

INFORME 1/2010 (MODIFICACIÓN DE DIVERSAS DISPOSICIONES EN MATERIA FERIA EN ARAGÓN)

Pleno.-

Presidente

D. José Antonio García-Cruces González.

Vocales

D. Jesús Solchaga Loitegui.

D. Javier Oroz Elfau.

D^a. M^a Dolores Gadea Rivas

En Zaragoza, a 23 de febrero de 2010

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 en materia ferial en 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 modifican diversas disposiciones en materia ferial 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 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. Jesús Solchaga Loitegui y D. Javier Oroz Elfau que se presenta al Pleno del Tribunal el día 23 de febrero 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 interesado de este Tribunal de Defensa de la competencia de Aragón que “emita, si procede, el correspondiente informe” en relación con el borrador de Anteproyecto de “Ley por la que se modifican diversas disposiciones relativas a la actividad ferial en Aragón”, que adjunta a su comunicación.

Se trata de un borrador de Anteproyecto de Ley que, según su texto introductorio tiene por objetivo “incorporar al ordenamiento jurídico aragonés la directiva 2006/123/CE y modificar la Ley de actividades feriales de Aragón en todo aquello que se le oponga o sea incompatible con ella”; con lo que se está refiriendo concretamente a la Ley de las Cortes de Aragón 1/2007, de 27 de febrero, de Actividades FERIALES Oficiales de Aragón.

La primera cuestión que se plantea consiste en precisar la adecuación de este informe, que ha de referirse a lo que parece ser, y así se califica a sí mismo, un mero borrador de Anteproyecto de Ley que persigue tal objetivo. Es decir, la competencia de este Tribunal para emitir tal informe y el carácter y alcance del mismo, en el ámbito del ordenamiento jurídico sectorial aplicable. Sobre la base de que no ofrece duda la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de feria comerciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.25ª del vigente Estatuto de Autonomía de Aragón; con la consecuencia de corresponder a dicha Comunidad Autónoma la función de trasponer la citada Directiva 2006/123/CE, en el ámbito de su territorio.

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 o 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, 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 contenido 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 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 que interesa de este Tribunal 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 se refiere a la 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.

Así como recordar que en la elaboración de todas las disposiciones normativas aragonesas que afecten a la competencia, deberán tener en cuenta esta perspectiva y la obligatoriedad de formular oportunamente consulta a este Tribunal.

II.- La perspectiva del informe.

La perspectiva de este informe habrá de referirse a la adecuación del borrador del 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 citada 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 1/2007, de 27 de febrero, de Actividades FERIALES Oficiales de Aragón (en lo sucesivo, LAFOA), en todo aquello que se oponga o sea incompatible con ella, ejercicio de la competencia exclusiva que atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de regulación de actividad comercial, comprensiva de “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 artículo 71, regla 25ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por las Cortes Generales el 18 de abril de 2007.

Y ello, teniendo en cuenta que la citada directiva de Servicios 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, definiendo éstos como cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración contemplada en el artículo 50 del Tratado de la CE.

Y que en la actualidad, esta Directiva de Servicios ha sido incorporada oficialmente al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 17/2009, de 2 de noviembre, de Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que tiene carácter básico en todo su contenido, como establece su disposición final primera; y que en la transposición de dicha Directiva adopta un enfoque ambicioso, intensificando la aplicación de sus principios y declarando, en su artículo 1, que tiene por objeto, “establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de

establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas”.

Este es el marco en que se ha de perfilar el contenido de la norma aragonesa que, en fase de anteproyecto, se ha sometido a consulta de este Tribunal, teniendo en cuenta, además, que el apartado 1 de la disposición final tercera de esta Ley estatal establece que “Corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley”.

Y todavía procede precisar que, en cumplimiento del apartado 1 de su disposición final quinta, que ordena al Gobierno la adaptación a esta Ley 17/2009, de 23 de noviembre de las disposiciones vigentes con rango de Ley, se ha promulgado y ha entrado en vigor la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (B.O.E. núm. 308, de 23 de diciembre de 2009); si bien, al propio tiempo, esta Ley, como señala su Preámbulo, “con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva (que se ciñe a los servicios en el mercado interior), siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica”. Y, a su vez, su disposición final primera declara el carácter básico de la mayor parte de su contenido.

Realizadas estas precisiones, procede afirmar que, teniendo la Comunidad Autónoma de Aragón, en particular de conformidad con los artículos 71, regla 25ª y 99, apartado 2, de su Estatuto de autonomía, en su redacción actual, 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 LAFOA 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 LAFOA, sino también de todas las disposiciones normativas que la hayan desarrollado y de todas las normas promulgadas en Aragón, que se refieran o incidan a la materia de comercio interior, respecto de la que ostenta competencia exclusiva, en los términos indicados.

Ello 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 con el ejercicio de la referida función que constitucional y estatutariamente tiene encomendada la Comunidad Autónoma de Aragón, y que su texto introductorio

anuncia.

Asimismo, por otra parte, este informe no debe incidir en cuestiones relativas a la técnica normativa 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.- Sobre la Exposición de Motivos.

La lectura de la Exposición de Motivos del borrador de Anteproyecto de Ley sometido a consulta sugiere que se ha redactado con un cierto grado de incongruencia respecto del objetivo que se atribuye a sí misma. Y es que, en efecto, tras referirse a los artículos 43 y 49 del Tratado de la CE, y afirmar que el objetivo de la Directiva de Servicios es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre Estados miembros, de tal forma que éstos no tengan la posibilidad de restringir la libre prestación de servicios mediante la aplicación de disposiciones que afecten, bien al acceso a una actividad de servicios, o bien a su ejercicio, eludiendo las normas establecidas y el Tratado CE y en la Directiva de Servicios; define como objetivo del anteproyecto de Ley que en borrador se somete a consulta, “incorporar al ordenamiento jurídico aragonés la Directiva 2006/123/CE y modificar la LAFOA, en todo aquello que se le oponga o sea incompatible con ella”.

Sin embargo, 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 diferentes Estados miembros de la Unión Europea, estableciendo una serie de medidas (simplificación administrativa de procedimientos, eliminación de barreras jurídicas y administrativas al libre establecimiento de los prestadores de servicios, medidas para garantizar la calidad de los servicios y la protección de los consumidores y usuarios) para asegurar la efectividad del principio de libertad de acceso y libre ejercicio de la actividad de servicios. De tal forma que en este contexto, por lo que se refiere en particular al sector del comercio interior, en sus diversas modalidades, admite con carácter absolutamente excepcional los regímenes de autorización cuando se reúnan una serie de condiciones o requisitos que especialmente describe como criterios vinculantes en la ordenación de esta materia.

Mientras que el Preámbulo del Anteproyecto de Ley que en borrador es objeto de esta consulta, se centra en destacar el alcance de los límites que encuentra el principio de libertad de acceso y libre ejercicio de la actividad de acceso, cuando concurren razones imperiosas de interés general, transcribiendo literalmente el artículo 4.3 de la Directiva de Servicios, aludiendo a los títulos competenciales de la Comunidad Autónoma de Aragón para regular dichos límites, situando a éstos y al referido principio general en plano de igualdad, al expresar que, “La competencia exclusiva en materia de ferias comerciales determina que la Comunidad Autónoma es la competente en la transposición de la Directiva, velando por su adecuada implementación 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”.

Finalmente, la Exposición de Motivos examinada expone los preceptos normativos que se proyecta modificar o dejar sin contenido, desde la perspectiva exclusiva de la sustitución del régimen de autorización previa, por el de calificación de feria oficial, de interés preferente o no, y la inscripción en el Registro Administrativo correspondiente, siempre también de carácter previo, como instrumentos de

intervención de las Administraciones Públicas en este sector de actividad económica.

Resulta, pues, notorio y especialmente relevante, por lo que es preciso referirse a este extremo que la Exposición de Motivos examinada no menciona y desconoce la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de carácter básico, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva de Servicios referida a esta materia, y que, en el momento de comenzar la elaboración de la LAFOA, se encontraba en los últimos trámites parlamentarios, siendo publicada en el B.O.E. de 24 de noviembre de 2009, y habiendo entrado en vigor en su conjunto, puesto que una parte anticipó su vigencia, el 27 de diciembre de 2009.

IV.- Consideraciones generales.

Antes de examinar la modificación del articulado de la LAFOA 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 e inscripción”.

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 supuesto 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.

Por tanto, parece claramente acertado el criterio de la reforma proyectada, en el sentido de suprimir, en este sector de actividad, el régimen de autorización previa.

B) Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, como señala el Preámbulo de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, “Los regímenes de autorización son uno de los trámites más comúnmente aplicados a los prestadores de servicios, constituyendo una restricción a la libertad de establecimiento. La Ley establece un principio general, según el cual el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización previa cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y no sean desproporcionados. En particular, se considerará que no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, para facilitar, si es necesario, el control de la actividad”.

La misma idea resulta aplicable, a juicio de este Tribunal, a la restricción al principio de libre acceso a este sector de actividad económica y a su ejercicio que implica la exigencia de la previa calificación e inscripción en el Registro administrativo correspondiente, porque el artículo 15.3.c) de la Directiva de Servicios establece que los Estados miembros comprobarán que los requisitos exigidos para el acceso a la actividad o su ejercicio, cumplan, entre otras condiciones, la de proporcionalidad, es decir, que “sean 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”. Mientras que el artículo 14.8 de la citada Directiva, califica de requisito prohibido, “la obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período de tiempo determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio”.

Y en este sentido, la citada Ley 17/2009, de 23 de noviembre, como expresa su Preámbulo, impone obligaciones específicas en cuanto a los principios que deben cumplir que regulen el acceso a las actividades de servicios y el ejercicio de las mismas, para garantizar que éstos resulten menos gravosos y más predecibles para los prestadores de servicios.

C) La Ley cuyo Anteproyecto en borrador se somete a consulta tiene como objetivo declarado la adaptación a la Directiva de Servicios de la Ley de las Cortes de Aragón 1/2007, de 27 de febrero, modificándola en todo aquello que se oponga o sea incompatible con aquélla.

Esta Ley de las Cortes de Aragón se promulga con posterioridad a la Directiva de Servicios, que ya había sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 27 de diciembre de 2006, a pesar de lo cual no tiene en cuenta el contenido de ésta, dando lugar a la necesidad de adaptación a la misma.

La estructura de la Ley que se ha de acomodar a la citada Directiva de Servicios, dificulta, sin embargo, esta labor de adaptación. Porque en efecto, la Ley se intitula “de Actividades FERIALES Oficiales de Aragón”, comenzando por definir su objeto, en su artículo 1, como “la ordenación, regulación y promoción de las actividades feriales que con carácter oficial, se desarrollan en la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las entidades organizadoras de las mismas que desarrollen su actividad en el citado ámbito territorial”. Añadiendo que “Se considerarán actividades feriales las manifestaciones comerciales que tienen por objeto la exposición de bienes o la oferta de servicios para favorecer su conocimiento y difusión, promover contactos e intercambios comerciales, lograr mayor transparencia en el mercado y acercar la oferta de las distintas ramas de la actividad económica a la demanda, si reúnen las características de tener una duración limitada en el tiempo, y de reunir una pluralidad de expositores”.

El alcance del concepto de actividades feriales se precisa en el artículo 2 de la Ley, al clasificarlas en “a) Feria, que se define como actividad ferial de carácter periódico, que se dirige principalmente al público profesional, sin que pueda realizarse la venta directa con retirada de mercancía, salvo en casos especiales debidamente autorizados por el Departamento competente.- b) Exposición o muestra, que se define como actividad ferial que no tiene una periodicidad establecida dirigida principalmente al público profesional, en la que no puede realizarse venta directa de lo expuesto con retirada de mercancía, salvo en casos especiales debidamente autorizados por el Departamento competente.- c) Feria-mercado, que se define como actividad ferial de carácter periódico, en la que se admite la venta directa con retirada de mercancía y que se dirige al público en general”.

En principio, pues, la actividad ferial regulada por esta Ley comprende tanto las ferias y exposiciones en las que, salvo casos excepcionales no puede realizarse la venta directa con entrega de mercancías expuestas, es decir, la actividad se limita a la exposición, difusión y promoción de determinados productos; como las ferias-mercado, en las que se comercializan las mercancías expuestas. Sin embargo, la regulación de esta Ley, en su propio planteamiento, se limita a las actividades feriales de carácter oficial, sin que se defina el concepto, ni en la norma se haya referencia alguna específica a actividades feriales no oficiales. Aunque algún precepto, quizás por ofrecer una redacción deficiente (como el artículo 8, relativo a la promoción de las actividades feriales) pudiera permitir opinar otra cosa, lo cierto es que la Ley establece el régimen de autorización previa exclusivamente para las actividades feriales que han obtenido del gobierno de Aragón, a través del procedimiento reglamentariamente establecido, la calificación de Oficial, sea o no de interés preferente. Y a ellas se refiere el Registro oficial de Actividades FERIALES de Aragón, el Calendario anual de actividades feriales oficiales, las previsiones sobre coordinación entre Administraciones Públicas y el régimen sancionador.

Con lo que, paradójicamente quedan fuera del ámbito objetivo de aplicación de esta Ley, las ferias-mercado de carácter local o comarcal, a las que se refiere el artículo 20, letra a), indicando tan sólo que la autorización de las mismas corresponde a los Ayuntamientos o Comarcas.

D) En cualquier caso, 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.

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).

E) 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.- Análisis del articulado.

Descendiendo al análisis del articulado concreto de la LAFOA, 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 LAFOA a la directiva de Servicios, consistente en promulgar una nueva Ley sobre esta materia, en lugar de modificar alguno de sus artículos.

No sólo por razones de técnica legislativa notoria, puesto que la técnica elegida da lugar a inevitables contradicciones internas en contenido de la Ley de las Cortes de Aragón 1/2007, de 27 de febrero, objeto de modificación parcial; de modo que el Preámbulo, y diversos artículos habrían de ser también redactados de nuevo, mientras que el porcentaje de artículos de la Ley modificada que pasan a quedar suprimidos, según el anteproyecto de Ley que en borrador se somete a consulta, parece

excesivamente elevado.

También porque algunos preceptos de la LAFOA cuya modificación no se proyecta (como el artículo 6, que se remite a un texto reglamentario para la ordenación de la participación en toda feria o exposición oficial, y los criterios a tener en cuenta para establecer un orden de prioridad en la admisión de solicitudes de participación; el 7, que prevé la elaboración de un calendario anual de ferias y exposiciones de Aragón, referido tan sólo a las de carácter oficial; el 11, en cuanto prevé la intervención decisoria de los miembros de la junta rectora y del comité ejecutivo de las instituciones feriales, proporcional a su aportación económica o patrimonial; entre otros), difícilmente resistirían la verificación de su adecuación a los principios y condiciones que la Directiva de Servicios consagra para garantizar la eficacia de la libre competencia.

Además, la alternativa propuesta permitiría enfocar la ordenación de esta modalidad de mercado interno consistente en las actividades feriales de Aragón, desde un punto de vista más general que la de la mera promoción de la misma a través de ayudas económicas a las ferias y exposiciones calificadas previamente de oficiales; y que respetase los principios y condiciones establecidos por la Directiva de Servicios. Particularmente, la consideración de requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa, como: Supeditar el libre acceso a esta actividad de servicios, o su ejercicio, fijando restricciones cuantitativas o territoriales en atención a fines económicos; obligando al prestador del servicio a constituirse en persona jurídica, como única forma posible de acceder a la organización de esta forma de mercado; o, en concreto, obligándole a constituirse en entidad sin ánimo de lucro. Y el respeto al principio de intervención mínima.

En cualquier caso, sólo esta alternativa permitiría incorporar en la ordenación de este sector de actividad económica y de servicios, las exigencias de la directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, cuyo contenido tiene carácter básico, referentes a la simplificación administrativa de procedimientos y trámites; y a la implantación de un sistema de ventanilla única, que permita a los prestadores de servicios acceder a través de ella, electrónicamente y a distancia, a la información sobre los procedimientos necesarios para acceder a la organización de actividades feriales y a participar en ellas, y otros extremos.

Así como también, una protección de los consumidores y usuarios acorde con las previsiones de dicha Directiva de Servicios y Ley que la incorpora al ordenamiento jurídico español en cuanto se refiere al comercio interior, sobre información y respecto de quejas y reclamaciones posibles y su régimen jurídico.- Y las oportunas previsiones sobre coordinación entre las diversas Administraciones Públicas con competencia en la materia.

2ª.- En el sentido apuntado en la consideración 1ª, el preámbulo de la mencionada ley 1/2007 destaca, sin que el borrador prevea modificación, como una de las líneas políticas prioritarias del Gobierno de Aragón se concreta en “la promoción y difusión de los productos aragoneses”, razón e intención de orden netamente económicas que no debiera inspirar la normativa. Anota incluso como extremos útiles para su actuación de promoción que “el funcionamiento pleno del mercado interior europeo reclama la supresión de cualquier restricción de acceso a las ferias para los comerciantes procedentes de otros estados miembros” y se congratula de que, “en este contexto, existen nuevas oportunidades para este tipo de manifestaciones comerciales”. Sin embargo, en lo que se refiere a las actividades feriales de la Comunidad, objeto de la ley, llega a la conclusión, en sentido contrario, de que para garantizar la transparencia de la actividad comercial y favorecer el desarrollo de los intercambios comerciales, se

hacía preciso “que la Administración de la Comunidad Autónoma posea un conocimiento detallado y actualizado de las actividades feriales que con carácter oficial se promuevan, de cara a potenciar su difusión y comercialización mediante el Registro Oficial de Actividades FERIALES de Aragón”. De alguna manera, se convierte en juez y parte al declarar su objetivo de promocionar y difundir los productos aragoneses y establecer controles de la actividad ferial que pueden afectar directa o indirectamente a exhibidores competidores de estos productos. Las modificaciones del Registro Oficial de Actividades FERIALES de Aragón que el artículo 12 del borrador contempla dando nueva redacción al artículo 23 de la ley 1/2007 no afecta al fondo del asunto de la disyuntiva entre la intención protectora de los productos aragoneses y el control de la actividad ferial, en la que contradictoriamente queda colocada la Administración de la Comunidad Autónoma.

3ª.- En relación con el artículo 2 del Anteproyecto que en borrador se somete a consulta, se advierte la sustitución de la autorización previa de la venta directa con retirada de mercancía que, excepcionalmente y en casos especiales, se puede realizar en ferias y exposiciones o muestras, por una comunicación previa que a juicio de este Tribunal resultaría innecesaria y debería reconducirse al régimen común de las distintas manifestaciones de la actividad ferial.

4ª.- El artículo 4 de Anteproyecto, que modifica el artículo 5 de la ley 1/2007, en el punto 1, apartado e) del artículo modificado, confiere a un reglamento que realizaría la entidad organizativa el regular la admisión y exclusión de los participantes, sin enumeración ni mención concreta de los motivos que pueden dar a la exclusión, lo que puede dar lugar a barreras indeseadas e improcedentes limitadoras de la libre competencia.

5ª.- En cuanto a los demás artículos del citado anteproyecto, baste señalar, con carácter general, y en síntesis, que, de acuerdo con lo señalado hasta ahora, la modificación que para ellos se propone, no parece conforme o *suficiente* con la Directiva de Servicios que se trata de trasponer al ordenamiento jurídico aragonés, en relación concreta con la Ley de las Cortes de Aragón 1/2007, de 27 de febrero, en cuanto se limitan a sustituir el régimen de autorización previa por el de calificación e inscripción registral previa, siendo así que a los fines perseguidos por estos instrumentos de intervención, sería suficiente con aplicar un régimen de declaración responsable, tal como hoy se regula por el artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, en su redacción por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Sin que parezca preciso reiterar en este punto lo dicho en el Informe número 3/2009 (Modificación de la Ley de comercio de Aragón), sobre el carácter vinculante de las Directivas como fuente del Derecho comunitario europeo.

A la vista de cuanto antecede, este 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 aquélla, no sólo del contenido de la LAFOA, 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 sólo 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, como sería, en la materia de la regulación de la actividad ferial contemplada, el régimen de declaración responsable, al que se refiere el artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción actual, dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. Sin que proceda aplicar, en ningún caso, el régimen de calificación e inscripción previa, como instrumento de intervención administrativa de carácter general.

4.- De acuerdo con el contenido del apartado IV 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 ferial” 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.