

INFORME 7/2009 (MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARTESANÍA 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 11 de enero de 2010

Al pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante, TDCAr.), con la composición expresada al margen y siendo ponente los vocales: D^{ña} María Dolores Gadea Rivas y D. Jesús Solchaga Loitegui 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 modifica la Ley de Artesanía de Aragón.

Antecedentes

Con fecha 10/11/2009 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 modifica la actual Ley de Artesanía de 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 traslada una copia del mismo al objeto de que el Tribunal emita, si procede, el correspondiente informe”.

Siguiendo el Reglamento de Régimen Interno del TDCAr se asigna la ponencia correspondiente a los vocales D^{ña} María Dolores Gadea Rivas y D. Jesús Solchaga Loitegui que se presenta al Pleno del Tribunal el día 11 de enero de 2010.

I.- Sobre la adecuación del informe

La Dirección General de comercio y Artesanía del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón ha solicitado a este Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón un informe, al que no añade ningún calificativo, sobre un Borrador de Anteproyecto de Ley, por la que se modifica parcialmente la vigente Ley 1/1989 de 24 de febrero de Artesanía de Aragón.

Se trata de un Borrador de Anteproyecto de Ley que, según aparece en el punto II, tiene por objetivo "incorporar al ordenamiento jurídico aragonés la Directiva 2006/123/CE 2006 (en adelante, Directiva de Servicios) y modificar la Ley de Artesanía de Aragón en todo aquello que se le oponga o sea incompatible con ella". Este objetivo se plantea dentro de un confuso punto II, donde en varios momentos se alude a las razones imperiosas de interés general que pueden limitar el derecho al libre establecimiento, y que finaliza transcribiendo el artículo 4.8 de la Directiva. Sin embargo, este punto está precedido de un primer epígrafe donde bajo del título de Exposición de motivos, se resumen los objetivos generales de la Directiva 2006/123/CE y se cita el artículo 97.3 del Estatuto de Autonomía que faculta a la Diputación General a tomar las medidas necesarias para ejecutar dentro de su territorio los actos normativos de organizaciones internacionales que afecten a las competencias de la Comunidad Autónoma.

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 el objetivo de trasponer la Directiva de Servicios. Esta cuestión fue analizada con detalle en el informe 3/2009 elaborado por el TDCA, con fecha 23 de noviembre de 2009, sobre el Borrador de anteproyecto de Ley en el que se modifican diversas disposiciones relativas a la actividad comercial de Aragón (véase punto I). Puesto que tanto el planteamiento como el razonamiento son igualmente aplicables en este caso, procede extraer la misma conclusión: el TDCA deberá emitir un informe preceptivo que ha de referirse al proyecto de Ley, sin perjuicio de que ahora se emita el que se solicita respecto del simple Borrador de Anteproyecto. La argumentación detallada según aparece en el punto I de dicho informe:

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 informativos 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 haya 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 la misma habría de referirse, en su caso y momento, al Anteproyecto 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 Anteproyecto, 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 Anteproyecto 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 del informe

La perspectiva del 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 y modificar la Ley de las Cortes de Aragón 1/1989, de 24 de febrero, de Artesanía de Aragón, 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.

Recientemente, 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, ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 17/2009, de 23

de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (publicada en el B.O.E. número 283, de fecha 24 de noviembre de 2009), y con entrada en vigor, como expresa su disposición final sexta, en el plazo de treinta días a partir del 25 de noviembre de 2009, experto lo previsto en los artículos 17.2, 17.3, 17.4, 18 y 19 del Capítulo IV y en el Capítulo V, que ha entrado en vigor el 27 de diciembre de 2009.

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. El Borrador remitido a este Tribunal en su punto III alude a esta cuestión.

De nuevo, procede remitir al informe 3/2009 –punto II- emitido por este Tribunal donde se analizaban con detalle las competencias y obligaciones del gobierno autónomo es este punto. A modo de resumen, cabe señalar 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 aquella 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. De acuerdo con lo anterior el Borrador de Anteproyecto de Ley que aquí se analiza tiene un contenido parcial al referirse únicamente a una actividad concreta como es la Artesanía. Más específicamente en este informe se afirma:

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.

III.- Sobre la exposición de motivos

La exposición de motivos que precede al resto de epígrafes del Borrador del Anteproyecto de Ley se trata de un texto muy general sobre la Directiva, y que no entra de lleno en los principales objetivos del texto que se nos presenta.

El planteamiento de la Exposición de Motivos y el objetivo expresado en el punto II del Anteproyecto que en versión de Borrador se somete a consulta, de modificar la Ley de las Cortes de Aragón 1/1989, de 24 de febrero, de Artesanía de Aragón, en todo aquello que se oponga o sea incompatible con la Directiva de Servicios, como modo de incorporar ésta a la normativa sectorial concreta del

ordenamiento jurídico aragonés sobre comercio interior, conducirá a la conclusión de que lo procedente sería revisar en profundidad el texto articulado del Borrador de Anteproyecto, para que ordenara la materia que constituye objeto de su ordenación desde la perspectiva de la libertad de acceso al mercado de la Artesanía y el libre ejercicio de esta modalidad económica, y no desde el punto de vista de su protección y promoción, comprendiendo ambos puntos de vista en el contenido de su ordenación.

IV.- Consideraciones generales

Antes de examinar la modificación del articulado de la Ley de Artesanía que se propone en dicho Anteproyecto, procede 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 calificación previa y registro", y que constituye el núcleo de la regulación del sector.

Como en ocasiones anteriores, se remite al informe 3/2009 de 23 de noviembre elaborado por este Tribunal y donde se analiza con detalle la relación entre el interés general y el principio de libre competencia. Las principales conclusiones allí obtenidas señalaban que el interés general no es ajeno a la aplicación efectiva del principio de libre competencia, y apuntan 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. Todo lo anterior conduce a la exigencia de que esté justificada la necesidad de aplicar un régimen de calificación, y abona la excepcionalidad del mismo, atribuyéndole un carácter subsidiario de último grado. La argumentación detallada sería la siguiente:

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, concurra 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 cuál es más digno de protección y debe prevalecer.

Lo que resulta incompatible con un planteamiento general de establecer el régimen de autorización -ó de calificación- 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 cuando, 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".

No obstante, y dentro de este marco general cabe hacer unas consideraciones específicas en relación con el sector. Tal y como reza el texto introductorio del Borrador sometido a consulta, se trata ahora, entre otros objetivos, de velar por la adecuada implementación de la Directiva de Servicios para la consecución de los objetivos de la misma así como para el proporcionado establecimiento de sus límites con el fin de la protección del interés general, y por tanto, procede afirmar que, sustituido en este sector de actividad el régimen de autorización previa por un régimen de calificación previa, con la consiguiente inscripción registral, en la medida en que su otorgamiento se encomienda, como competencia propia, al Departamento correspondiente del Gobierno de Aragón (competente en materia de artesanía), relegando a una norma reglamentaria, con categoría formal de simple Orden de dicho Departamento la regulación del procedimiento que haya de servir de cauce al ejercicio de esta potestad, supeditando a la obtención de esta calificación artesanal y subsiguiente inscripción registral el reconocimiento oficial por la Administración Autónoma de la condición de empresa artesanal o de artesano, se está introduciendo un nuevo obstáculo a la aplicación del principio de libre acceso y ejercicio de este sector de actividad económica, que no resulta suficientemente justificado por el objetivo declarado de controlar el cumplimiento de los requisitos mínimos de capacidad empresarial o formación del artesano individualizado ó persona física; ni por la razón de proteger el interés general, sin más especificación, eludiendo así las condiciones que han de concurrir en una manifestación concreta del interés público, debidamente justificado, para que pueda convertirse en límite, siempre excepcional, del libre acceso y ejercicio de la actividad económica artesanal.

La Ley de Artesanía vigente 1/1989, que el Anteproyecto cuyo Borrador estamos analizando pretende modificar, justifica la regulación del sector artesano como un mecanismo para favorecer las actividades artesanales, vinculándolas al turismo y al mantenimiento del empleo y la economía del medio rural. Se trata, en definitiva, de una Ley que protege a un determinado sector mediante un sistema de ayudas, cuyo acceso requería autorización y registro previo y que pivotaba sobre dos instituciones, el Consejo de Artesanía y registro. El Borrador del Anteproyecto de Ley no ha modificado sustancialmente este planteamiento, y en la nueva redacción del artículo 4 se justifica continuar con la regulación del sector con el fin de contribuir a un modelo de desarrollo sostenible. Se intuye en la lectura del anteproyecto que este objetivo podría quedar justificado por las razones imperiosas de interés general a que se refiere el artículo 4.8 de la Directiva al cual se alude de forma confusa y poco ordenada en el punto II del Borrador, que podría interpretarse como una declaración

de intenciones. En suma, no existe un argumento razonado que justifique la regulación del sector. En estas circunstancias surge la duda de la necesidad de regulación del sector, de las circunstancias que concurren en él que lo diferencian de otros sectores y justifican que sea receptor de ayudas públicas que pueden traducirse en un mayor poder de mercado y diferente entorno competitivo en relación con otras actividades económicas y, por lo tanto, en la creación de trabas a la libre competencia. Finalmente, si se acepta que la regulación esta justificada por razones de interés general el mantenimiento de un régimen de calificación supone una restricción a la libre entrada de nuevos oferentes en el sector regulado de la Artesanía, entendido como tal, el que puede ser beneficiario del régimen de ayudas que establece la Ley 1/1989 y que mantiene el Borrador del Anteproyecto de Ley.

V.- Análisis del articulado

El objetivo de este punto es revisar y modificar la Ley vigente 1/1989 que regula el sector de la Artesanía en Aragón y adaptarla a la Directiva de servicios. La ley vigente tiene 9 artículos de carácter muy general y es el decreto y las órdenes posteriores las que realmente la dotan de contenido. En concreto son relevantes las siguientes disposiciones:

- Decreto 169/1997 que regula la composición y funcionamiento del Consejo de Artesanía de Aragón.
- Orden de 9 de julio de 1990 por la que se regula el funcionamiento del Registro General de Artesanía de Aragón.
- Orden de 28 de mayo de 1990 por la que se establece el Censo de Oficios y Actividades Artesanas.
- Orden del 6 de julio de 1990 por la que se establece el procedimiento para la concesión del documento de calificación artesanal.
- Orden de 24 de enero de 2001 que modifica la orden de 1990 que establece el Censo de Oficios y Actividades Artesanas.

Nótese que el decreto y las diferentes órdenes regulan cuestiones relevantes como la composición y funcionamiento del Consejo de Artesanía de Aragón, el Registro General de Artesanía de Aragón y el procedimiento para la concesión del documento de calificación artesanal.

Los problemas desde el punto de vista de la competencia de la ley anterior y que podrían entrar en colisión con la Directiva de Servicios pivotan en 3 cuestiones:

1. Protección del sector y su justificación
2. El consejo de Artesanía donde hay representantes de los sectores implicados y cuyo papel es clave pues es quien decide como se elabora el censo de actividades artesanas y otorga la calificación de artesano.
3. La obligatoriedad de realizar un censo e inscripción en un registro para ser beneficiario del régimen de ayudas.

Teniendo en cuenta lo anterior y en relación con el articulado propuesto en el Borrador, desde la perspectiva de la Directiva de Servicios, procedería formular las siguientes consideraciones.

Artículo 1

Se modifica la redacción del artículo 4 de la Ley vigente para clarificar las

competencias. Sin embargo, mientras en la ley anterior se detallaban las competencias y actuaciones en la redacción actual solo se alude a un objetivo genérico de promoción de actividades artesanas, y a señalar que el Departamento de Industria, Comercio y Turismo será el encargado de desarrollar la ley.

Artículo 2

Se modifica el artículo 5 para introducir una nueva regulación del Consejo de Artesanía de Aragón. Se trata de un órgano consultivo donde están representadas tanto la administración como las diferentes asociaciones relacionadas con la actividad artesanal. Pero su composición y funciones se detallan en un decreto que la nueva Ley deberá modificar en el futuro. Puesto que este decreto está sin elaborar resulta complicado ver donde está la modificación con respecto a lo anterior. Sin embargo, se mantiene la representación de los profesionales implicados, lo que entra en contradicción con la directiva de Servicios.

De hecho, cabría afirmar que la integración de representantes de profesionales y agentes del sector artesano de Aragón, en el Consejo de Artesanía de Aragón, aunque las funciones que se asignan a éste tengan carácter asesor y consultivo, podría contradecir el artículo 14, apartado 6, de la Directiva de Servicios o, que califica de requisito de acceso, a una actividad de servicios o su ejercicio, prohibido, la “intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los Colegios profesionales y las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente”.

En síntesis, las modificaciones de los artículos 4 y 5 más bien parecen una clarificación y ordenación de la Ley anterior que una adaptación a la Directiva ya que se mantienen los mismos problemas que ya existían.

Artículos 3 y 4

Se modifican los artículos 6 y 7 para regular la calificación de empresa artesana y artesano. En lo que respecta a las empresas artesanas, antes el responsable de la actividad tenía que tener la condición de artesano, ahora basta con que lo sea uno de sus titulares y desaparecen las asociaciones. Pero se mantienen otros requisitos como el del número de empleados. En relación con esta cuestión el art. 15, apartado 2, letra f) de la Directiva de Servicios califica de requisito de acceso, a una actividad de servicios o su ejercicio, “por evaluar”, los que obliguen a tener un número mínimo de empleados. Se trata así de requisitos que justificadamente han de ser compatibles con las condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo artículo 15, es decir, que se trata de requisitos no discriminatorios; necesarios, en cuanto justificados por una determinada razón imperiosa de interés público; y proporcionales, en el sentido de adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo, y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. Esta motivación razonada se echa en falta en el artículo 6, apartado 1, letra b), al exigir a las empresas artesanas, sometidas al requisito del reconocimiento oficial por la Administración de tal, para la consiguiente calificación e inscripción registral, que el número de trabajadores empleados por ella no excedan de diez.

Por otra parte, se elimina cualquier alusión a la exigencia de autorización para el desarrollo de la actividad artesana por el de “calificación”. Al igual que antes falta por ver como se modificarán las ordenes que desarrollaran este punto de la Ley. No obstante sigue siendo un obstáculo al principio de libre empresa, ya que la obtención de dicha calificación depende del cumplimiento de unos requisitos y de la voluntad de

la administración. Cabe concluir, por tanto, que la modificación propuesta de los artículos 6 y 7 constituye en la sustitución de un régimen de autorización previa, por otro de calificación y registro previo que, tal como se propone en el Borrador sometido a consulta, supone la introducción de un nuevo obstáculo a la aplicación del principio de libre empresa, en su expresión de libre acceso y ejercicio de la actividad económica artesanal; y que, además, no responde a las características de publicidad previa, transparencia y accesibilidad que exige el artículo 10 de la Directiva de Servicios a los criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de la Administración (en relación con la concesión de autorización previa; pero la misma previsión habría de entenderse aplicable al nuevo régimen de calificación previa), con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.

Artículo 5

Se modifica el artículo 8 que es el que regula el Registro Oficial de Artesanos de Aragón. En su punto 1 dice “El Registro Oficial de Artesanos de Aragón se configura como un Registro de carácter público y naturaleza administrativa, en el que deberán inscribirse las personas físicas y jurídicas que ejerzan las artesanías y quieran acogerse al régimen derivado de la presente Ley”. Por lo tanto, y abundando en el punto anterior, la inscripción en el Registro se configura como algo necesario para acceder al sistema de ayudas y, constituye una limitación a la libre competencia.

Artículo 6

Se modifica el artículo 9. En el anterior se listaba el régimen de ayudas a que pueden acogerse las empresas artesanales. En la redacción actual, solo se habla de las condiciones que deben cumplir las empresas para acogerse a ellas. Más específicamente, la acreditación del desarrollo de la actividad artesanal en la comunidad autónoma de Aragón y estar inscrito en el Registro Oficial de Artesanos de Aragón. Es preciso señalar, por tanto, que el desarrollo de contenidos básicos en forma de normas de rango inferior podría deslegalizar la concesión de ayudas. Por otra parte, recordar que el sistema de protección diseñado para el sector de Artesanía no puede ser una excusa para apartarse del régimen de ayudas general.

En este punto, procedería dejar claro en el Borrador de referencia que en ningún caso habrá de contemplarse en el ejercicio de la facultad de la Administración autonómica de otorgar la calificación artesanal, si tal condicionante se llegase a mantener con otra configuración que lo hiciera compatible, la adecuación a los planes y programas de promoción y fomento de la Artesanía de la Administración Autónoma de Aragón, a los que hace referencia el art. 9 del Borrador del anteproyecto sometido a consulta al referirse a la obtención de la condición de beneficiario de aquéllos, por cuanto el art. 14, apartado 5 de la directiva de Servicios califica de requisito prohibido la aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización (y cabe entender que también es aplicable la prohibición con referencia al otorgamiento de la llamada calificación artesanal) a la apreciación de que la actividad se ajusta a los objetivos de programación fijados por la autoridad competente.

En suma, las empresas que no aspiren a la condición de beneficiarios tienen un régimen de libre acceso pero las que quieran acceder a la condición de beneficiarias no. Esto constituye una discriminación y supone imponer trabas al libre establecimiento.

Otras cuestiones

Cabe además destacar que dentro del concepto de artesanía que ofrece el

artículo 2 de la Ley de Artesanía de Aragón, y de las categorías de actividad artesana que ofrece su artículo 3, ambos no incluidos en la modificación propuesta, no se comprende la exigencia de título académico alguno, ni se alude al carácter profesional de su ejercicio, que sí se exigen como requisitos para la calificación y subsiguiente inscripción registral para el reconocimiento de la condición de empresa artesana y artesano (artículos 6 y 7 del Anteproyecto del Borrador).

De otra parte, el desarrollo de actividad empresarial en la Comunidad Autónoma de Aragón y la previa inscripción registral, se configuran en el artículo 9 proyectado como presupuestos para obtener la condición de beneficiario de los planes y programas de promoción y fomento de la artesanía de la Administración de dicha Comunidad Autónoma.

Aunque ahora se propone remitir a la vía reglamentaria la determinación de las medidas de promoción y fomento de la artesanía posibles y el régimen de aplicación de las mismas (artículo 9), habrá que concluir que el Borrador de Anteproyecto, sometido a consulta, contempla únicamente el régimen de libre acceso a esta modalidad económica y su ejercicio, para las personas que no aspiran a obtener el reconocimiento de la condición de empresa artesana o de artesano; pero, al propio tiempo, excluye a esta persona de la posibilidad de obtener la condición de beneficiarios del régimen protección de la actividad económica artesanal, lo que constituye una manera de discriminar, e injustificada de ordenar y promover el ejercicio efectivo de la libertad de empresa en este sector de mercado.

Finalmente, parece oportuno remitir al punto VII del informe 3/2009 elaborado por este Tribunal con fecha 23 de noviembre donde se recuerda el carácter vinculante de las directivas como fuente de Derecho comunitario. En concreto en dicho informe se afirma:

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 Don, 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 incumplidos 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 incumplidos, 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.

Por tanto, y como conclusión de la revisión de los cambios en el articulado que se proponen en este Borrador, este Tribunal entiende que, desde la perspectiva de la Directiva de Servicios, se mantiene las limitaciones a la competencia que existían en la Ley de Artesanía 1/1989.

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 realizada por la Dirección General de Comercio y Artesanía con fecha 5 de noviembre de 2009. En consecuencia, esta consulta no supone dispensa alguna de la necesidad de que en el supuesto de que se elaborara este 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, todas las disposiciones normativas que afecten al mercado interior de servicios. En consecuencia, el Borrador de Anteproyecto de Ley que se somete a consulta se trata de una norma parcial que afecta a un sector específico.
- 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, como recoge el artículo 4.8 de la Directiva de Servicios. En todo caso, la obligatoriedad de un régimen de calificación previa para el sector artesano no queda suficientemente justificada en el Borrador del Anteproyecto de Ley.

- 4) El Borrador de Anteproyecto de la Ley de Artesanía, contempla únicamente el régimen de libre acceso a esta modalidad económica y su ejercicio, para las personas que no aspiran a obtener el reconocimiento de la condición de empresa artesana o de artesano; pero, al propio tiempo, excluye a esta persona de la posibilidad de obtener la condición de beneficiarios del régimen protección de la actividad económica artesanal, lo que constituye una manera de discriminar, e injustificada de ordenar y promover el ejercicio efectivo de la libertad de empresa en este sector de mercado. En consecuencia, este Tribunal entiende que el Borrador sometido a consulta no se ajusta a las exigencias requeridas para una correcta ejecución de la Directiva de Servicios.