

Informe 3/2009 (Modificación de la Ley de Comercio de Aragón)

Pleno.-

Presidente

D. José Antonio García-Cruces González.

Vocales

D. Santiago López Uriel.

D. Jesús Solchaga Loitegui.

D. Javier Oroz Elfau.

D^a. M^a Dolores Gadea Rivas

En Zaragoza, a 23 de noviembre de 2009

Al pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante, TDCAr.), con la composición expresada al margen y siendo ponentes los vocales: D. Jesús Solchaga Loitegui y D. Javier Oroz Elfau se eleva el siguiente Informe en relación a la petición solicitada por la Dirección General de Comercio y Artesanía del Gobierno de Aragón en cumplimiento de las tareas correspondientes a la obligatoria transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y como consecuencia de que el Departamento de Industria, Comercio y Turismo ha preparado un borrador de anteproyecto de Ley por la que se modifican diversas disposiciones relativas a la actividad comercial en Aragón.

ANTECEDENTES.- Con fecha 21/09/2009 tiene entrada en el TDCAr escrito de la Dirección General de Comercio y Artesanía del Gobierno de Aragón, dirigido al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, en el que se expresa que en cumplimiento de las tareas correspondientes a la obligatoria transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el Departamento de Industria, Comercio y Turismo ha preparado un borrador de anteproyecto de Ley por la que se modifican diversas disposiciones relativas a la actividad comercial en Aragón.

Dicho escrito indica textualmente que “en virtud de lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el Decreto 29/2006 de 24 de enero, del Gobierno de Aragón por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón se solicita del TDCAr emita, si procede, el preceptivo informe”.

Seguendo el Reglamento de Régimen Interno del TDCAr se asigna la ponencia correspondiente a los Vocales D. Jesús Solchaga Loitegui y D. Javier Oroz Elfau que se presenta al Pleno del Tribunal del 23 de noviembre de 2009.

I.- La Dirección General de comercio y Artesanía del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón ha interesado de este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón un informe que se califica de preceptivo sobre un borrador de Anteproyecto de "Ley, por la que se modifican diversas disposiciones relativas a la actividad comercial de Aragón".

Se trata de un borrador de Anteproyecto de Ley que, según su Preámbulo, tiene por objetivo "incorporar al ordenamiento jurídico aragonés la Directiva 2006/123/CE y modificar la Ley de Ordenación Comercial de Aragón en todo aquello que se le oponga o sea incompatible con ella".

La primera cuestión que se plantea consiste en precisar si este Tribunal tiene competencia para emitir el informe que se le solicita, con referencia a lo que parece ser un mero borrador de Anteproyecto de Ley que persigue tal objetivo.

El artículo 37 de la Ley de las Cortes de Aragón 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón que se refiere al procedimiento de elaboración de proyectos de Ley, en su apartado 4, establece que "El anteproyecto de ley deberá ser objeto de informe por la Secretaría General Técnica de los Departamentos a los cuales afecte la elaboración de la norma, por la Dirección General de Servicios Jurídicos y los demás órganos cuyo informe o dictamen tengan carácter preceptivo conforme a las normas jurídicas". Ello obliga a acudir a la normativa sectorial que regula la competencia propia de este Tribunal. Es decir, en este momento, al Decreto del Gobierno de Aragón 29/2006, de 24 de enero, que crea y regula los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón promulgado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en ejercicio de la competencia ejecutiva que en materia de defensa de la competencia, sobre la base del Estatuto de Autonomía de Aragón, reconoció a la Comunidad Autónoma de Aragón, entre otras, el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 208/1999, de 11 de noviembre y que sigue vigente tras la derogación de la citada Ley 16/1989, de 17 de julio que le sirvió de marco, por parte de la disposición derogatoria única de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Pues bien, según el artículo 3 del citado Decreto 29/2006, de 24 de enero, "El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón según lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de la Competencia, ejercerá las siguientes atribuciones:... i) Emitir informes en materia de libre competencia a iniciativa propia o cuando sea solicitado para ello por el Gobierno de Aragón o sus Consejeros...". La redacción del precepto podría ofrecer dudas sobre su ámbito objetivo de aplicación, en el sentido de si se refiere al plano exclusivamente ejecutivo, en el sentido de poder emitir informe en cualquiera de los procedimientos que se tramiten en el ámbito material de defensa de la libre competencia, comprendiendo los supuestos distintos de los procedimientos de control de concentraciones, a los que específicamente se refiere el apartado d) del mismo precepto, en términos de informe preceptivo; o si se comprende también el plano normativo, como parece deducirse del carácter general de la redacción del precepto transcrito, y de la circunstancia de que este informe pueda ser solicitado también por el Pleno de las Cortes de Aragón o por sus Comisiones.

Aunque el Reglamento de Régimen Interno de este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, aprobado por la Resolución de su Presidencia de 2 de febrero de 2007, no ofrece ningún criterio interpretativo para resolver la cuestión, limitándose en su artículo 3 a remitirse a la regulación sobre la materia contenida en el citado Decreto del Gobierno de Aragón 29/2006, de 24 de enero, del tenor del precepto parece que debe deducirse la solución mencionada en segundo lugar, de

reconocer competencia a este Tribunal para emitir el informe que se le solicita; en concreto al Pleno del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del citado Reglamento de Régimen Interno del mismo.

Cosa distinta es si este informe merece el carácter de preceptivo, que le atribuye el escrito de solicitud del mismo que remite a este Tribunal la Dirección General de Comercio y Artesanía, o si se trata simplemente de un informe potestativo.

En principio, la redacción de la letra i) del artículo 3 del citado Decreto 29/2006, de 10 de febrero, en sí misma y por contraposición a la letra d) del mismo precepto, permite concluir que se trata de un informe potestativo; y que la circunstancia de que pueda ser emitido a iniciativa propia del Tribunal, subsana la irregularidad de que no le haya sido solicitado por el Consejero de Industria, Comercio y Turismo, sino por el titular de un Centro Directivo dependiente del mismo, sin que éste invoque en su escrito de solicitud que actúa por delegación de aquél.

Sin embargo, esta conclusión inicial debe ser matizada atendiendo al tenor de lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a cuyo tenor, "Las referencias contenidas en esta Ley a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativos a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas competentes en la materia, cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes previstas en el artículo 13 de esta Ley".

La circunstancia de que el artículo 13 de la propia Ley vigente no aluda a esta función de evacuar consultas sobre proyectos normativos que afecten a la competencia, no es obstáculo, a la conclusión de la competencia de este Tribunal para emitir el informe que se solicita, dado el tenor de la disposición adicional primera de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, sobre Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, cuya vigencia ha salvado expresamente el artículo 15, apartado 1, de la mencionada vigente Ley de Defensa de la Competencia.

De tal forma que, de acuerdo con esas disposiciones, en relación con el artículo 25, letra a) de la propia Ley, habría que concluir que el Pleno de este tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, dictaminará, en todo caso, es decir, con carácter preceptivo, sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, ya se trate de anteproyectos de ley que hayan de someterse a las Cortes de Aragón, o de proyectos de disposiciones reglamentarias que se aprueben por el Gobierno de Aragón.

Lo que significa que el informe preceptivo a que parece referirse la Dirección General de Comercio y Artesanía al formular esta consulta, no puede tener por objeto el borrador de Anteproyecto de Ley que se remite, sino que el mismo habría de referirse, en su caso y momento, al Proyecto de Ley correspondiente, integrado por la documentación que prevé el artículo 27 de la Ley de las Cortes de Aragón 2/2009, de 11 de mayo, una Memoria técnica, una memoria económica y, de acuerdo con la Guía elaborada al respecto por la Comisión Nacional de la Competencia, una Memoria de competencia; así como una Exposición de Motivos, en la que se deberán expresar, de forma breve y concisa, los objetivos del Proyecto, y que deberá contener referencias a sus antecedentes, a las competencias en cuyo ejercicio se elabora, al significado de su incorporación en el ámbito del ordenamiento jurídico vigente; y a su contenido en la medida en que sea preciso para su mejor comprensión. Amén de los informes de todo tipo que se hayan emitido hasta ese momento sobre el Anteproyecto.

El borrador de Anteproyecto objeto de la consulta que ahora se formula habrá de ser, pues informado como tal, en cuanto le ha sido solicitado expresamente y versa

sobre un borrador de Anteproyecto de Ley que trata sobre materia de libre competencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3, letra i), del Decreto del Gobierno de Aragón 29/2006, de 24 de enero.

Sin que la emisión de este informe dispense a la Comunidad Autónoma de Aragón de la obligación de someter en su caso y momento, el Proyecto de Ley que llegase a ser definido como tal a la preceptiva consulta de referencia.

Es oportuno recordar que en la elaboración de todas las disposiciones normativas aragonesas que afecten a la competencia, deberán tener en cuenta la obligatoriedad de formular oportunamente consulta a este Tribunal.

II.- La perspectiva de este informe habrá de referirse a la adecuación del borrador de Anteproyecto sometido a consulta a los principios y normas básicas que rigen la materia de la libre competencia y, en particular al juicio que merezca su contenido en relación con el objetivo que declaradamente se propone de incorporar al ordenamiento jurídico aragonés la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 (en adelante, Directiva de Servicios) y modificar la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón (en adelante, LOACA), en todo aquello que se le oponga o sea incompatible con ella, en ejercicio de la competencia exclusiva que atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de regulación de la actividad comercial el Estatuto de Autonomía de Aragón, teniendo en cuenta que la referida Directiva comunitaria establece, como señala su artículo 1, las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de los servicios, manteniendo al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, entendiendo por servicio cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado CE.

Es sabido que en estos momentos existe un Proyecto de Ley, en fase de tramitación parlamentaria, de Acceso y ejercicio de las Actividades de Servicios, que tiene por objeto la transposición al Derecho español de la citada Directiva de Servicios; y que, igualmente, se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y otras Normas Complementarias, que tiene por objeto adecuar su contenido a las exigencias de la Directiva de Servicios en orden a la eliminación de todas las trabas jurídicas y barreras administrativas injustificadas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios que se contemplan en los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado CE.

Sin embargo, el artículo 71, regla 25a del Estatuto de autonomía de Aragón, atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón competencia exclusiva para ejercer la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, en materia de comercio, que comprende la regulación de la actividad comercial, incluidos los horarios y equipamientos comerciales, respetando la unidad de mercado, así como la regulación administrativa de las diferentes modalidades de venta, con especial atención a la promoción, desarrollo y modernización del sector Ferias y mercados interiores. Añadiendo en su artículo 99, apartado 2, que la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá las competencias económicas que se le reconocen en el presente Estatuto de acuerdo con la ordenación de la actividad económica general, los objetivos de política social y económica del Estado y dentro del pleno respeto a la libertad de empresa y competencia en el marco de la economía de mercado.

Y en consecuencia, teniendo la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva, normativa y ejecutiva, en materia de comercio, dentro de los

límites territoriales y objetivos apuntados, le corresponde también la función, facultad y deber, de trasponer la Directiva de Servicios en su ámbito competencial de acuerdo con el artículo 93.2 de su Estatuto autonómico, en cuanto se refiere a la distribución comercial, como subsector fundamental del sector servicios, afectando de modo principal a la LOACA y otras disposiciones normativas, dados los objetivos de aquélla y, particularmente, en cuanto obliga a la eliminación, como norma general, de todo tipo de autorizaciones, y a mantener sólo excepcionalmente los regímenes de autorización que cumplan una serie de criterios, consagrando así los principios de excepcionalidad en la instauración de regímenes de autorización para el ejercicio y establecimiento de los servicios y de reducción de cargas administrativas.

Lo que permite concluir que la Comunidad Autónoma se halla obligada a trasponer la Directiva de Servicios, en su ámbito competencial y dentro del plazo concedido al efecto, procediendo a la revisión, para su adaptación a las exigencias de aquélla, no sólo del contenido de la LOACA, sino también de todas las disposiciones normativas que la hayan desarrollado y de todas las normas promulgadas en Aragón, que se refieran a la materia de comercio interior o incidan en ella, respecto de la que ostenta competencia exclusiva, en los términos indicados.

Lo que permite, en principio, afirmar que el Anteproyecto que en borrador se ha sometido a consulta de este Tribunal ofrece un contenido que resulta incompleto, en relación del ejercicio de la referida función que constitucional y estatutariamente tiene encomendada la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asimismo, por otra parte, este informe no debe incidir en cuestiones relativas a la técnica normativa, es decir, si el borrador de Anteproyecto sometido a consulta se acomoda o no a las directrices de técnica normativa, publicadas por la Secretaría General Técnica de la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón en abril de 2008; ni en cuestiones de índole jurídica general, puesto que esta función está específicamente reservada a la Comisión Jurídica Asesora (hoy Consejo Consultivo) del Gobierno de Aragón.

III.- Por lo que se refiere al Preámbulo del borrador de Anteproyecto sometido a consulta cabe afirmar, en primer lugar, que debe calificarse de Exposición de Motivos, concepto al que se ajusta su contenido y que constituye, como se ha indicado, un documento necesario de todo Anteproyecto de Ley. El Preámbulo, por el contrario, es el texto introductorio de la Ley, elaborado una vez que el texto de la misma ha quedado definitivamente redactado, y cuyo contenido ha de referirse más a la explicación y razón de ser del texto y de su ordenación sistemática, ofreciendo claves para su interpretación, que a la necesidad de elaborar y promulgar la disposición normativa, y al significado de su incorporación en el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la lectura de este Preámbulo sugiere que se ha redactado con un cierto grado de incongruencia con el objetivo que el Anteproyecto de Ley atribuye a la misma. Efectivamente, tras referirse a los artículos 43 y 49 del Tratado CE y afirmar que el objetivo de la "Directiva de Servicios es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y circulación de servicios entre Estados miembros, de tal forma que los Estados miembros no tengan la posibilidad de restringir la libre prestación de servicios mediante la aplicación de disposiciones que afecten, bien al acceso a una prestación de servicios, o bien a su ejercicio, eludiendo las normas establecidas en el Tratado y en la Directiva", define como objetivo del anteproyecto de Ley que en borrador se somete a consulta "incorporar al ordenamiento jurídico aragonés la Directiva 2.006/123/CE y modificar la LOACA, en todo aquello que se le oponga o sea incompatible con ella".

Pues bien, la Directiva de Servicios prevé una serie de medidas que pretenden

eliminar las barreras que dificultan la libre circulación de servicios e impulsar el comercio transfronterizo entre los países de la Unión Europea. Así, para garantizar la efectividad del principio de libertad de acceso y libre ejercicio de la actividad de servicios (en el sentido expresado, de cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado), establece la simplificación administrativa de los procedimientos; la eliminación de las barreras jurídicas y administrativas al libre establecimiento de los prestadores de servicios; la eliminación de barreras a la libre prestación de servicios transfronterizos, y determinadas medidas para asegurar la garantía de la calidad de los servicios.

Y en este contexto, por lo que se refiere en particular al sector de la distribución comercial, la Directiva de Servicios admite con carácter absolutamente excepcional los regímenes de autorización cuando se reúnan una serie de condiciones (art. 9): "a) El régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) La necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) El objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Sin embargo, el Preámbulo del anteproyecto que en borrador es objeto de esta consulta se centra en las razones imperiosas de interés general (que define el artículo 4.8 como "razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del ambiente urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural), que pueden condicionar e incluso impedir la implantación de un establecimiento comercial.

Y así, "en la medida en que un determinado establecimiento pueda afectar al interés general, la Ley (el borrador de Anteproyecto de la misma) confecciona un procedimiento autorizatorio que tiene el fin de supervisar la citada afección al interés general, al objeto de verificar si la hay, y en caso de haberla, o bien impedir sus efectos, o bien minimizarlos en base a la ponderación razonada de intereses en juego".

Y con este planteamiento, aunque el Anteproyecto parte formalmente de la libertad de establecimiento, se ocupa de repasar los títulos competenciales que puede invocar la Comunidad Autónoma de Aragón en las materias a que se refieren las razones de interés general que enumera la Directiva de Servicios, que pueden servir de fundamento para diseñar los límites del principio de libertad de acceso mencionado.

Y así se refiere a la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva de Servicios, con los objetivos, situados ya en el mismo plano, de velar por la adecuada implementación de aquélla para la consecución de los objetivos de la misma, y "el proporcionado establecimiento de sus límites con el fin de la protección del interés general".

Se pretende, confiesa el Preámbulo considerado, "tratar el establecimiento comercial de un modo global, partiendo de que la normativa en vigor ya protege en una gran medida el interés general", pero en ocasiones esta protección resulta insuficiente, y en tales casos procede "establecer un sistema adecuado". Más en concreto se afirma que "cuestiones como el efecto supramunicipal de un establecimiento, los efectos ambientales externos, cuestiones de protección civil

atendido el lugar de situación, relativas a las infraestructuras, etc. determinan la necesidad de, a determinados niveles e intensidades, establecer un régimen autonómico que garantice la protección del interés general".

Y este régimen se concreta en establecer el principio general de que "los establecimientos comerciales no amparados en el supuesto anterior y susceptible de afectar, por su tamaño, los intereses generales que deben ser protegidos por la Comunidad Autónoma, requerirá licencia autonómica posterior a la concesión de las licencias municipales".

Con lo que se ha consumado el razonamiento que pretende justificar la consagración de un criterio, que no se ajusta al planteamiento, antes descrito, que inspira la Directiva de Servicios cuya transposición en esta materia constituye precisamente el objetivo de este Anteproyecto de Ley que en borrador se somete a consulta.

IV.- Antes de examinar la modificación del articulado de la LOACA que se propone en dicho Anteproyecto, procede pues formular algunas consideraciones de carácter general sobre el sentido de estas "razones de interés general cuya concurrencia puede justificar la necesidad de un régimen de autorización".

A) El interés general no es ajeno a la aplicación efectiva del principio de libre competencia.

Como reza el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, "la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. En este contexto existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad... Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado".

Por su parte, el artículo 38 de la Constitución establece que "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación". Se trata de las libertades públicas a las que se refiere el artículo 53.1 de la propia Constitución, declarando que "vinculan a los poderes públicos", y que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades..."

En este sentido, cuando el artículo 9 de la Directiva de Servicios admite "que, excepcionalmente, los Estados miembros puedan supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización, cuando, entre otras condiciones, concorra la de que la necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general", debe entenderse que este régimen de autorización, excepcional y por tanto basado en presupuestos que han de ser interpretados restrictivamente, alude a supuestos de conflicto de distintas manifestaciones de interés público: De un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que implica la aplicación del principio de libertad de acceso y

libre ejercicio de la actividad de servicios en el mercado desarrollado, en este caso, dentro del territorio aragonés; y, de otro lado, una manifestación concreta de interés público, en alguna de las materias que, con carácter meramente enunciativo y no taxativo, describe el artículo 4.8 de la Directiva de Servicios, siempre que se presente como una razón imperiosa que justifique la aplicación del régimen de autorización; en el bien entendido que este último término no se emplea por la Directiva de Servicios en el concepto clásico de autorización o licencia administrativa que permite a la Administración controlar la adecuación de la actividad de un particular a las exigencias del interés público sectorial, sino, según define su artículo 4, como "un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio". De ahí que constituya una traba o restricción a la efectividad de la libre competencia, en el sentido antes expresado.

B) Todo ello conduce a la necesidad de ponderar la intensidad e importancia de las manifestaciones del interés público en conflicto, para determinar cual es más digno de protección y debe prevalecer.

Lo que resulta incompatible con un planteamiento general de establecer el régimen de autorización para un tipo de actividad económica concreta, invocando un supuesto interés general concurrente en ella. Habrá que analizar cada caso, para ponderar las manifestaciones de interés público concurrentes, con la máxima precisión posible, y cuándo, como consecuencia de dicha ponderación se estima, motivadamente, que resulta pertinente la exigencia de una autorización comercial específica, o segunda licencia.

Siempre teniendo en cuenta también que en algunas de las manifestaciones de interés público que enumera el citado artículo 4.8 de la Directiva de Servicios, no está presente un derecho fundamental o libertad pública que merezca la protección que para la libertad de mercado establece el artículo 53.1 de la Constitución.

C) La exigencia de que esté justificada la necesidad de aplicar un régimen de autorización, abona la excepcionalidad del mismo, atribuyéndole un carácter subsidiario de último grado.

Porque no resultará aplicable, aunque se aprecie la concurrencia de una razón imperiosa de interés general, en el sentido expresado, si otro sector del ordenamiento jurídico de un Estado miembro establece ya un sistema de protección de esa manifestación concreta del interés general, que se estime suficiente.

Se trata de una exigencia del principio de proporcionalidad, a la que se refiere el artículo 10.3 de la Directiva de Servicios, al establecer que "Las condiciones de concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamiento con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro". Y, precisamente para evitar estos solapamientos cuando se trata de prestación del servicio en otro Estado, el artículo 28 de la propia Directiva regula un sistema de asistencia recíproca entre Estados, con deberes de información y colaboración específicos, en relación a lo que denomina puntos de contacto.

Y de la misma manera, se establece como una condición indispensable para supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización, cuando "el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz" (artículo 9, apartado 1, letra c, de la Directiva de Servicios).

D) El artículo 14, apartado 5) de la Directiva de Servicios prohíbe supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en el territorio del Estado respectivo, al cumplimiento, entre otros, del requisito que se describe como la "aplicación, caso

por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la necesidad económica o de una demanda en el mercado; a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la realidad, o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente. Esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general".

Es decir, que en ningún caso deben invocarse razones de orden económico, de apreciación de la adecuación de la implantación de un nuevo equipamiento comercial u otras similares, que encuentren o suponen motivos de control de la oferta comercial, por parte de la Administración Pública, para justificar la exigencia de una licencia comercial específica.

V.- Descendiendo al análisis del articulado concreto de la LOACA, que se pretende modificar en la medida en que se oponga o sea incompatible con la Directiva de Servicios, procede, a juicio de este Tribunal, formular las siguientes consideraciones:

1ª.- En primer lugar parece recomendable la ponderación de la alternativa de adaptación de la LOACA a la Directiva de Servicios, consistente en promulgar una nueva Ley sobre la materia, en lugar de modificar algunos de sus artículos.

No sólo por razones de técnica normativa evidentes, puesto que la técnica elegida da lugar a inevitables contradicciones internas en el contenido de la LOACA parcialmente modificada; de modo que el Preámbulo, el artículo 27 (al haberse reformado el artículo 26), el artículo 56 (como consecuencia de la modificación de los artículos 4 y 15), habrían de ser también redactados de nuevo.

También porque algunos preceptos de la LOACA cuya modificación no se proyecta, como el 1, el 33, el 37, el 39 el 41, resistirían difícilmente el contraste con los principios y condiciones que la Directiva de Servicios consagra para garantizar la eficacia de la libre competencia.

2ª.- El artículo 4 de la LOACA, en la nueva redacción que el borrador de Anteproyecto se propone, suprime como exigencia de carácter general, el requisito de inscripción previa en el Registro General de Empresarios de comercio y Establecimientos Mercantiles.

Sin embargo, su apartado 2, letra d), no. parece compatible con la prohibición de exigir el requisito de estar obligado a constituir un aval financiero, que establece el artículo 14, apartado 7, de la Directiva de Servicios; ni con la equiparación contenida en el Considerando 39 de dicha Directiva del requisito de estar inscrito en el Colegio Oficial respectivo, con la aplicación de un régimen de autorización.

3ª.- Se propone una modificación de la redacción del artículo 11 de la LOACA, ampliando y aclarando la definición de establecimiento comercial que ofrece, sin embargo, teniendo por objetivo este Anteproyecto la transposición de la Directiva de Servicios en punto al comercio interior, parece redundante el contenido de este precepto, dado que el artículo 4, apartado 5, de dicha Directiva, ofrece ya una definición de esta clase de establecimientos. De ahí que este precepto podría suprimirse.

4ª.- El artículo 12 de la LOACA, en la nueva redacción que se propone, mantiene la inscripción en el Registro General de Empresarios de Comercio y Establecimientos Mercantiles, atribuyéndole un carácter de instrumento al servicio de la transparencia y la información a favor del consumidor.

Con arreglo al artículo 9, apartado 1, letra c) de la Directiva de Servicios, la inscripción registral del prestador del servicio no podría exigirse con carácter previo, en

cuanto los objetivos que reconocidamente se persiguen con ella se pueden conseguir mediante una medida menos restrictiva, concretamente exigiendo la inscripción registral a posteriori, como una obligación controlable, cuyo incumplimiento será sancionable como una infracción, sin condicionar el libre acceso a la prestación del servicio.

Por lo que la nueva redacción de este precepto, no parece ajustada a las disposiciones de la Directiva de Servicios.

5ª.- Los artículos 14, 15 y 16, establecen el régimen de los establecimientos comerciales calificables de "gran superficie", que se definen como aquéllos que tengan una superficie, edificada y dedicada a sala o espacio de exposición y ventas, de más de 2.500 metros cuadrados.

Con independencia de algunas remisiones al Reglamento que desarrolle la LOACA modificada, para excepcionar del concepto algunos supuestos y determinar las condiciones en que se puedan establecer requisitos adicionales para reconocer a un establecimiento comercial la condición de gran superficie, siempre en aras a la protección del interés general, el artículo 15, apartado 1, del borrador de Anteproyecto de Ley sometido a consulta, proclama, como principio general, que "La apertura de todo tipo de establecimiento comercial no estará sujeto a licencia o autorización comercial alguna; esto no obstante, con fin de protección del interés general, se sujetará la apertura de las grandes superficies a licencia comercial, otorgada por el Departamento competente en materia de comercio de la Diputación General de Aragón" (en rigor, del Gobierno de Aragón).

De conformidad con lo dicho en las consideraciones generales del apartado anterior de este informe, cabe afirmar que, desde el punto de vista de la competencia, la obligación de contar con una licencia comercial específica restringe notoriamente la competencia, al establecer una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limitar el número de posibles competidores y permitir así la consolidación del poder de los operadores del mercado ya establecidos. De esta forma, la Comunidad Autónoma de Aragón intervendría en la configuración de la oferta comercial, con finalidad, en este caso alegada, de "comprobar la afección al interés general de la actividad sujeta a la misma", pero que también permitiría alcanzar otros objetivos de ordenación de la actividad de este sector económico, o de proteger o promover el comercio tradicional.

En cualquier caso, esta segunda licencia provoca distorsiones en las estrategias de implantación o de expansión de las empresas, que pueden preferir abrir establecimientos a los que, por su menor superficie, se puede acceder sin necesidad de licencia comercial, favoreciendo con ello determinados formatos comerciales, probablemente medianos, en detrimento de los más grandes.

Esta fórmula, de someter la apertura de grandes superficies a una licencia comercial específica, no se ajusta a la Directiva de Servicios que se trata de trasponer en esta materia, según declara solemnemente la Exposición de Motivos del Anteproyecto, sino la consagración, con carácter generalizado, de un régimen de autorización para esta clase de establecimientos, que vulnera la misma.

El artículo 16 regula el procedimiento a seguir para obtener esta licencia comercial específica, que podrá denegarse "si el establecimiento y su actividad lesionan el interés general (sin más concreción ni precisión), sin posibilidad de adopción de condicionamientos o medidas correctoras que preserven el interés general".

La subsistencia de este precepto viene condicionada por el mantenimiento del principio general de régimen de autorización establecido por el artículo 15 del mismo Anteproyecto, contrario, como se ha indicado, a la Directiva Comunitaria.

Y todo lo anterior resulta igualmente aplicable a la disposición adicional tercera y a las tres disposiciones transitorias del Anteproyecto que en borrador se somete a consulta, en cuanto parten en todo caso de la aplicación, por principio del citado régimen autorizador.

6ª.- La posibilidad de que los Ayuntamientos, por razones de interés general exijan autorización previa para las ventas en mercadillos, que consagra el artículo 17 del borrador de Anteproyecto sometido a consulta; así como la posibilidad de que los Ayuntamientos, "por razones de protección del dominio público... u otras de interés general", puedan limitar el ejercicio de la venta ambulante, prevista en la nueva redacción del artículo 26; al igual que la exigencia de prestación de una fianza caucional para el ejercicio de la venta domiciliaria, conforme al nuevo artículo 30; y la repercusión de estas exigencias en la tipificación de las faltas leves que contiene su artículo 59, no resultan compatibles con una correcta transposición de las previsiones de la Directiva de Servicios, a la que se ha hecho referencia.

7ª.- El informe del Departamento competente en materia de comercio interior que prevé la disposición adicional primera del Anteproyecto, en relación con la aprobación definitiva, modificación o revisión de Planes urbanísticos (sin distinción), que definan por primera vez o modifiquen zonas destinadas a equipamientos económicos, en cuanto ha de basarse en criterios económicos y en las condiciones del mercado, parece chocar frontalmente con la prohibición establecida por el artículo 14, apartado 8, de la Directiva de Servicios, antes transcrita.

VI.- De lo expuesto anteriormente se deduce, para una correcta adaptación de la Directiva de Servicios, la necesidad de eliminar la obligatoriedad de obtener una licencia comercial específica y general para la implantación de un gran establecimiento comercial. No es la autoridad administrativa, sino el propio mercado el que debe dar respuesta a la adecuación de la oferta comercial, y la Directiva de Servicios, cuya transposición se pretende, se guía por este principio.

Las razones imperiosas de interés general, que pueden justificar de forma excepcional un régimen de autorización, han de protegerse con arreglo al principio de proporcionalidad que recoge el artículo 10.3 de la Directiva de Servicios y que supone "que dicho régimen sea el instrumento adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo y que no se pueda sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado."

Así, con carácter singular y excepcional, queda abierta la posibilidad de aplicar un régimen de autorización, sólo en los casos específicos en los que se detectara un riesgo, concreto y explicitado, de afección al interés general.

En este sentido, el texto de la nueva ley, cuyo borrador de anteproyecto informamos o, en su caso, una nueva ley de Ordenación del Comercio Minorista por la que se optara, debería determinar las condiciones y forma de aplicación individual de este régimen de autorización, administrativamente en la forma más ágil y sencilla.

El ejercicio de evaluación o ponderación de las distintas manifestaciones de interés general en conflicto debería realizarse de la manera más precisa posible, interpretando de forma restrictiva las razones imperiosas de interés general, que fundamentarían tanto la necesidad de autorización como los requisitos en que se basaría su otorgamiento.

Con el juego de competencias existente entre las administraciones autonómicas y local, las Entidades Locales han de emitir la licencia municipal para la que recaban la información oportuna. De esta forma, las Entidades Locales competentes para otorgar la licencia municipal, antes de hacerlo, remitirían copia del

expediente al Departamento de la Administración Autonómica aragonesa competente, para que, éste puede determinar, en el breve plazo que se determine, motivada e individualmente, la necesidad de apertura de expediente de autorización, con la solicitud en su caso de la información complementaria que requiera. En todo caso, el procedimiento que al efecto se establezca, habría de incluir la previsión de que comprenda el trámite de informe previo preceptivo del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

De esta forma, sólo individualmente y con argumentación concreta y motivos específicos se accedería a un régimen de autorización singular y excepcional, suprimiéndose la licencia comercial como requisito general, en orden a los requerimientos que emanan de la Directiva de Servicios.

VII.- Parece oportuno terminar este informe con una somera referencia al carácter vinculante de las directivas, como fuente del Derecho comunitario.

Conforme al artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea, la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

A diferencia, pues, del Reglamento, la Directiva carece como regla general, del carácter completo, tanto formal como material, propio de aquél. Formal porque, aun publicada obligatoriamente en D.O.E., requiere su integración en disposiciones internas objeto de una publicación adecuada en los respectivos Estados miembros; y material, por cuanto como norma de base o finalista, limitada a fijar el resultado a alcanzar, requiere proposiciones jurídicas de concreción con relación a los medios para hacer aquél efectivo.

La imposición de un plazo determinado para la ejecución de la Directiva, no previsto en el artículo 249 del Tratado, pero aceptada sin mayores problemas por la doctrina y por el Tribunal de Justicia, hace posible, en primer lugar, un recurso por incumplimiento ante éste contra el Estado miembro que no respetó el plazo en cuestión para una adecuada transposición de la Directiva.

Pero ahí no se acaba la eficacia de la Directiva. Junto a una eficacia directa dirigida a los Estados miembros, característica de las normas de Derecho Internacional Público, la Directiva comunitaria, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 12 del Tratado, objetivando al máximo la intención de las partes contratantes, presidida por el espíritu de integración, como productor de efectos directos y generador de derechos individuales que los Tribunales nacionales deben proteger. Y así, en el marco del artículo original del Tratado 177 (actual 234), cuyo objetivo es asegurar la unidad en la interpretación del Tratado por los tribunales nacionales, se afirma que el papel asignado al Tribunal de Justicia confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus ciudadanos ante sus órganos jurisdiccionales.

Por esta vía, el Tribunal de Justicia ha sentado las bases de un ordenamiento jurídico comunitario, autónomo, situando las controversias relativas a su correcto cumplimiento, no sólo en el plano interestatal comunitario (a través del proceso por incumplimiento), sino también interno, con unos Estados miembros susceptibles de ser demandados por sus ciudadanos ante sus órganos jurisdiccionales.

Particularmente, el tribunal de Justicia ha ido consolidando progresivamente (con las claves de los asuntos Duyn, de 1974; Marshall, de 1986; Faccini Dori, de 1994; El Corte Inglés, de 1996) la tesis de que, una vez transcurrido el plazo de ejecución de la Directiva, ésta podría ser directamente aplicada en los Estados miembros, en los supuestos de falta de transposición o ejecución, o de transposición

incorrecta.

Primero en los litigios verticales, entre el Estado incumplidor y sus ciudadanos, pero en un segundo momento (asuntos WWF e.a., de 1999 y Linster, de 2000), incluso en caso de conflictos horizontales, entre particulares. Al menos en el caso de Directivas que tienen en su contenido un alto grado de precisión y claridad, que dejan poco margen a la apreciación discrecional, sobre el fondo sancionador, que se atribuye a la reacción frente al Estado incumplidor, el Tribunal de Justicia viene admitiendo que los ciudadanos invoquen la aplicación con eficacia vinculante directa, antes los tribunales nacionales, la Directiva pendiente de una correcta transposición, que habilita y protege sus derechos.

Como en este caso podría llegar a ser el derecho al libre acceso y ejercicio de prestación de servicios, en el sentido definido por la Directiva de Servicios.

A la vista de todo cuanto antecede esta Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón formula las siguientes:

CONCLUSIONES

1.- Dado que el texto remitido no puede ser calificado como Proyecto de Ley este informe debe entenderse realizado como contestación a la consulta interesada por la Dirección General de Comercio y Artesanía. En consecuencia esta consulta no supone dispensa alguna de la necesidad de que en el supuesto en que se elaborara ese Proyecto de Ley, el mismo tenga que ser objeto del preceptivo informe por parte de este Tribunal.

2.- La Comunidad Autónoma se halla obligada a trasponer la Directiva de Servicios, en su ámbito competencial y dentro del plazo concedido al efecto, procediendo a la revisión, para su adaptación a las exigencias de aquella, no sólo del contenido de la LOACA, sino también de todas las disposiciones normativas que la hayan desarrollado y de todas las normas promulgadas en Aragón, que se refieran a la materia de comercio interior o incidan en ella, respecto de la que ostenta competencia exclusiva. Lo que permite, en principio, afirmar que el Anteproyecto que en borrador se ha sometido a consulta de este Tribunal ofrece un contenido que resulta incompleto, en relación del ejercicio de la referida función que constitucional y estatutariamente tiene encomendada la Comunidad Autónoma de Aragón. Al menos no consta a este Tribunal la existencia de otros Proyectos de Ley que vinieran a subvenir las necesidades indicadas

3.- El interés general se manifiesta en la vigencia y afirmación de la libre competencia como instrumento necesario y básico en la configuración del mercado. Lo anterior no impide que en particulares situaciones pudiera darse una manifestación concreta de interés público, en alguna de las materias que, con carácter meramente enunciativo y no taxativo, describe el artículo 4.8 de la Directiva de Servicios, siempre que se presente como una razón imperiosa que justifique la aplicación del régimen de autorización. En todo caso, la aplicación de este régimen de autorización ha de tener – necesariamente – un doble carácter subsidiario, pues solo procederá su exigencia cuando una norma sectorial concreta no permita alcanzar tal resultado y de otro lado cuando el objetivo perseguido no se pueda conseguir con una medida menos restrictiva.

4.- De acuerdo con el contenido del apartado V de este informe el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón manifiesta que el borrador de Anteproyecto de Ley sobre el que se informa incorpora en el desarrollo de la actividad comercial notables obstáculos para el acceso al mercado en un régimen de libre competencia, no ajustándose a las exigencias requeridas para una correcta ejecución de la Directiva de Servicios.