



RECOMENDACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DETALLADA DE LOS USOS DEL SUELO DESDE LA ÓPTICA DE LA COMPETENCIA

Diciembre de 2014

REF. N.º.: ES 8/2014

INTRODUCCIÓN

"El urbanismo es una función pública que abarca la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, del subsuelo y del vuelo, su urbanización y su edificación, y la regulación del uso, de la conservación y de la rehabilitación de las obras, los edificios y las instalaciones."¹. Así, **el urbanismo** se concibe como una función **necesaria y conveniente**.

Como consecuencia del ejercicio de esta función se imponen ciertas restricciones o limitaciones a la implantación de determinadas tipologías de actividades económicas. Por ejemplo, mediante instrumentos urbanísticos se impide la implantación de determinados tipos de industria en el centro de un núcleo urbano.

Cuando, a través de la regulación, **se prohíben o condicionan de manera significativa determinados usos del suelo**, además de una limitación al principio de libertad de **empresa**, se genera un impacto **negativo en las condiciones de competencia en el mercado** (éste es mayor como más específica y detallada es la regulación). Esta afectación en las condiciones de competencia surge en la medida en que se dificulta o, incluso, en algún supuesto se impide el acceso al mercado de nuevos competidores o la expansión de los existentes. Las barreras de entrada suponen un problema en términos de competencia, dado que **condicionan la oferta del mercado y**, de paso, **limitan las bondades tradicionalmente asociadas a una competencia vigorosa, a saber, más cantidad y variedad de oferta, mejores precios y/o condiciones comerciales, innovación**, etc.

Precisamente, son implicaciones en términos de competencia de la regulación minuciosa de los usos del suelo lo que ha suscitado el interés de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, "ACCO") sobre esta cuestión, en tanto que organismo autónomo de la Generalitat de Catalunya, regulado por la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia, que de conformidad con el arte 2.1 de esta norma, "*tiene el objetivo de garantizar, mejorar y **promover las condiciones de libre competencia y transparencia en los mercados** con respecto a las actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña*" (la negrita no consta en el original).

Este documento se enmarca en la función de **promoción de la competencia** y presenta una **vocación claramente divulgativa**. De conformidad con esta voluntad, el documento persigue **un objeto queridamente acotado**, es decir, aunque el urbanismo puede presentar implicaciones en materia de competencia desde diversas perspectivas, **en este documento únicamente se aborda la cuestión relativa a la regulación detallada de los usos del suelo y, al mismo tiempo, conceptual**, en la medida en que no persigue un análisis sistemático y detallado de los diferentes instrumentos urbanísticos mediante los cuales se vehicula la regulación de los usos del suelo, sino de los efectos de esta regulación.

El uso de instrumentos "urbanísticos" con el objetivo de regular el ofrecimiento de bienes y servicios en determinadas zonas del territorio es, sin duda, una **cuestión de actualidad**. Esta circunstancia seguramente se explica por el interés de las autoridades públicas (principalmente de ámbito municipal, aunque no de manera exclusiva) de dar respuesta a la voluntad de parte de la ciudadanía de alcanzar o preservar un determinado "modelo de ciudad", una "oferta comercial equilibrada", la "convivencia ciudadana", etc.

¹ Definición contenida en el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el Texto refundido de la ley de urbanismo

En **Barcelona** ya hace 3 o 4 años que el Plan de usos de Ciutat Vella² fue objeto de atención por su aprobación y el año pasado por su modificación³. Asimismo, se ha hecho público que actualmente, se está trabajando en el Plan de usos de La Rambla⁴ así como en un nuevo plan de usos del barrio de Gracia⁵ del mismo municipio. Al mismo tiempo es también conocida la movilización de los vecinos del barrio de la Barceloneta⁶ para tratar de detener la presión turística que sufre el barrio. En cualquier caso, destacar que **no se trata de situaciones específicas sino que la extensión de este tipo de regulación** (fundamentadas en la limitación de apertura de locales de ocio, de restauración o de apartamentos turísticos, entre otros) **ha sido generalizada**⁷.

Las referencias que incluye el documento a normativas de diferentes municipios responden únicamente a la conveniencia **de ilustrar** con ejemplos concretos **los diversos tipos de restricciones o limitaciones en los usos del suelo existentes actualmente**⁸.

En último extremo, con este documento, **la ACCO pretende poner de manifiesto que:**

- ✓ **La variable de competencia constituye un factor de decisión que no puede obviarse y que tiene que ser tenido en cuenta por parte de los poderes públicos en la regulación de los usos del suelo, dado que la alteración de las condiciones de competencia en el mercado puede** impactar en términos de cantidad y calidad de la oferta así como en condiciones comerciales y precios de bienes y servicios **y**, por lo tanto, **repercutir directamente sobre el bienestar de los consumidores y usuarios.**
- ✓ En la medida en que la regulación de los usos del suelo puede presentar implicaciones en términos de competencia, **habrá que ponderar los diferentes intereses en juego**; es decir, contraponer los beneficios asociados a la introducción de una restricción con los costes que supone en términos de menor competencia.
- ✓ **Si no se ponderan adecuadamente los diferentes intereses en contraposición, es posible que se generen innecesariamente e injustificada costes importantes en términos de competencia.** De hecho, algunas de estas restricciones pueden presentar, adicionalmente, problemas de legalidad.

Este documento se estructura de la siguiente manera: en la sección primera se recogen algunos ejemplos de restricciones a la actividad económica como consecuencia de la regulación minuciosa de los usos del suelo. Posteriormente (sección segunda), se exponen los problemas en términos de competencia que presenta este tipo de regulación. Seguidamente (sección tercera), se analizan los motivos tradicionalmente invocados para justificar una regulación restrictiva en materia de usos. En el último apartado (sección

² Plan de usos de Ciutat Vella (TV3, telediario comarcas - 24/09/2010).

³ <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2013&09/022013021378.pdf>

⁴ http://www.ara.cat/barcelona/LAjuntament-impulsa-retornar-Rambla-barcelonins_0_1184281784.html.

⁵ <http://www.lavanguardia.com/mon-barcelona/20140926/54416362179/pla-usos-gracia.html>.

⁶ Sra. Mercè Homs -Concejala del distrito de Ciutat Vella en Barcelona- ha recordado que el Gobierno municipal continúa trabajando en la redacción de un plan específico para la regulación de las viviendas de uso turístico en toda la ciudad. El documento está previsto que esté listo en otoño, y pretende "trasladar a nivel de ciudad la filosofía de Ciutat Vella, agrupando los apartamentos turísticos en edificios enteros" (<http://premsa.bcn.cat/2014/08/20/merce-homs-els-veins-de-la-barceloneta-no-estan-sols-i-treballem-per-garantir-la-tolerancia-zero-amb-lincivisme-a-la-ciutat/?print=1>).

⁷ Incluso en el ámbito del conjunto de Barcelona, se adoptan a veces medidas generalizadas como, por ejemplo, dejar de otorgar licencias para "pisos turísticos" indefinidamente.

⁸ http://www.ara.cat/societat/Barcelona-congelara-indefinitament-licencies-turistics_0_1235876552.html.

⁸ Notar que se trata de normativa consultada, a la fecha de emisión de este documento, a las webs institucionales de los respectivos consistorios municipales; sin embargo, no se puede descartar que sea posible que exista alguna modificación puntal.

cuarta), se aborda la posibilidad de que la regulación detallada de los usos del suelo pueda no ser ajustada a la legalidad y, cierra el documento, una sección de conclusiones (sección quinta).

1. REGULACIÓN DETALLADA DE LOS USOS DEL SUELO

La primera delimitación urbanística del suelo se concreta mediante los planes generales en el marco de los cuales **se clasifica el suelo** entre urbano, urbanizable y no urbanizable. Posteriormente, se **califica el suelo**, actuación que consiste en **asignar usos** e intensidades en suelos ya previamente clasificados como suelo urbanizable. Notar que existen dos categorías de regulación de usos: **uso global** (residencial, industrial, terciario y dotacional) y **uso detallado** (y dentro de éstos subcategorías -, por ejemplo establecer distancias mínimas entre una misma tipología de establecimientos o la prohibición de una determinada actividad en una zona delimitada).

La **regulación de los usos de forma detallada** constituye, desde un punto de vista material, **el objeto del presente documento**. Indicar que este tipo de regulación de los usos habitualmente se efectúa de la siguiente manera: en primer lugar, **se definen las diferentes tipologías de actividades** de manera tal que quien desee iniciar una actividad pueda saber, a la vista de las referidas definiciones, en qué tipología se encuentra recogida la que resulta de su interés. Y adicionalmente, **se divide el municipio en diversas zonas** (se detalla qué calles se encuentran en cada una de estas zonas). **En base a ambos parámetros** (tipologías de actividades y zonas) **se regula la presencia de cada una de estas actividades en las diferentes zonas**, tal como se efectúa por ejemplo en relación con Ciutat Vella (Barcelona)⁹.

También **es posible que la lista de tipologías de actividades definidas no sea completa** o bien que, a pesar de serlo, en algunas zonas no se regulen específicamente todas sino que se opte por indicar cuáles son las únicas permitidas -quizás supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones- y que el resto de actividades en la zona o zonas reguladas sean prohibidas o, en sentido contrario, que son las únicas actividades prohibidas y que el resto son permitidas -quizás sujetos al cumplimiento de determinados requisitos.

Este tipo de regulaciones minuciosas de usos se puede vehicular mediante diferentes instrumentos de planeamiento. Lo más habitual es encontrarla en los **planes especiales de usos**¹⁰. Sin embargo, la regulación de los usos de forma detallada se puede encontrar también en instrumentos de ámbito general como son los planes generales municipales¹¹ los planes de ordenación urbana municipales¹² o, ya más específicamente, los planes de mejora urbana¹³. Indicar asimismo, que la regulación de usos también se puede encontrar en ordenanzas reguladoras de una actividad económica concreta (por ejemplo, de los

⁹<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2013&09/022013021378.pdf&1>

¹⁰ Por ejemplo, el Plan especial urbanístico de usos de los ejes comerciales de la ciudad de Vic.<http://www.vic.cat/viure-a-vic/urbanisme/planejament/planejament-aprovat/planejament-derivat/pla-especial-urbanistic-dusos-dels-eixos-comercials-de-la-ciutat-1/pla-especial-urbanistic-dusos-dels-eixos-comercials-de-la-ciutat> o el Plan especial de concreción de usos comerciales y de servicios en el ámbito del centro de Gavà.

¹¹<http://www.gavaciutat.cat/documents/1694232/1730163/02.+Memo-PEuscentre.pdf/ddbf133c-42ac-4cd5-83b0-df73264fa350>

¹²http://badalona.cat/portalWeb/badalona.portal?nfpb=true&pageLabel=detall_noticia&dDocName=AJB059478#wlp_detall_noticia.

¹³ Plan de ordenación urbana municipal de Lloret de Mar (art. 162)

http://www.lloret.cat/catala/Urbanisme/POUM_definitiu/06_VOLUM%20VI/NORMATIVA_URBANISTICA.pdf

¹³ Véase la recomendación de la Diputación de Barcelona en la "guía metodológica para la regulación de los usos de los locales comerciales en planta baja" (pág. 51) así como el plan de mejora urbana de integración de usos en el casco antiguo de Sitges (septiembre 2008)http://www.sitges.cat/doc/doc_22934356_1.pdf.

locutorios, del comercio de alimentación, de negocios de *souvenirs*, etc)¹⁴ u ordenanzas de carácter más genérico, como aquéllas que regulan las actividades de locales de pública concurrencia¹⁵. En cualquier caso, para el análisis que nos ocupa -a saber, valoración en temas de competencia de la regulación de los usos del suelo, el instrumento mediante el cual se introduzca en el ordenamiento jurídico resulta irrelevante.

A continuación, se identifican algunas de las **diferentes tipologías de restricciones en los usos del suelo** más relevantes en términos de política de competencia. Juntamente con esta explicación se han incorporado distintos ejemplos de normativas de ámbito municipal que contienen las referidas restricciones. Si bien, en la normativa de muchos municipios se pueden encontrar estas restricciones, la selección de los ejemplos incorporados en este documento se ha efectuado únicamente por su capacidad ilustrativa.

- Distancias mínimas entre diferentes tipologías de usos. Determinadas normativas establecen la necesidad de respetar una distancia mínima entre usos de diferente naturaleza.

La Ordenanza de usos y actividades del municipio de Terrassa¹⁶ hace referencia a que los establecimientos de servicios telefónicos para uso público o locutorios "*se ubicarán a una distancia mínima de (...) a cincuenta metros (50 m) de edificios o recintos destinados a usos institucionales, religiosos, docentes y sanitario asistenciales.*"

- Distancias mínimas entre competidores. En estos casos, se limita la ubicación de una determinada actividad respecto de establecimientos del mismo tipo, imponiendo una cierta distancia mínima por debajo de la cual no se podrán implantar los competidores.

Es el caso de Solsona que a través del artículo 14 de la Ordenanza de los establecimientos de servicios telefónicos para uso público¹⁷ establece como condición para la apertura de este tipo de establecimientos el respetar la siguiente distancia: "*una distancia mínima de 350 metros respecto de otros establecimientos de la misma clase.*"

- Prohibiciones en el emplazamiento de determinadas tipologías de establecimiento. Algunas normativas prohíben de forma total y absoluta el establecimiento de determinadas actividades en ciertas zonas. Estas prohibiciones pueden preverse tanto explícitamente como de manera implícita.

Esta tipología de restricciones se encuentra en Sant Cugat del Vallès, ya que a través del artículo 6.2 de la Ordenanza municipal de implantación de usos comerciales¹⁸ se prohíbe expresamente la implantación de determinados establecimientos cuando dispone que "*se excluyen explícitamente las siguientes actividades...*" Y a continuación elabora un *listado extenso* de usos afectados por la prohibición, como por ejemplo, oficinas, inmobiliarias, gasolineras, gimnasios, comercio al por mayor, etc.

Implícitamente se introduce la prohibición de establecerse cuando una determinada actividad es excluida de la definición de uso comercial.

¹⁴ Ordenanza de los establecimientos de servicios telefónicos para uso público de Solsona (http://www.ajsolsona.cat/ca/documents/reglaments-ordenances-i-bans-dalcaldia/ordenanca-dels-establiments-de-serveis-telefonics-dus-public/88.140.ca.ordenanca_locut.pdf) o el Plan especial de ordenación de los establecimientos comerciales destinados a la venta de artículos de recuerdo o *souvenirs* en la ciudad de Barcelona <http://w110.bcn.cat/CiutatVella/Continguts/Documents/Fitxers/pladusossouvenirs.542.pdf>

¹⁵ Ordenanza reguladora de los establecimientos de pública concurrencia de Lérida https://www.paeria.es/arxius/ordenances/Document_561.pdf

¹⁶ Artículo 33.3 del Ordenanza <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2011&12/022011030876.pdf&1>

¹⁷ http://www.ajsolsona.cat/ca/documents/reglaments-ordenances-i-bans-dalcaldia/ordenanca-dels-establiments-de-serveis-telefonics-dus-public/88.140.ca.ordenanca_locut.pdf

¹⁸ <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2012&05/02201210466.pdf>

De esta manera, Cerdanyola, a través del artículo 3 del Ordenanza municipal para la regulación de los usos de oficinas, servicios médicos y otros en los ejes comerciales¹⁹ Situado en el capítulo II que efectúa una regulación detallada de los establecimientos, considera que determinadas actividades como la automoción, hipermercados, almacenaje y venta de artículos de tipo industrial, etc.

"No se considerarán usos comerciales a los efectos de esta ordenanza y quedarán por lo tanto prohibidas".

En ciertos supuestos, estas prohibiciones afectan a determinados usos muy específicos.

Por ejemplo, el artículo 14 del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otras actividades en Ciutat Vella²⁰, que lleva por título "*Condiciones para la implantación de determinadas actividades*" excluye la apertura de determinados establecimientos de comida ya que, prohíbe lo siguiente: "**la venta de todos aquellos productos alimentarios expresamente preparados para el consumo inmediato en la vía pública y en especial los bocadillos fríos o calientes, kebabs, y similares.**"

Asimismo también existen supuestos en los que se prohíbe la implantación de una actividad económica si no se desarrolla en todo un edificio.

En Ciutat Vella²¹, también existe una regulación conforme a la cual se extinguirán las licencias de aquellos pisos turísticos que en un plazo de 6 años no se hayan agrupado en edificios enteros o en edificios con otros usos que no sean de vivienda. "**PRIMERA. Extinción de las licencias de viviendas de uso turístico. Se extinguirán las licencias para viviendas de uso turístico (actualmente regularizados de acuerdo con las autorizaciones otorgadas al amparo del apartado 5 de la Disposición transitoria primera del Plan de usos de Ciutat Vella aprobado el 17 de junio de 2005), que en un periodo de seis años, a contar desde la aprobación definitiva de la presente modificación de Plan especial, no se hayan agrupado en edificios enteros o en edificios con otros usos que no sean el de vivienda según las condiciones del artículo 21.**"

- **Número máximo de establecimientos de determinadas características.** Algunas normativas regulan el número máximo de establecimientos de la misma naturaleza que se pueden establecer en una determinada zona. En otros términos, se impone un *numerus clausus* de operadores de una actividad, de manera que una vez agotados el número máximo de establecimientos de cierta categoría, ya no se pueden implantar más.

Así, el artículo 7.3. de la Ordenanza municipal de usos en torno a Can Mario en Palafrugell²² que regula la concurrencia de usos y actividades, establece lo siguiente: **no se podrán autorizar la apertura de más de un establecimiento de los indicados en los apartados 5.1.1 y 5.3.1. que tengan una superficie superior a 100 m².**

Tomando como ejemplo el apartado 5.3.1. que hace referencia a los bares y restaurantes, así la normativa limita sólo a 1 el número de bares y restaurantes (con superficie superior a 100 m²) que se pueden implantar en la zona delimitada por el Ordenanza.

Otra manera de restringir determinados usos del suelo consiste en condicionar la apertura de un determinado establecimiento a que se genere la baja de otra licencia de un establecimiento de idéntica naturaleza en lo que se quiere implantar. Así, la cantidad de licencias otorgadas para ejercer una determinada actividad siempre será la misma.

¹⁹http://www.cerdanyola.cat/webapps/export/sites/cerdanyola/continguts_portal/menu_principal/galeries/galeria_documents/Normativa/ordenanxa_eix_central.pdf

²⁰<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2013&09/022013021378.pdf&1>

²¹<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2013&09/022013021378.pdf&1> (en su disp. add. primera)

²²https://seu.palafrugell.cat/images/documents/ordenances/ordenanca_usos_can_mario.pdf

Éste es el caso de Ciutat Vella, con respecto a las viviendas de uso turístico (apartado 9 del artículo 14 del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otras actividades en Ciutat Vella) **"Sólo se admitirá la implantación de una nueva vivienda de uso turístico en el caso de que se produzca la baja de otro con licencia otorgada al amparo del apartado 5 de la Disposición transitoria primera del Plan de usos de Ciutat Vella aprobado el 17 de junio de 2005."**

Incluso, en algún supuesto no sólo se limita el crecimiento de la oferta existente, sino que incluso se opta por reducirla. Este objetivo se consigue a partir de condicionar la implantación de una nueva actividad a que se dé de baja otra licencia y la nueva actividad tendrá que respetar una relación desfavorable en relación con la superficie donde desarrollar la nueva actividad respecto del anterior (p. ej. de 1, 5 m a 1 m).

El artículo 14.3 c) del Plan especial de Ciutat Vella presenta la siguiente literalidad: **"c. La equivalencia en metros cuadrados de superficie destinada al público entre el nuevo local y lo que es objeto de la baja será como máximo de 1'3 en 1, o bien de 1'5 en 1 si el local proviene de las zonas ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8. En las operaciones internas de altas y bajas producidas en cada una de las zonas ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8 sólo les será de aplicación una equivalencia de 1'2 en 1. La regulación complementaria de esta condición se establece en la Sección 5ª del Capítulo IV de la presente normativa."**

En el análisis de diferentes normativas reguladoras de usos también se han identificado restricciones, que, a pesar de no restringir los usos del suelo directamente, condicionan el ejercicio de ciertas actividades, de manera tal que pueden producir efectos muy similares a aquella regulación. En particular, se trata de:

- **Exigencia de elementos internos y superficies mínimas.** Existe normativa que impone, a fin de que se pueda desarrollar una determinada actividad, que el espacio donde se lleve a cabo reúna determinadas características internas.

En este sentido, en Solsona encontramos, en relación con los servicios telefónico para uso público, que se exige que²³: **"Artículo 8. Todos los locales tienen que disponer de sala de espera con una superficie mínima de 20 m2 para dos cabinas; se incrementará esta superficie de espera a razón de 1, 5 m2 por cabina o lugar de comunicación telefónica o de fax."**

- **Límites en la composición de la oferta y de superficie máxima.** En otros casos, se han detectado limitaciones en la composición de la oferta del negocio, en el sentido que se condiciona el ejercicio de una actividad a la realización de otra.

Así en Sitges²⁴, únicamente se puede instalar una terraza si el establecimiento es un bar. En cambio, si el establecimiento es alimentario con degustación no tendrá esta posibilidad. **"Artículo 51. Tipo de establecimientos con derecho a instalar terrazas: Únicamente y exclusiva, tendrán derecho a la instalación de terrazas, los establecimientos de los tipos: Cod. 16.1 bares, Cod. 16.2. restaurantes, Cod. 16.3. Bar-restaurante (y los respectivos establecimientos de excelencia) y hoteles con servicio de bar-restaurante. Quedan explícitamente prohibidas las terrazas dependientes de los otros establecimientos de pública concurrencia, así como de los llamados establecimientos comerciales alimentarios con degustación."**

En Vilanova i la Geltrú²⁵ por ejemplo se permitirá **"[...] la actividad de karaoke como complemento con las actividades de bar musical [...]"**. Así pues, parece que mientras autónomamente no se podría realizar la actividad de karaoke, sí que se podría llevar a cabo "como complemento" de un bar musical.

²³ http://www.ajsolsona.cat/ca/documents/reglaments-ordenances-i-bans-dalcaldia/ordenanca-dels-establiments-de-serveis-telefonics-dus-public/88.140.ca.ordenanca_locut.pdf

²⁴ Plan de Mejora Urbana de Integración de Usos en el Casco Antiguo de Sitges. Texto Refundido. Septiembre 2008. http://www.sitges.cat/doc/doc_22934356_1.pdf

²⁵ Modificación del plan especial de usos por establecimientos musicales y de restauración de pública concurrencia del núcleo antiguo y ensanche central de Vilanova i la Geltrú http://www.vilanova.cat/doc/doc_30773396_1.pdf

Con respecto a la composición de la oferta, también se han detectado casos en los que se condiciona la implantación a ofrecer productos y servicios de cualidades no presentes en el municipio correspondiente.

A continuación se reproduce un fragmento de una regulación de Palafrugell²⁶: "**5.1.4. Equipamiento de la persona. Comprende la venta al detalle de moda en general, vestidos, zapatos, y complementos, con preferencia al comercio especializado y de calidad, con marcas no presentes en Palafrugell o bien que se trasladen a Can Mario desde las actuales localizaciones, en una superficie que no exceda los 100 m².**"

Destacar que con estas restricciones sobre la composición de la oferta se está limitando a proyectos empresariales de venta de productos *low cost* su implantación en el territorio cuando quizás serían demandados. Además, se está afectando directamente la competencia intramarca (dentro de una misma marca) de manera que en el municipio en cuestión quién consiguiera ser el primero en vender una determinada marca de moda no tendría competencia y podría perjudicar a los consumidores, por ejemplo, incrementando los precios.

- Incompatibilidad con otras actividades (en un mismo local). Otra restricción que condiciona la libre iniciativa empresarial consiste en regular que una determinada tipología de actividades es incompatible con otras. De esta manera, si un empresario, además de un servicio telefónico y de internet quiere por ejemplo ofrecer refrescos para atender a sus clientes mientras estando navegando por internet, se ve impedido a hacerlo.

En este sentido, en Terrassa, hay normativa que determina lo siguiente: "**La actividad de servicios telefónicos es incompatible con cualquier otra, salvo los servicios de internet.**"²⁷

- Limitación en función de la titularidad. Con el objetivo de evitar la concentración ya no de tipologías de actividades concretas, sino de operadores específicos, se ha detectado normativa conforme la cual se limita la posibilidad de desarrollar una actividad económica en función, no de la actividad, sino de quien sea el impulsor (solicitante de la licencia correspondiente). Es decir, si el operador que quiere implantarse ya tiene licencias es posible que se le deniegue esta posibilidad, mientras que se permite la implantación de un proyecto idéntico si el operador solicitante no es titular de licencias en la zona.

Esta regulación aplicaba en Ciutat Vella²⁸:

"**a. Los nuevos locales se admitirán siempre y cuando se aporte la baja de unas o más licencias del mismo titular [...]**" (el subrayado no consta en el original)

Por lo tanto, de la regulación minuciosa y detallada de los usos del suelo resultan una serie de **restricciones para la libertad de empresa y para la competencia**, que pueden ser calificadas como **barreras en la entrada de carácter absoluto**, en tanto que imposibilitan la implantación de los operadores, o **barreras en la entrada de carácter relativo**, de manera

²⁶ Ordenanza municipal de usos en torno a Can Mario en

Palafrugell. https://seu.palafrugell.cat/images/documents/ordenances/ordenanca_usos_can_mario.pdf

²⁷ Art. 33.2 de la Ordenanza de usos y actividades de

Terrassa <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2011&12/022011030876.pdf&1>.

²⁸ Normativa de la modificación del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otras actividades en Ciutat Vella (<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.asp?fnew?bop2013&09/022013021378.pdf&1>). Notar que esta previsión ha sido declarada nula por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº. 199 de 2 de abril de 2014 recaído en el recurso nº. 380/2010.

que, si bien no impiden necesariamente la aparición de nuevos agentes en el mercado, dificultan y obstaculizan esta posibilidad.

Del análisis efectuado se concluye que estas restricciones se encuentran habitualmente vinculadas a alguna de las siguientes actividades: locutorios; establecimientos públicos como: bares, restaurantes, hoteles, bares musicales, discotecas, salas recreativas y similares; alojamientos turísticos y oficinas, servicios financieros y similares.

La realidad descrita responde básicamente al hecho de que la regulación detallada de los usos del suelo persigue básicamente dos finalidades principales, a saber: (i) por una parte, garantizar y/o preservar la diversidad comercial y (ii) de otra, la eliminación de externalidades negativas. Explicitando esta motivación para justificar la regulación detallada de los usos del suelo, la Diputación de Barcelona publicó, en marzo de 2011, la "*guía metodológica para la regulación de los usos de los locales comerciales en planta baja*" y específicamente, con respecto a la detección de los motivos que justificarían la introducción de una regulación restrictiva en materia de usos del suelo mencionaba: "Por la alteración de la mezcla comercial clásica" (ya sea por desertización o por pérdida de diversidad comercial) o bien "*En razón de molestias*".

2. COSTES PARA LA COMPETENCIA DE LA REGULACIÓN DETALLADA DE LOS USOS DEL SUELO

Como es sabido, el urbanismo persigue "*la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, del subsuelo y del vuelo, su urbanización y su edificación, y la regulación del uso, de la conservación y de la rehabilitación de las obras, los edificios y las instalaciones*"²⁹. De entre estos objetivos genéricamente expuestos, sería posible enmarcar actuaciones concretas como la fijación de la frontera urbanística (suelo que se puede urbanizar) o, incluso, identificar las zonas donde están permitidos los usos comerciales, las zonas aptas para uso industrial o las zonas residenciales (determinación de un modelo de ciudad en sentido general).

De hecho, las limitaciones generales asociadas propiamente con el urbanismo no generan graves problemas para la competencia, hasta el punto que **una regulación general de los usos** -que se considera propia del urbanismo y **que se conoce como zoning**- no siempre comporta efectos restrictivos de la competencia. Sino que al contrario, en algunos casos una política de **zoning puede tener ciertos efectos positivos sobre la competencia**, ya que al contribuir a la concentración de operadores en una zona puede implicar:

- ✓ Desde la perspectiva de la oferta, un **incremento de la rivalidad competitiva de los operadores**, dado que debido al *zoning* estarán situados más cerca los competidores, pues el espacio total donde se pueden implantar es menor³⁰ y
- ✓ Desde la perspectiva de la demanda, una **disminución de los costes de investigación de los consumidores**, ya que éstos podrán comparar precios y servicios ofrecidos más fácilmente.

²⁹ Vid. nota en el pie 1.

³⁰ Ahora bien, habrá que ir en cuenta que esta mayor proximidad de los operadores no facilite que éstos incurran en conductas colusorias.

Sin embargo, **si el suelo**, que en términos generales se puede entender como un recurso limitado y al mismo tiempo un input importante para el desarrollo de algunas actividades económicas, **es objeto de una regulación detallada** (como la que se ha descrito en la sección anterior) **restrictiva con respecto a sus usos** -por ejemplo: distancias mínimas entre competidores o densidades máximas de operadores- **se dificulta en gran medida y, incluso, se puede llegar a impedir el establecimiento físico de nuevos operadores.**

Desde la perspectiva de los operadores que quieren acceder al mercado, las restricciones que constituyan **barreras en la entrada de carácter absoluto (insalvables)** generan unos costes para la competencia de manera directa, dado que han impedido la aparición de un nuevo operador en el mercado, es decir, presentan el efecto inmediato de **limitar la oferta del mercado y provocar su cierre.**

Con respecto al resto de restricciones en los usos del suelo -las que se han denominado **barreras en la entrada relativas**, si bien conceptualmente no presentan impactos tan fuertes en términos de competencia, pueden suponer en la práctica en un número importante de supuestos un **incremento de costes en términos económicos y de tiempo para los potenciales nuevos entrantes.**

A pesar de tratarse de restricciones relativas, para salvarlas será necesario invertir unos esfuerzos en términos de dinero y de tiempo adicionales respecto de un escenario falto de la referida regulación. Esta situación es negativa *per se* en términos de competencia, ya que los nuevos entrantes en el mercado **ven reducida su capacidad de competir como consecuencia de la asunción de los referidos costes regulatorios.** Incluso en último extremo, éstos "sobre costes" pueden provocar que **los nuevos operadores se vean desincentivados** de intentar entrar en el mercado, nuevamente presentando el efecto de limitar la posible oferta.

Desde la perspectiva de los operadores incumbentes, cualquier regulación que dificulte o impida la entrada de nuevos agentes, por una parte, altera las condiciones de competencia, ya que **reduce las presiones competitivas** que éstos sienten y, al mismo tiempo, por otra, es factible que provoque un incremento en el precio de los traspasos de los negocios, situación que beneficia directamente a los operadores ya establecidos en el momento que se introduce la restricción (**obtención de rentas regulatorias**).

Se concluye que una regulación detallada de los usos del suelo presenta afectaciones tanto para los nuevos entrantes como para los operadores ya establecidos y de esta circunstancia resultan **una serie de impactos negativos en términos de competencia.** En particular, se puede destacar que:

- ✓ Dificultar o imposibilitar la entrada de nuevos operadores en el mercado comporta **una limitación de la oferta** y se repercute necesariamente sobre la **variedad, cantidad y calidad de la misma.**
- ✓ Reducir la oferta comercial acostumbra a provocar **precios más elevados** para los consumidores, con el correspondiente empeoramiento de su bienestar.
- ✓ **Disminuyen los estímulos a la innovación** empresarial.
- ✓ **Minoran las presiones competitivas de los operadores incumbentes**, de manera que:

- **éstos no perciben en la misma medida la necesidad de esforzarse en diferenciarse y mejorar en términos de condiciones comerciales y/o de servicio** (p. ex. mediante el ofrecimiento de un servicio de reparación gratuito, una extensión de la garantía, un mejor servicio de atención al cliente, etc.), con el correspondiente impacto negativo sobre el bienestar del consumidor.
- **les otorga una situación de privilegio frente a los potenciales entrantes quizás no justificada en términos de méritos empresariales**, es decir, al existir obstáculos regulatorios, ya sean más o menos salvables, para acceder al mercado se puede estar perjudicando injustificadamente a potenciales operadores entrantes que disfruten de más méritos empresariales que los ya establecidos (p.ex. situación que se produce si aquéllos son más eficientes, ofrecen servicios/bienes a los consumidores con mejores condiciones, disponen de productos que se adaptan mejor a la demanda de los clientes, etc.).
- **la probabilidad que tengan lugar comportamientos colusorios son mayores**, visto que los operadores tienen perfectamente identificados a los competidores, ya que son los mismos a lo largo del tiempo.

Estos **impactos negativos en las condiciones de competencia en el mercado pueden verse agravados** según la OCDE (*Land Use Restrictions as Barriers to Entry 2008*, pág. 23)³¹ cuando adicionalmente concurre alguna de las circunstancias de mercado siguientes:

- ✓ Existe algún **operador dominante**.
- ✓ Se impide que entren nuevas empresas al mercado de **tipo low-cost** cuando la oferta actual se encuentre compuesta básicamente por empresas *high-cost* o que entren empresas especialmente vigorosas, independientes y poco previsibles en términos de competencia (*maverick*).
- ✓ Se **reduce la oferta total** de algún bien o servicio.
- ✓ Se retrasa indebidamente **la entrada de algún bien o servicio que los consumidores valoran** (p. ex. aquéllos que resulten de procesos de innovación, de diferenciación).

Estas medidas restrictivas afectan, de forma directa y/o indirecta, **a la composición de la oferta comercial del municipio y dificulta la actividad económica en el mismo**. En resumen, una buena regulación económica parte de la premisa básica de no introducir restricciones injustificadas en el ejercicio de actividades económicas, ya que, en caso contrario, se alteran injustificadamente las condiciones de competencia en el mercado. Situación que **impacta negativamente en la estructura de costes de los operadores de mercado** y repercute, a nivel agregado, en **la actividad de la economía en su conjunto**.

Adicionalmente, **una regulación muy detallada de los usos del suelo** no sólo comporta los mencionados problemas para la competencia sino que **supone sustituir las leyes de mercado en la determinación de la cantidad y localización de las actividades**

³¹<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41763060.pdf>

económicas por la planificación económica, que al margen de otras consideraciones no menores, es una opción que presenta evidentes **riesgos regulatorios**:

- ✓ En primer término, las restricciones a la implantación de ciertas actividades no garantizan que se ubiquen las deseadas, no descartándose que posibles emplazamientos de actividades queden vacíos (de manera que no se conseguiría el objetivo perseguido con la regulación).
- ✓ En segundo término, el elevado nivel de detalle de la regulación detallada de los usos del suelo presenta una gran dificultad en adaptarse a los cambios que se puedan producir en la realidad social y económica del municipio (de manera que, vista la falta de flexibilidad de la regulación, es factible que se convierta en desfasada).

Hay que tener en cuenta que estas restricciones habitualmente se introducen mediante instrumentos que exigen para su modificación procedimientos lentos y eso, en un entorno de mercado en el cual los cambios se producen cada vez a una velocidad superior, provoca la obsolescencia de la regulación también a un ritmo mayor.

Un ejemplo de estos efectos indeseados que suscita este tipo de regulación detallada de los usos del suelo, lo encontramos en el caso del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès que limitó el establecimiento de una serie de actividades económicas y, posteriormente, a raíz de la situación de crisis económica, tuvo que reaccionar modificando su normativa para permitir nuevamente la implantación de aquellas actividades inicialmente vedadas, con el objetivo de evitar la existencia de locales desocupados:

"El Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès (Vallès Occidental) permitirá la apertura de establecimientos no estrictamente comerciales en cualquier zona de la ciudad. Se trata de establecimientos como inmobiliarias o entidades financieras, que hasta ahora tenían limitada su apertura en los principales ejes de la ciudad. Así lo establecía una ordenanza de hace 7 años que argumentaba que este tipo de negocios generaban "zonas comerciales frías" porque cerraban por las tardes o no completaban la jornada laboral de los sábados. El Ayuntamiento, sin embargo, ha decidido flexibilizar esta ordenanza a raíz del contexto económico actual."³².

Otro ejemplo de estos riesgos regulatorios lo encontramos en la normativa de los establecimientos de restauración en el barrio de Gracia de Barcelona, donde la regulación limitó la implantación de restaurantes y, como alternativa frente a esta restricción, han proliferado locales de comida preparada.

"Estos establecimientos [de comida preparada] se han multiplicado en algunas áreas del centro antiguo de la Villa de Gracia, ya saturadas de bares y restaurantes. Han sido la alternativa a la prohibición de abrir nuevos bares y restaurantes. Ahora el Ayuntamiento, en el proyecto de nuevo plan de usos que tiene que sustituir al del año 2005, plantea frenar el fenómeno de estos locales: de momento, suspender la concesión de licencias y después no dar ninguna más en la zona central más saturada (...)"³³.

³² BOPB de 15 de mayo de 2012 y <http://www.324.cat/noticia/1480034/vallesoccidental/Sant-Cugat-permetra-lobertura-dimmobiliaries-o-entitats-financeres-al-centre-de-la-ciutat>.

³³ Reportaje "Gracia busca el equilibrio" <http://www.lavanguardia.com/20141020/54417292222/gracia-busca-el-equilibrio-lluis-sierra-luis-benvenuty.html> (La Vanguardia 20 de octubre 2014. Sección Vivir. Páginas 1-3).

En resumen, tal como se ha expuesto sobradamente, una regulación detallada de los usos del suelo: (i) comporta un **impacto negativo significativo en las condiciones de competencia en el mercado con una repercusión clara sobre el bienestar de los consumidores y usuarios**; (ii) supone **sustituir las leyes de mercado por planificación económica** de manera que (iii) se crea un riesgo importante de establecer una regulación económica que **ni siquiera consiga el objetivo por el cual se estableció, adicionalmente, provoque efectos indeseados no previstos inicialmente y que no se adapte correctamente al paso del tiempo**; (iv) en última instancia, en la medida en que se trata de un tipo de regulación que se ha extendido por el territorio puede **repercutir negativamente sobre la actividad de la economía en su conjunto**, en el bien entendido, que obstaculiza y/o dificulta el ejercicio de la actividad empresarial.

3. EVALUACIÓN DEL IMPACTO COMPETITIVO

En la **elaboración de normativa se tiene que tomar en consideración la variable de competencia como un factor más de evaluación**, es decir, tradicionalmente, los poderes públicos al regular los usos detallados del suelo han obviado la política de competencia en su toma de decisiones. En este sentido, la OCDE considera que: "*las autoridades locales toman menos en consideración los aspectos vinculados a la competencia*"³⁴.

Para paliar la carencia detectada, **la ACCO propone que se utilice la metodología de "Evaluación del Impacto Competitivo" (EIC)**³⁵ en la regulación de los usos del suelo. **Análisis metodológico** que consta, básicamente, de tres etapas:

- ✓ 1a. fase: Identificar las restricciones a la competencia que contiene la norma.
- ✓ 2a. fase: Analizar si las restricciones se encuentran justificadas para la consecución de los objetivos que la norma persigue, según los principios de necesidad y proporcionalidad, y el resto de principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia.
- ✓ 3a. fase: Comprobar, aplicando el principio de mínima distorsión, que no existan alternativas menos restrictivas de la competencia que permitan alcanzar el mismo objetivo.

El objetivo final es **evitar la introducción de restricciones prohibidas, innecesarias o desproporcionadas** en el funcionamiento de los mercados, obteniendo una regulación más eficiente desde el punto de vista de la competencia, sin renunciar necesariamente a las finalidades perseguidas por la norma.

En la regulación de los usos del suelo también es aplicable esta metodología. De hecho, este documento constituye, en sentido abstracto, la evaluación del impacto competitivo de la regulación de los usos del suelo. Así, como 1ª. fase, **se han identificado una serie de restricciones** (expuestas en la sección primera de este documento). Con respecto a la 2ª. fase, se ha detectado que existen básicamente dos categorías o tipologías de motivos por los cuales tradicionalmente se ha considerado justificada por parte de los poderes públicos la introducción de restricciones en los usos detallados del suelo. En concreto, se trata de

³⁴ (2008 - *Land Use restrictions as barriers to entry*) "*local authorities are less aware of competition issues*" (pág. 188).

³⁵ La ACCO elaboró una guía que persigue asistir en la evaluación del impacto competitivo de las normas (para más detalle véase: <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-limpacte-competitiu-de-les-normes>).

conseguir una **oferta de bienes y servicios equilibrada** (en términos de diversidad, cantidad y calidad) -cuestión que será analizada en la sección 3.1 de este documento- o bien de **eliminar o limitar externalidades negativas** de ciertas actividades -sección 3.2. En relación con la 3ª. fase, se ha propuesto a título de ejemplo algunas **posibles alternativas menos restrictivas en términos de competencia** que permitan alcanzar el objetivo perseguido -sección 3.3.

3.1 Oferta comercial equilibrada

En relación con la primera tipología de motivos identificados, mencionar que ésta parte de la premisa que existe y que se conoce cuál es la oferta comercial "ideal" o "equilibrada", en términos cuantitativos, cualitativos y de variedad, de un determinado ámbito territorial. Se puede adelantar que este punto de partida tiene que ser considerado en el mejor de los escenarios, como mínimo, complicado.

Sin perjuicio de poder superar la dificultad inicial de determinar correctamente la oferta comercial "ideal" o "equilibrada", no se puede obviar que cuanto más detallada y minuciosa sea la regulación en este ámbito, más se sustituye la ley de la oferta y la demanda en la determinación de la cantidad y localización de las actividades económicas. Así, **un exceso de regulación en los usos del suelo se traduce en una economía planificada en lugar de una economía de mercado**³⁶, a pesar de los beneficios tradicionalmente asociados a este modelo económico.

Más allá de esta crítica al planteamiento mencionado, se ha detectado en la normativa estudiada que la consecución de este objetivo toma en consideración única y exclusivamente la oferta comercial física en el municipio o en la zona objeto de regulación. Sin embargo, no se pueden desatender otras variables que inciden necesariamente en este objetivo. En concreto, habría que tener en cuenta para determinar la oferta comercial los cambios estructurales relativamente recientes como serían tanto el uso cada vez más masivo de internet y el consiguiente crecimiento del comercio electrónico como las importantes mejoras en la distribución.

Internet ha hecho posible acceder a distancia en amplios catálogos de productos, incluso, a una diversidad más amplia de la que ningún establecimiento físico puede disponer (captando incluso la demanda *long tail*³⁷) y la distribución cada vez es más eficiente de tal manera que por ejemplo Amazon ya ofrece en la zona de Madrid la posibilidad de hacer llegar el producto a su destinatario el mismo día que lo ha adquirido³⁸. Como consecuencia de esta realidad, a pesar del contexto de crisis económica de los últimos años, el volumen de negocio del comercio electrónico ha experimentado un crecimiento importante e ininterrumpido. En concreto, en España el primer trimestre de 2007 se situaba en 781 millones de euros y el primer trimestre de 2013 alcanzó la cifra de 2.822 millones de euros³⁹.

Adicionalmente, es factible que esta tendencia en la forma de aprovisionamiento de bienes y servicios gane peso en un futuro, dado que es previsible que se continúen produciendo mejoras tanto con respecto al uso de las TIC como en el ámbito de la distribución que son los dos factores que seguramente explican mejor la tendencia creciente del comercio electrónico.

³⁶ En un sentido similar se pronunció la Comisión Nacional de la Competencia en la página 73 del documento "*Problemas de competencia en el mercado del Suelo*" (2013).

³⁷ http://ca.wikipedia.org/wiki/Llarga_cua

³⁸ http://economia.elpais.com/economia/2014/10/09/actualidad/1412855132_123536.html

³⁹ http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=e995b42a-bd79-4dc2-a7ea-b0e068033da9&groupId=10138

De hecho, ya en la actualidad resulta claro que existen múltiples opciones viables de aprovisionamiento sin necesidad de disponer de una tienda física en las proximidades. Así, a título de ejemplo, muchos supermercados "tradicionales" ofrecen la posibilidad de hacer llegar la compra en casa, los cuales compiten directamente con supermercados nacidos sin presencia física como, entre otros, "ulabox"⁴⁰. En definitiva, parece claro que hoy en día la oferta comercial de bienes y servicios la conforman tanto los establecimientos físicos como aquéllos otros sin esta presencia, es decir, los fundamentados en el uso de las TIC.

Precisar que el hecho de que no sea tan imprescindible para el aprovisionamiento la existencia de un establecimiento próximo no equivale en ningún caso a afirmar que el elemento físico pase a ser irrelevante. De hecho, prueba evidente de eso es que la ACCO continúa considerando que la ubicación física es un factor de competencia importante a la hora de desarrollar actividades económicas y justamente por este motivo ha creído oportuno la elaboración de este documento que tiene como uno de sus objetivos poner de manifiesto que las restricciones en el establecimiento físico comportan un grave problema para la competencia justamente porque son un factor relevante para los potenciales ofertantes de bienes y servicios. En esta misma línea, un estudio muy reciente de Google⁴¹ (basados en información de consumidores usuarios de *smartphones* y *tablets* de entre 18 y 54 años) indica que el 69% de los consumidores acuden a un establecimiento en alguna de las diferentes fases del proceso de compra.

En resumidas cuentas, la importancia del **comercio electrónico y las mejoras, en la distribución hoy constituyen una realidad que no se puede desatender en la regulación de los usos del suelo** que tenga como objetivo garantizar la diversidad comercial, ya que la oferta accesible a través de internet también forma parte de la oferta comercial total existente. Y en coherencia, **esta consideración debilita la justificación de las restricciones en los usos del suelo, de manera tal que es cuestionable que el objetivo perseguido continúe siendo necesario en el escenario actual y, incluso -vista la previsible evolución- lo sea en menor medida en el futuro.**

No obstante, no sólo resulta conveniente que la nueva regulación tome en consideración la evolución que conforma una nueva realidad, sino que sería también positivo para la competencia que se llevara a cabo un proceso de revisión de aquella normativa que seguramente se elaboró en base a una realidad pasada y que por lo tanto contiene restricciones o limitaciones que actualmente han perdido, al menos, parte de su sentido inicial y que han convertido la regulación en obsoleta.

Esta conclusión es predicable en otros ámbitos en los cuales la regulación -no necesariamente de carácter urbanístico ni municipal- produce efectos anticompetitivos, poco justificables en la actualidad, de ésta o similar tipología. Éste podría ser, por ejemplo, el caso de los estancos y las farmacias, ya que las respectivas normativas contienen restricciones importantes con respecto a la posibilidad de instalarse en el territorio (distancias mínimas) y la imposibilidad de la venta *on-line*, ambas cuestiones especialmente relevantes para la configuración de la oferta, tal como ya se ha apuntado en este documento.

⁴⁰ www.ulabox.com

⁴¹ *Digital Impact on In-Store Shopping: Research Debunks Common Myths* (octubre 2014).

http://think.storage.googleapis.com/docs/digital-impact-on-in-store-shopping_research-studies.pdf

3.2 Eliminación o limitación de externalidades negativas

La otra finalidad perseguida con una regulación detallada de los usos del suelo es la eliminación o la limitación de las externalidades negativas resultantes de una concentración elevada de cierto tipo de actividad comercial.

Una de las funciones propias del urbanismo (organización general de un municipio) es la de separar la implantación de actividades que generan fuertes externalidades, como por ejemplo, impidiendo la implantación de industria en el centro de un municipio. No obstante, la cuestión es si, en una zona donde se permite la implantación de comercio, este comercio puede generar tal grado de externalidades negativas que justifique la introducción de alguna de las restricciones en los usos del suelo previamente identificadas.

En estos casos se considera que las medidas restrictivas adoptadas (prohibición o importantes limitaciones en la entrada de nuevos operadores) tienen tal impacto negativo para la competencia que, muy probablemente, se podrían utilizar medidas alternativas tendentes a limitar o reducir la externalidad mucho menos lesivas para la competencia y, por lo tanto, para el bienestar de los consumidores y usuarios.

Ante una externalidad negativa hay que valorar las alternativas con el fin de darles respuesta. Por ejemplo, en el caso de los llamados pisos turísticos, en Barcelona se ha hecho público que no se otorgarán más licencias para ejercer esta actividad⁴² (medida que se fundamentaría en la voluntad de evitar molestias vecinales⁴³) y en San Francisco (frente la externalidad negativa del posible incremento de los precios de la vivienda dada la escasez de ésta en la referida ciudad⁴⁴) se ha optado por regular esta actividad introduciendo una serie de restricciones en su ejercicio⁴⁵ pero sin llegar a imposibilitarla completamente.

3.3 Alternativas menos restrictivas

Para la consecución de los objetivos que habitualmente se esgrimen con el fin de justificar una restricción detallada de los usos del suelo (oferta comercial ideal y limitación de externalidades) se considera que existen alternativas menos perjudiciales a la competencia que coadyuvan a su consecución.

Tanto en un ámbito como en el otro, se formulan una serie de propuestas que suponen actuaciones que pueden acercarse al objetivo planteado, presentan la virtud de no alterar la oferta potencial del mercado y, en coherencia, no afectar negativamente a la competencia en el mismo.

→ **Respecto de la categoría de objetivos relacionados con garantizar la "diversidad comercial", "oferta comercial equilibrada" y/o "evitar desertización del núcleo comercial", se propone un cambio de paradigma, consistente en dejar de afectar al mercado desde el punto de vista de la oferta** (acondicionándolo con medidas que dificultan o imposibilitan la

⁴² http://www.ara.cat/societat/Barcelona-congelara-indefinitament-licencies-turistics_0_1235876552.html

⁴³ Habría que reflexionar sobre si resulta factible atribuir directamente y exclusiva las molestias vecinales a los turistas que se alojan en esta tipología de establecimientos y no a turistas que optan por otras formas de alojamiento.

⁴⁴ <http://www.sfexaminer.com/sanfrancisco/a-reasonable-airbnb-plan-for-the-city/Content?oid=2908423>

⁴⁵ La regulación de esta actividad se fundamenta en: (i) establecer un número máximo de días al año (90) en que una vivienda puede estar disponible para la actividad de alquiler de corta duración; (ii) se crea un registro público donde cada inquilino se tiene que inscribir (con un coste de 50 \$); (iii) el inquilino tiene que pagar tasas como si se tratara de un hotel; (iv) tienen que disponer de un seguro de como mínimo medio millón de \$ u ofrecerse a través de una plataforma que tenga esta cobertura; (v) por cada infracción, se incrementará la sanción. Eventualmente expulsado de la posibilidad de alquilar y, si se persiste, multas de hasta 1.000\$/día.

entrada de nuevos operadores) **y trabajar desde el punto de vista de fomento de la demanda**. Así se considera que pueden ayudar a alcanzar, ni que sea parcialmente, los objetivos mencionados, por ejemplo:

- ✓ **Medidas de promoción comercial para incentivar la vitalidad de una determinada zona.** En esta línea, se pueden organizar determinadas actividades, por ejemplo, jornadas de comercio en la calle que permiten puntualmente a los comercios ocupar las calles ofreciendo actividades complementarias, etc.
- ✓ **Mejora de la accesibilidad**, ya sea mediante políticas de refuerzo del transporte público, expansión de zonas peatonales⁴⁶, creación de zonas verdes (parques que sean polo de atracción de familias), ofrecimiento de aparcamientos públicos que faciliten la llegada, etc.
- ✓ **Acciones de asesoramiento, ayuda y estímulo a la reconversión de operadores tradicionales.** Si bien éstos son los primeros interesados en tratar de transformarse con el fin de continuar resultando atractivos en un nuevo entorno de mercado. Muchas veces pueden resultar efectivas para conseguir el objetivo mencionado, campañas públicas de diferente naturaleza que contribuyan a la reconversión del sector comercial, de manera que se convierta en más atractivo y mejore su posicionamiento en el mercado⁴⁷.

→ **En cuanto a la categoría de objetivos relacionados con la eliminación o limitación de externalidades negativas inherentes a ciertas actividades** (p.ej. molestias derivadas del ruido, del incivismo por parte de los usuarios, etc.), se propone una aproximación a este objetivo fundamentado en la **regulación de las actividades de manera tal que se impongan obligaciones al titular de la actividad, se controle efectivamente su cumplimiento y, en caso de no respetar la normativa, se sancione de manera disuasoria**.

Este tipo de medidas que se caracterizan por no limitar la oferta y presentan la virtud de permitir **despejar la duda de que la regulación limitadora de los usos del suelo responda a la presión de los agentes incumbentes**⁴⁸, dado que a menudo, detrás de esta regulación se encuentra el interés de protección de los operadores establecidos, los cuales persiguen que los poderes públicos los "defiendan" de la presión competitiva de los nuevos entrantes.

Los poderes públicos tendrían que mantener un posicionamiento neutro en la rivalidad entre los potenciales nuevos entrantes y los incumbentes, ya que de esta lucha quien se ve beneficiado es en todo caso el consumidor final. En este sentido, conviene tener en cuenta que los incumbentes configuran un grupo bien identificado y cohesionado y, por lo tanto, probablemente ejercen una presión superior a la administración que no los potenciales entrantes. Esta presión puede ser especialmente relevante y presenta mayores probabilidades de éxito en relación a los poderes públicos más próximos a los operadores ya establecidos.

⁴⁶ O bien facilitando los accesos con bicicleta por ejemplo. De hecho, en una noticia reciente se indica que en una ciudad de los E.U.A. "tras la instalación de un carril bici, las ventas en los comercios aledaños crecieron un 19%". El país, 29 de octubre de 2014. http://economia.elpais.com/economia/2014/10/29/actualidad/1414607482_138687.html

⁴⁷ <http://www.puromarketing.com/14/23185/millennials-abandonaran-tiendas-fisicas-estas-ofrecen-algo-mas.html>.

⁴⁸ Por ejemplo en el reportaje "Gràcia busca el equilibrio" se pone de manifiesto que "se tuvieron en cuenta las quejas de algunos restaurantes que ven competencia desleal en los nuevos establecimientos [de venta de comida preparada]". <http://www.lavanguardia.com/20141020/5441729222/gracia-busca-el-equilibrio-lluis-sierra-luis-benvenuty.html> (La Vanguardia 20 de octubre 2014. Sección Vivir. Páginas 1-3)

4. POSIBLES PROBLEMAS DE LEGALIDAD DE LA REGULACIÓN DETALLADA DE LOS USOS DEL SUELO

La regulación de los usos del suelo incide directamente en la **libertad de empresa (art.38 CE)** ahora bien, éste **no es un derecho incondicional**. El Tribunal Constitucional, entre otros, ya en su sentencia nº. 227/93, de 9 de julio, consideró que *"la libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos -ni en nuestro ordenamiento ni en otros parecidos - un derecho incondicionado a la libre instalación de cualquier establecimiento comercial en cualquier espacio (...)"*⁴⁹.

Desde la perspectiva del derecho comunitario esta regulación de los usos podría incidir en el derecho a la **libertad de establecimiento** regulado en los artículos 49 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "TFUE") y el derecho a la **libre prestación de servicios** contemplado en los artículos 56 y ss. del TFUE. Desde este mismo punto de vista, hace falta tener en cuenta de forma más específica el contenido de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, "**Directiva de Servicios**") **ha especificado los requisitos para limitar este derecho** así como su transposición al Ordenamiento Jurídico Español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009).

El **Considerando Noveno de la Directiva de Servicios** establece:

"La presente Directiva sólo se aplica a los requisitos que afectan el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tránsito rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo (...)"

Sin embargo, el propio **Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios (punto 2.3.2)** precisa que:

Por supuesto, el simple hecho de que se atribuya a tales normas la denominación específica, por ejemplo, como normas urbanísticas, o que los requisitos se formulen de manera general, es decir, que no se dirijan específicamente a los prestadores de servicios, no es suficiente para excluirlas del ámbito de la Directiva de servicios.

De hecho, se tiene que evaluar el efecto real de los requisitos en cuestión para determinar si son de carácter general o no. Así, al invertir la Directiva, los Estados miembros tendrán que tener en cuenta que las «normas urbanísticas» o las «ordenanzas de construcción» pueden contener requisitos que regulan de manera específica actividades de servicios y que, por lo tanto, están cubiertos por la Directiva de Servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aunque figuren en las normas urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y, en consecuencia, tienen que atenerse a aquello previsto en el capítulo sobre la libertad de establecimiento de ésta." (el subrayado no consta en el original)⁵⁰.

Por lo tanto, habrá que evaluar el contenido de la norma y no únicamente llevar a cabo un examen formal de la misma para determinar la aplicabilidad o no de la Directiva de Servicios. En esta misma línea, la OCDE considera que el aspecto más **relevante es el contenido** (objetivo perseguido) y no los instrumentos utilizados (normas donde se encuentra la regulación)⁵¹:

⁴⁹ La sentencia del TC 227/1993, de 9 de julio, se dictó en relación a la Ley catalana 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales

⁵⁰ <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Docu2DS.pdf>. Editado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. El subrayado del fragmento a continuación no consta en el original.

⁵¹ Land Use as Barriers to Entry- OCDE, pág. 60 y 68, "The Chair stated that, from his perspective, what matters is the objective pursued, not the instrument used. For example if rent control has the objective of impeding downtowns from becoming

El Presidente hace afirmar que, desde su punto de vista, lo que importa es el objetivo perseguido y no el instrumento utilizado. Por ejemplo, si el control de los alquileres tiene como objetivo impedir que los centros de las ciudades se conviertan exclusivamente en espacios de oficinas, entonces el objetivo del control del alquiler es la planificación urbanística. Si, de otra manera, el control del alquiler persigue el objetivo de ayudar a los pobres, éste sería un instrumento de política social." (el subrayado no consta en el original)

Indicar que el documento "La Directiva de servicios y los entes locales de Cataluña. Criterios para la adaptación de la normativa local a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior"⁵² afirma específicamente que:

"En conclusión, cualquier requisito previsto en la normativa de planeamiento que imponga restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, en términos de límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores, y que no esté expresamente justificado en las razones imperiosas de interés general descritas (o que sean discriminatorios o desproporcionados), queda afectado por la Directiva de servicios y por la Ley 17/2009, y que en consecuencia, por la aplicación de la derogación normativa de ésta última, queda sin efecto.

Ejemplos claros los podríamos encontrar en instrumentos de planeamiento que fijan limitaciones de distancias para ciertos usos (locutorios, establecimientos de pública concurrencia, actividades recreativas, entidades financieras, etc., que pueden estar regulados tanto en instrumentos de planeamiento como en ordenanzas específicas), sin una argumentación concreta basada en los criterios de la normativa que se desprende de la Directiva de servicios."

Por lo tanto, la ACCO es de la opinión que la Directiva de Servicios (así como la transposición de su contenido al ordenamiento jurídico español) resulta de aplicación a la regulación detallada de los usos, visto su carácter eminentemente comercial. En consecuencia, hay que respetar en esta regulación los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión y resultará prohibido, conforme el artículo 11.1 a) de la Ley 17/2009 supeditar el acceso a una actividad de servicios a determinadas restricciones. En concreto, el precepto establece la prohibición de establecer:

"Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Las finalidades económicas, como la de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales".

En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, mencionar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJC) núm.613/2013, de 30 de septiembre de 2013, se declaran nulos determinados preceptos del Plan especial de equipamiento comercial alimenticio de Barcelona (PECAB). Esta decisión se fundamenta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo del 2011 en la cual se consideró que diversa normativa de ámbito comercial entre la cual se encontraba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales (PTSEC) era injustificadamente restrictiva y, en último extremo, contraria al derecho a la libertad de establecimiento contemplado a la normativa comunitaria.

La sentencia del TSJC nº. 199/2014, de 2 de abril de 2014, por la cual se resuelve el recurso nº. 380/2010, considera no adecuada a derecho la restricción, contenida en el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del distrito de Ciutat Vella de Barcelona, consistente en exigir la renuncia de una o varias licencias de actividad

exclusively office space, then the purpose of rent control is urban planning. If, on the other hand, rent control pursues the objective of helping the poor, it is an instrument of social policy.

⁵² Autores: Jaume Renyer Alimbau; Joan Anton Font Monclús; Josep Maria Sabaté Vidal; Jordi Torres Nierga (Coord.) y con el apoyo de la Cátedra Enric Prat de la Riba de Estudios Jurídicos Locales, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Asociación Catalana de Municipios.

titularidad del mismo solicitante para poder concederle una nueva. Sin embargo, entiende que el resto de restricciones en los usos del suelo que contiene el plan referido no son contrarias a la Directiva de Servicios al encontrarse recogidas en una norma urbanística⁵³.

5.- CONCLUSIONES

Primera. La regulación detallada de los usos del suelo genera **costes elevados para la competencia, incidiendo de manera negativa sobre el bienestar de los consumidores y usuarios.**

Este tipo de regulación introduce **restricciones que dificultan o impiden la entrada de nuevos operadores**, situación que se traduce con **menos oferta disponible**, de manera que eventualmente se dificulta que el consumidor pueda obtener los productos/servicios a un precio inferior (los operadores existentes perciben menos presiones competitivas y, por lo tanto, tienen menos incentivos a reducir los precios, a mejorar las condiciones comerciales, a innovar), respecto de un escenario con ausencia de estas restricciones.

La ACCO por lo tanto recomienda que en el momento de trabajar **en la elaboración de normativa se tome en consideración la variable de competencia** como un factor más de decisión y evaluación.

Segunda. Esta regulación no sólo supone un perjuicio para los consumidores y usuarios sino que también puede suponer un **desincentivo para la iniciativa económica**, ya sea, porque directamente no pueden superarse las barreras en la entrada que implican estas restricciones (p.ej. número máximo de licencias para determinados usos) o por el incremento de costes derivados de la superación de ciertas barreras a la entrada (en términos de tiempo o de dinero).

Una buena **regulación económica parte de la premisa básica de no introducir restricciones injustificadas en el ejercicio de actividades económicas, de manera que no se afecte la estructura de costes de los diferentes operadores de mercado ni, en último extremo, repercuta negativamente en la actividad de la economía en general.**

Tercera. A menudo se intenta **justificar** la introducción de estas restricciones **fundamentándose, básicamente, en dos tipologías o categorías de motivos:** por una parte, conseguir una **oferta de bienes y servicios equilibrada** (en términos de diversidad, cantidad y calidad) y de otra, **eliminar o limitar externalidades negativas** de ciertas actividades.

En relación con el objetivo de conseguir una oferta de bienes y servicios equilibrada, se considera (i) por una parte, que actualmente, como mínimo, **es cuestionable que el aprovisionamiento sea necesariamente equivalente a localización física de los establecimientos**, dado que este punto de partida presupone ignorar la realidad creciente que significa el comercio electrónico y al mismo tiempo, (ii) por otra parte, supone **sustituir las leyes de mercado por la planificación económica**, que al margen de otras consideraciones no menores, es una opción que presenta evidentes riesgos de regulación defectuosa.

⁵³ En cualquier caso, se ha interpuesto recurso de casación contra esta Sentencia - según noticia del Periódico de 30 de octubre de 2014 "El Tribunal Superior de Justicia anula una parte del Plan de Usos de Ciutat Vella" - de manera que es posible que el Tribunal Supremo se acabe pronunciando sobre la materia.

En particular, **no se puede descartar que esta regulación económica ni siquiera consiga el objetivo por el cual se estableció, provoque efectos indeseados no previstos inicialmente y no se adapte correctamente a los cambios** que se puedan producir en la realidad social y económica del municipio (cambios cada vez más frecuentes y acentuados). Adicionalmente, hay que tener presente los costes en términos de tiempo y de recursos públicos que supone la modificación de estas normas así como el impacto en la confianza de los emprendedores y/o inversores cuando se cambian las "reglas de juego", es decir, un marco normativo estable es una variable clave para el desarrollo de la competencia.

Cuarta. Así se considera que, en muchos casos, **existen medidas menos restrictivas para la competencia que permiten aproximarse a los objetivos que la regulación detallada de los usos del suelo persigue.** En este ámbito, se pueden formular las siguientes propuestas:

→ **Respecto de la categoría de objetivos relacionados con garantizar la "diversidad comercial", "oferta comercial equilibrada" y/o "evitar desertización del núcleo comercial",** se propone un cambio de paradigma, consistente en **dejar de afectar al mercado desde el punto de vista de la oferta** (acondicionándolo con medidas que dificultan o imposibilitan la entrada de nuevos operadores) **y trabajar desde el punto de vista de fomento de la demanda.** En esta línea se pueden proponer **medidas de promoción comercial** para incentivar la vitalidad de una determinada zona, mejora de la accesibilidad, acciones de asesoramiento, ayuda y estímulo a la reconversión de operadores tradicionales, etc.

→ **En cuanto a la categoría de objetivos relacionados con la eliminación o limitación de externalidades negativas inherentes a ciertas actividades** (p.ej. molestias derivadas del ruido, del incivismo por parte de los usuarios, etc.), se propone una aproximación a este objetivo fundamentado en la **regulación de las actividades de manera tal que se impongan obligaciones al titular de la actividad, se controle efectivamente su cumplimiento y, en caso de no respeto de la normativa, se sancione de manera disuasoria.**

Este tipo de propuestas pueden ayudar a conseguir el objetivo planteado y presentan la virtud de no alterar la oferta potencial del mercado, de manera que no afectan negativamente a la competencia en el mismo.

Quinta. Si no se ponderan adecuadamente los diferentes intereses en contraposición, es más que probable que se adopte una regulación inadecuada, en la medida que se generarán innecesariamente e injustificada costes importantes en términos de competencia que no se verán compensados por los beneficios de la referida regulación.

De hecho, algunas restricciones **incluso podrían presentar problemas de legalidad** en la medida en que inciden en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) así como el derecho a la libertad de establecimiento (43 TFUE) y pueden ser contrarias a la Directiva de Servicios y a las normas de transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español y, en particular a la Ley 17/2009.

Y, en el caso de que se tengan en cuenta todos los intereses en juego, **si finalmente se opta por admitir las restricciones** que derivan de esta normativa es **probable** que se haya efectuado una **ponderación inadecuada** de los mismos **quizás por la incidencia de las presiones ejercidas por los operadores ya implantados** (incumbentes), las cuales en el

ámbito local son seguramente todavía más difíciles de vencer dada la proximidad con los intereses afectados por la regulación.

Sexta. En resumidas cuentas, se **recomienda no iniciar nuevos procesos de regulación detallada de los usos del suelo** como los que han sido analizados en este documento **y al mismo tiempo se propone emprender una actuación de revisión exhaustiva de la normativa existente que responda a estas características**, todo eso como consecuencia de (i) los importantes costes para la competencia de una normativa de las características mencionadas, (ii) la falta de adecuación de la misma a los principios de buena regulación económica (necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión) y finalmente, (iii) los problemas de legalidad que puede presentar.