s'assimila a una autorització prèvia i, com a tal, hauria de ser excepcional i estar degudament justificat.

4.3.4. Les potestats normatives dels ajuntaments en l'àmbit de la Llei 11/2009

Fins on pot apreciar l'ACCO, la Llei 11/2009 és respectuosa amb les competències locals, de forma que el Govern de la Generalitat queda en una posició subsidiària respecte les facultats atribuïdes a l'Administració municipal per aquesta llei. A més d'atribuir els ajuntaments àmplies potestats normatives pel que fa a la planificació sectorial i al contingut material de la intervenció administrativa regulada, la Llei respecta les competències municipals de control, incloses les d'inspecció i sanció.

Ara bé, l'ACCO creu que la forma en què es defineix el marc regulador, que correspon desenvolupar als governs locals, podria induir els ajuntaments a adoptar ordenances que continguin restriccions injustificades de la competència. En aquest sentit,

- L'article 26.2 de la Llei 11/2009 estableix que els ajuntaments, per mitjà d'ordenances o de reglaments, poden sotmetre els espectacles públics, les activitats recreatives i els establiments oberts al públic a requisits i condicions addicionals als establerts amb caràcter general.
- L'article 26.3 d) preveu que les ordenances i reglaments municipals poden establir els requisits i les condicions especials que exigeixen per atorgar les llicències.

Per a la valoració d'aquests preceptes, des de l'òptica de la lliure competència, cal tenir present el principi de reserva de llei que estableix l'article 53.1 CE, en relació amb l'article 38 CE (llibertat d'empresa) en el sentit que l'exercici dels drets i llibertats reconeguts en el

capítol segon del Títol I de la CE (entre els quals es troba la llibertat d'empresa- art.38-) només poden regular-se per llei.

Així mateix, els principis de transparència i de predictibilitat, propis d'una regulació afavoridora de la competència, queden clarament en entredit quan una llei, com és el cas de la Llei 11/2009, no determina, ni tant sols genèricament, quins són els “requisits addicionals” i els “requisits i condicions especials” que poden imposar els ajuntaments per concedir les llicències o, si més no, no especifica en base a quines raons o objectius concrets es poden exigir aquests requisits.

L'ACCO considera que hauria estat oportú incorporar en la Llei 11/2009, com a mínim, alguna disposició relativa als principis rectors d'una regulació eficient des del punt de vista de la competència, pel que fa a la no introducció de restriccions injustificades a l'accés i l'exercici de les activitats, de tal manera que evités l'establiment de possibles restriccions injustificades²⁸ que, a més a més, molt possiblement, no superarien el test de compatibilitat amb la Directiva de serveis.

Encara que les raons d'interès general que justifiquen la intervenció administrativa són les mateixes per a tots els municipis, caldrà que cadascun d'ells justifiqui, en el seu cas particular, la necessitat i proporcionalitat d'establir requisits addicionals. De tota manera, l'ACCO és del parer que és justament a través del planejament territorial i urbanístic que cada municipi hauria de construir el seu propi “model de ciutat”, i no mitjançant l'establiment de requisits “addicionals” en ordenances sectorials, que poden esdevenir restrictives i injustificades.

D'altra banda, pel que fa als requisits previstos a l'article 26.3.b) de la Llei 11/2009, que es poden establir a través d'ordenances i reglaments municipals, com, per exemple, “*requisits constructius especials per a assegurar les millors condicions possibles de seguretat, accessibilitat, (...) i comoditat per afavorir el desenvolupament de la creativitat artística*”, l'ACCO és del parer que hagués estat possible una definició més concreta dels mateixos, i que la protecció de determinats interessos generals que es pretén aconseguir a través d'aquests requisits addicionals (seguretat, accessibilitat, respecte pel medi ambient,...) poden estar previstos en altres normatives i, per tant, podria existir una duplicació.

4.4. Consideracions sobre la resta de restriccions a la competència identificades

A banda de les consideracions sobre les restriccions més greus a la competència que s'acaben de descriure, es considera oportú realitzar observacions respecte altres restriccions a la competència identificades, que seran tractades de forma més breu.

²⁸ De la consulta d'algunes ordenances municipals que regulen els establiments de pública concurrència es desprèn que, en un nombre gens menyspreable d'elles, s'estableixen distàncies mínimes entre competidors, prescripció que, òbviament, és restrictiva de la competència, i que resulta un requisit a avaluar a la llum de la Directiva de serveis (art. 15.2 a). Cal ser conscients que si aquesta restricció no està expressament justificada per una raó d'interès general – com sembla que podria estar-ho en el cas dels establiments de pública concurrència-, és discriminatòria i/o desproporcionada, seria una restricció prohibida a la llum de la Directiva de serveis.

4.4.1. Suspensió de l'atorgament de llicències mentre estigui en tràmit l'aprovació d'una ordenança o reglament municipal

L'article 26.4 de la Llei 11/2009 estableix que es pot suspendre l'atorgament de llicències o autoritzacions mentre estigui en tràmit l'aprovació d'una ordenança o d'un reglament municipal, suspensió que pot durar fins a un any, comptat des del moment d'aprovació inicial de la norma o, si escau, des del moment d'iniciar el tràmit d'informació pública i audiència.

Aquesta previsió pot demorar l'inici de l'activitat econòmica d'un operador per temps considerable, beneficiant als operadors que ja estan implantats en el mercat, que veuen reduïda la competència i poden aprofitar per consolidar la seva posició en el mercat, durant el temps d'espera d'aquells que volen accedir-hi. Addicionalment, implica una certa incertesa regulatòria que pot afectar les decisions d'inversió dels agents econòmics.

Per últim, comentar que la Directiva de Serveis prohibeix l'establiment de prohibicions generals o moratòries. La denegació d'una autorització s'ha de resoldre individualment, cas per cas.

4.4.2. Règim d'autorització amb requisits de caràcter especial per als establiments de règim especial

En primer lloc, comentar que el Consell Consultiu, en el Dictamen núm. 293 abans citat, va determinar que l'article 39.3 de la Llei - Projecte de Llei llavors - que, en la redacció d'aquell moment, permetia limitar, per reglament o per mitjà dels instruments de planificació de la Generalitat, el nombre d'establiments oberts al públic de règim especial que es podien autoritzar i establir les condicions i els requisits de caràcter especial que s'havien de complir, podia afectar la llibertat d'empresa, reconeguda a l'article 38 CE, i que calia introduir algun criteri orientador en la remissió reglamentària.

El Consell Consultiu va determinar que *"el que es limita no és un aspecte col·lateral de la llibertat d'empresa sinó la seva facultat més definidora, com és la capacitat reconeguda a tota persona física i jurídica per iniciar i posar en marxa una activitat econòmica i empresarial, una de les llibertats clàssiques de l'ordenament comunitari coneguda com la llibertat d'establiment"*. Finalment, el Consell Consultiu va determinar que l'article era inconstitucional per vulnerar el principi de reserva de llei contingut a l'article 53.1 CE, en relació amb l'article 38 CE.

Per aquest motiu, es va modificar la redacció final de l'article que actualment apel·la a *"criteris de localització, distàncies mínimes, serveis de mobilitat o mesures especials de prevenció de la seguretat o de la salut"*, que han de complir aquest tipus d'establiments per *"minimitzar l'impacte que poden tenir en les zones residencials i en les activitats socials i culturals i de prevenir la seguretat i la salut de les persones afectades"*.

D'entre els criteris inclosos, cal comentar que l'establiment de distàncies mínimes, si és entre competidors, és una prescripció restrictiva de la competència ja que suposa una barrera a l'entrada, independentment que pugui estar o no justificada per raons d'interès general, segons el cas en qüestió. Així mateix és un requisit a avaluar a la llum de la Directiva de Serveis (art. 15.2 a). Una altra cosa és que les distàncies mínimes facin referència a la distància entre un establiment de règim especial i un altre tipus d'equipament com, per exemple, un centre docent.

Per últim, resulta d'aplicació a l'autorització d'aquest tipus d'establiments les mateixes consideracions que s'han esmentat pel que fa a la llicència dels establiments de caràcter general, i pel que fa a la planificació sectorial, que es donen per reproduïts per evitar repeticions innecessàries. Cal afegir, a més, que l'autorització d'aquests tipus d'establiment requereix el concurs de voluntats de les dues administracions interessades: els ajuntaments i la Generalitat²⁹ (article 39.2 de la Llei 11/2009), de manera que la seva obtenció pot arribar a ser especialment complicada i, per tant, dilatòria.

4.4.3. Registres administratius

L'article 19.1 de la Llei 11/2009 ordena als ajuntaments la creació d'un registre d'establiments oberts al públic i d'organitzadors d'espectacles públics i d'activitats recreatives ubicats al terme municipal. Aquesta previsió pot ser considerada una restricció potencial en el sentit que permet un desenvolupament normatiu que estableixi la necessitat d'inscriure's, amb caràcter preceptiu, per obtenir la llicència d'activitat.

L'obligatorietat d'inscripció en un Registre, amb caràcter previ a l'inici de l'activitat, suposa l'establiment d'un condicionant d'accés al mercat i és, alhora, una càrrega administrativa per a l'operador, doncs li suposa una inversió en temps i costos, més o menys alta en funció de la documentació que se li requereixi per a la inscripció.

Cal recordar que la Directiva de Serveis i la LLAAS prohibeixen les restriccions a la lliure prestació de serveis a través d'obligacions que impliquin estar inscrit en un registre administratiu (art. 16.2 b de la Directiva de Serveis). En aquest sentit, el *considerant* 39 de la Directiva equipara l'obligació d'inscripció en un registre amb un règim d'autorització. Ara bé, es permet la creació de registres de caràcter merament informatiu, entesos com obligacions de comunicació ex post, de l'inici de l'activitat, a l'autoritat competent³⁰.

Per últim, cal comentar que els registres han de contemplar mesures de simplificació administrativa com les que preveu l'article 5 de la Directiva de Serveis com, per exemple, acceptació de documents d'altres estats membres que tinguin una funció equivalent i la no obligació de presentar originals, còpies compulsades o bé traduccions compulsades.

4.4.4. Assegurança de responsabilitat civil

L'article 23.2 de la Llei 11/2009 exigeix la subscripció d'una assegurança de responsabilitat civil per atorgar la llicència o autorització.

Es tracta d'una mesura per garantir que els possibles danys a les persones i els béns que pugui causar una activitat quedin coberts. Ara bé, cal ser curosos amb el futur

²⁹ El procediment per obtenir-la varia en funció de la població. Així, cal llicència municipal, amb l'informe previ vinculant de la Generalitat per als municipis amb una població superior a 50.000 habitants. I autorització de la Generalitat, amb la conformitat prèvia de l'ajuntament afectat, per als municipis amb una població igual o inferior a 50.000 habitants, si bé la Generalitat pot delegar la competència als municipis interessats.

³⁰ A nivell estatal, el Projecte de Llei de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la LLAAS elimina, en una sèrie de normes, l'obligació de figurar, amb caràcter constitutiu, en un registre per accedir o operar el servei, i substitueix aquesta obligació per una inscripció als simples efectes de publicitat, que l'Administració ha de realitzar d'ofici. A Catalunya, el Decret 106/2008, de 6 de maig, de mesures per a l'eliminació de tràmits i la simplificació de procediments per facilitar l'activitat econòmica, preveu la inscripció d'ofici per part de l'Administració en determinats registres administratius.

desenvolupament reglamentari d'aquest precepte. D'una banda, caldrà tenir cura de no establir requisits que no siguin proporcionats a la llum de l'objectiu pretès com, per exemple, podria ser una suma assegurada excessiva, en comparació amb el risc assegurat, que es podria convertir en una càrrega administrativa injustificada pels operadors.

D'altra banda, caldrà respectar les previsions que estableix la Directiva de Serveis en aquest àmbit. L'article 14.7 de la Directiva estableix com a requisit prohibit supeditar l'accés a una activitat de serveis a la constitució d'un aval financer o a la subscripció d'una assegurança amb un prestador o organisme establert en el territori nacional.

Adicionalment, cal anar en compte amb l'establiment de fiances o avals per desenvolupar determinades activitats perquè amb l'assegurança ja podrien quedar coberts els riscos que es puguin generar. En aquest cas, les fiances podrien ser una barrera d'entrada, que haurà de ser ponderada perquè no suposi una elevació significativa dels costos, especialment si no es tenen en compte criteris com el volum de negocis dels operadors, sense perjudici dels legítims interessos del consumidor. Si això no es fes, podria anar contra el principi de proporcionalitat, de forma que la fiança es podria convertir en una forta barrera d'entrada, especialment per a les pimes.

5. CONCLUSIONS

En definitiva, l'ACCO considera que la Llei 11/2009, del 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives és una norma que estableix el marc legal d'intervenció administrativa, entre d'altres, del sector dels establiments oberts al públic, en uns termes que no són plenament respectuosos amb els principis bàsics d'una regulació eficient i afavoridora de la competència.

Concretament, s'han detectat cinc restriccions a la competència importants, que no estan suficientment justificades:

- (i) El disseny d'un marc normatiu per a la planificació sectorial, amb elements que indueixen a la programació econòmica del sector, sense que s'explicitin en la Llei les raons d'interès general que la justificarien.
- (ii) Un sistema de control administratiu que estableix com a regla general la llicència prèvia i, com a possibilitat subsidiària, la comunicació i que, a més a més, no estableix diferències entre les necessitats clarament diferents que susciten l'ampli ventall d'establiments afectats.
- (iii) L'establiment d'un silenci administratiu negatiu en relació al règim de llicència prèvia regulat.
- (iv) L'exigència d'un control inicial, per poder operar, sense explicitar les raons d'interès general que el justifiquen ni la seva proporcionalitat, i
- (v) Una habilitació legal excessivament general que permet expressament l'establiment de requisits suplementaris, per a l'atorgament de l'esmentada llicència, sense que s'indiquin ni la naturalesa dels requisits ni la justificació dels mateixos.

L'ACCO considera que aquestes previsions de la Llei 11/2009 no compleixen els principis de necessitat, proporcionalitat ni el de mínima distorsió i, en canvi, poden provocar sensibles distorsions a la competència.

A banda d'aquestes deficiències des de l'òptica de la lliure competència, l'ACCO realitza en l'Informe altres consideracions sobre els efectes restrictius actuals o potencials sobre la competència, pel que fa a (i) la durada de la llicència, (ii) la possibilitat de limitar el nombre de llicències, (iii) la suspensió temporal de l'atorgament de llicències mentre està en tràmit l'aprovació d'una ordenança o reglament municipal, (iv) els registres administratius, (v) l'assegurança de responsabilitat civil i, per últim, (vi) el règim d'autorització amb requisits de caràcter especial per als establiments de règim especial. En relació a totes aquestes qüestions, l'ACCO apunta elements que, en alguns casos, no estan suficientment justificats o que, en altres casos, haurien de ser objecte d'una major concreció en la Llei 11/2009.

Com a consideracions generals de caràcter transversal, l'ACCO apunta, en diferents ocasions, la conveniència d'ubicar algunes de les qüestions regulades en la Llei 11/2009 en la legislació en l'àmbit de la planificació territorial i, sobretot, urbanística. A més a més, s'inclouen algunes referències a les obligacions que es deriven de la Directiva de serveis i de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, quan s'ha considerat que existeixen dubtes seriosos de conformitat i que, en conseqüència, caldria avaluar.

Així mateix, val a dir que la Llei 11/2009 es caracteritza per tenir abundants remissions al desplegament posterior. Des de l'òptica de la llibertat d'empresa, aquesta tècnica legislativa té, per mandat constitucional, uns límits, de manera que no sembla satisfactori introduir, a nivell reglamentari, atenuacions de les restriccions injustificades a la competència presents en la Llei 11/2009. Per això, és essencial que els principis de necessitat, proporcionalitat i el de mínima distorsió es tinguin en compte en l'elaboració de tota norma amb rang de llei, precisament per evitar que les normes de desenvolupament posterior continguin restriccions injustificades a la competència.

És evident que aquestes consideracions no exclouen la persecució d'altres objectius i valors d'interès general específics del sector regulat. Ara bé, per a la consecució dels mateixos s'haurien de buscar els instruments i mecanismes que tinguin el mínim impacte competitiu negatiu en el mercat. No podem oblidar que aconseguir una millora del benestar, en sentit ampli, depèn d'assolir els objectius que defensa la Llei 11/2009 de convivència, seguretat i qualitat, però també de la millora de l'eficiència assignativa, innovació i productivitat de l'economia, resultat d'un entorn de competència efectiva.

Barcelona, 23 de novembre de 2009