

ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN DE EMISION DE INFORME EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS DE LIBERALIZACIÓN COMERCIAL CONTENIDAS EN EL DECRETO-LEY 1/2013, DE 9 DE ENERO, POR EL QUE SE MODIFICAN LA LEY 9/1989, DE 5 DE OCTUBRE, DE ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL Y LA LEY 7/2005, DE 4 DE OCTUBRE, DE HORARIOS COMERCIALES Y APERTURA DE FESTIVOS.

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau,

Vocales

D. Ignacio Moralejo Menéndez

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Carlos Corral Martínez

D. Javier Nieto Avellaned

Zaragoza, a 20 de marzo de 2013

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN, con la composición expresada y actuando como ponentes los vocales D. Mercedes Zubiri de Salinas y D. Javier Nieto Avellaned, ha tomado el acuerdo de emitir el siguiente informe en relación con el Decreto-Ley 1/2013, de 9 de enero, por el que se modifican la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial y la Ley 7/2005, de 4 de octubre, de horarios comerciales y apertura de festivos.

INFORME

El TDCA no ha sido requerido por el Gobierno de Aragón para pronunciarse acerca de las medidas liberalizadoras de la actividad comercial recogidas en este Decreto-Ley por el que se adapta la normativa nacional sobre libertad de horario comercial contenida en el Título V del Real Decreto Ley 20/2012, de 14 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Pese a no haber sido solicitado informe, el TDCA tiene atribuida expresamente la competencia para emitir informes en materia de libre competencia a iniciativa propia, según el art. 3, letra i del 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 de Aragón. Este Tribunal estima que las cuestiones relativas a la ordenación de la actividad comercial y, especialmente, de horarios comerciales y apertura de festivos afecta a la libre competencia, por lo que considera conveniente manifestar públicamente su opinión sobre las modificaciones introducidas tras la adaptación de la norma en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

I. CONTENIDO DE LA NORMA

El Decreto-Ley 1/2013 toma como base el Título V del Real Decreto Ley 20/2012, de 14 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en virtud del cual el Estado adoptó una serie de medidas de liberalización comercial y, en concreto, la modificación de la ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales. La norma autonómica pretende adaptarse a la ley estatal y efectuar una serie de concreciones relativas a la fijación del horario global para los comercios en el conjunto de los días laborables, así como al número de domingos y de días festivos autorizados para la apertura al público de los comercios, al amparo de las competencias recogidas en el art. 71, 25ª del Estatuto de Autonomía de Aragón.

La norma contiene dos artículos. El primero lleva a cabo la modificación de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial y el segundo modifica la Ley 7/2005, de 4 de octubre, de horarios comerciales y apertura de festivos.

En relación con la primera se modifican las ventas promocionales (art. 38); las ventas en rebajas (art. 41, 42 y 43); las ventas en liquidación (art. 44) y las ventas de saldos (art. 46). Destaca especialmente la libertad de fijación por parte de cada comerciante de los periodos de rebajas dentro de los periodos estacionales, así como su duración.

En lo que se refiere a la reforma de los horarios comerciales se introduce como **horario máximo global** el de noventa horas durante el conjunto de días laborables de la semana (art. 1,1 de la Ley 7/2005), de conformidad con lo establecido con la norma estatal (art. 3, 1 de la Ley 1/2004).

En relación con la Ley 7/2005, segunda norma modificada, el segundo artículo fija en **once** el número de domingos y festivos de apertura autorizada.

La norma del Gobierno de Aragón, el Decreto-Ley 1/2013, atribuye al Consejero competente en materia de Comercio la determinación de las fechas concretas en las que anualmente podrá efectuarse la apertura en domingos y festivos, atendiendo al criterio del mayor atractivo comercial para los consumidores y siguiendo, de forma fidedigna, las directrices establecidas por la norma nacional de coincidencia de dos o más festivos continuados, periodos de rebajas, campaña de Navidad, etc.

Así mismo, lleva a cabo una especificación del procedimiento de determinación en el que se prevé que es posible la iniciación de oficio o a instancia de parte interesada; y la participación en este procedimiento del Consejo Aragonés de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, organizaciones empresariales, de consumidores, sindicales y las que representen a las grandes empresas de distribución. La Orden será publicada en el Boletín Oficial de Aragón.

El nº 4 del art. 2 establece una excepción en virtud de la cual el Consejero, mediante Orden que será publicada en el Boletín Oficial de Aragón, podrá aumentar “excepcionalmente y de forma motivada” el número de días de apertura. Facultad que

autoriza al Consejero a ampliar estos días festivos sin límite alguno por lo que pueden exceder de los dieciséis indicados como mínimo/máximo a nivel nacional.

Se habilita a los Ayuntamientos para que puedan sustituir, del total de las fechas establecidas, un número de las mismas, comunicándose al Departamento de Comercio y previa publicación con suficiente antelación.

De la misma manera que la norma nacional se indica que el horario concreto de apertura del domingo o festivo se fijará por el comerciante concreto.

En el art. 3 se determinan los establecimientos que gozan de un régimen especial de horarios, en consonancia prácticamente total con lo establecido en el art. 5 de la Ley 1/2004¹. De conformidad con la norma nacional serán los ayuntamientos los que solicitarán, y el Consejero competente en materia de Comercio el que aprobará o denegará, la consideración de zona con gran afluencia turística. La determinación que hace la norma autonómica se refiere a la necesidad de que los ayuntamientos realicen la propuesta de forma motivada y especificando la zona a la que se atribuye esa condición, así como el cumplimiento de los criterios para dicha consideración. La resolución se atribuye al Consejero que debe denegar motivadamente por la falta expresa de alguna de las circunstancias determinadas para la declaración, pudiendo también revocarla si desaparecieran estas circunstancias. Estas actuaciones se deben adoptar mediante Orden que se publicará en el Boletín Oficial de Aragón. Se establece el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Decreto-Ley (11.1.2013) para que los municipios turísticos de carácter comercial acrediten estas circunstancias.

II. OBSERVACIONES

II.1. Observaciones generales

Diversas instituciones y organismos internacionales y nacionales han puesto de manifiesto “el carácter altamente restrictivo de la regulación comercial española”:

- la **Comisión Europea** ha expuesto en numerosos informes el carácter injustificadamente restrictivo de la normativa comercial española. Recientemente, en el documento de trabajo de servicios titulado “Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012”, del 30 de mayo de 2012, menciona el comercio minorista como uno de los sectores protegidos con un bajo nivel de competencia, que dificulta, junto con otras variables, la recuperación de la economía española y su reorientación hacia un modelo de crecimiento.
- La **OCDE** ha puesto de manifiesto que España viene siendo uno de los países con la regulación comercial más estricta atendiendo a las barreras a la entrada, a las restricciones operativas y a los posibles controles sobre los precios.
- A nivel nacional la **CNC** ha expresado que “una regulación verdaderamente favorecedora de la competencia no debe condicionar la oferta y sí favorecer que los operadores se puedan adaptar a los patrones de comportamiento de la demanda, así como potenciar la productividad y competitividad en esta actividad”ⁱⁱⁱ.

Tras estos antecedentes, señalamos que el sentido de la norma autonómica, en consonancia con el Real Decreto Ley estatal, es el de liberalizar tanto la regulación de la

promoción de ventas como las jornadas y horarios comerciales, lo cual no puede ser valorado por este Tribunal más que de forma positiva desde el punto de vista del Derecho de la libre competencia.

II.2. Observaciones relativas a cuestiones concretas

II.2.1.- Promoción de ventas. En materia de promoción de ventas, el artículo 1º del Decreto-Ley 1/2013 de la CCAA de Aragón supone una mejora, toda vez que la modificación que hace de la Ley 9/1989 de Ordenación de la actividad comercial supone una innegable liberalización de determinados aspectos como la libertad de establecimiento de periodos en rebajas y la ampliación de los artículos que pueden acogerse a ventas promocionales.

En lo referente a la libertad de establecimiento de periodos en rebajas es opinión de este Tribunal que dicha medida no es más que la eliminación de una restricción injustificada sobre el comportamiento del comercio minorista que suponía una traba a la variedad y diversidad de oferta, lo cual favorecía a determinados formatos comerciales o canales de distribución sin que de ello se apreciara ningún tipo de ventaja para los consumidores.

Este Tribunal valora de forma positiva los cambios efectuados en este ámbito, que permiten que cada comerciante optimice los periodos de mayor interés comercial para establecer temporada de rebajas y su duración, lo cual no puede redundar sino en una mejora de la competencia en el sector minorista y en innegables beneficios para el consumidor.

II.2.2.- Horario máximo global. En lo que se refiere al horario máximo global, el apartado uno del artículo 2º del Decreto-Ley 1/2013 de la CCAA de Aragón lo ha establecido en noventa horas durante el conjunto de días laborables de la semana (art. 1,1 de la Ley 7/2005), acogiéndose al mismo criterio que la norma estatal (art. 3, 1 de la Ley 1/2004). No puede ser de otra manera puesto que la norma estatal establece un mínimo, que no puede restringirse sino, en todo caso, ampliarse por las CCAA. En este punto la norma autonómica adopta una posición conservadora, acogiéndose a esta exigencia mínima.

II.2.3.- Número de Domingos y Festivos de apertura. En la valoración de este punto no podemos obviar que la norma nacional establece dieciséis como número mínimo de domingos y festivos en los que los comercios podrán permanecer abiertos al público, autorizando a que las CCAA puedan modificar dicho número, incrementándolo o reduciéndolo, sin que en ningún caso se pueda limitar por debajo de diez el número mínimo de domingos y festivos de apertura autorizada. Por tanto, la cifra de **diez** es un mínimo que no se puede reducir y la de **dieciséis** sigue siendo un mínimo, que puede ser ampliado por las CCAA. El Gobierno de Aragón, en su apartado segundo del artículo 2º del Decreto-Ley 1/2013 de la CCAA de Aragón, ha vuelto a adoptar una posición conservadora, manteniéndose dentro de estos límites autorizados e incrementando en un solo día el mínimo irreducible, sin hacer uso de la facultad de ampliar por encima de la cifra mínima/máxima de dieciséis festivos recogida en la norma nacional. La medida la podemos considerar moderadamente liberalizadora en relación con la adoptada por otras CCAA en las que la tónica general ha sido la del establecimiento de la cifra de 10 días

(excepto Madrid cuyo criterio es el la libertad de apertura, Murcia que lo ha fijado en 12 y en el lado opuesto Cataluña que no ha procedido a la adaptación y lo ha dejado en 8).

Sin embargo, el Decreto-Ley 1/2013 de la CCAA de Aragón, permite una ampliación del número de festivos por el juego del nº 4 del art. 2, en el que permite al Consejero, mediante Orden que será publicada en el Boletín Oficial de Aragón, aumentar el número de días de apertura “excepcionalmente y de forma motivada”. Facultad que autoriza al Consejero a ampliar estos días festivos sin límite alguno por lo que pueden excederse de los dieciséis anteriormente indicados como mínimo/máximo nacional. Se exige motivación y carácter excepcional pero, desde el punto de vista de la libertad de horarios, ésta puede ser una vía de liberalización importante en el caso concreto. Liberalización, no obstante, restringida, puesto que se requiere un uso restrictivo, al predicarse el carácter excepcional de la medida; y, siendo precisa la fundamentación, no estando permitida una ampliación sin justificación. Ahora bien, no se indica en base a qué se debe motivar, es decir, no se establece la necesidad de que la motivación sea en función de las directrices mencionadas en la norma o en situaciones de necesidad (por ejemplo supuestos de fuerza mayor) o de simple conveniencia. Esta vía excepcional puede convertirse en general dependiendo del uso que se haga de ella y puede implicar en la práctica una ampliación de los días de apertura. La norma nacional no establece cuál es el órgano de la CCAA que debe acordar esta determinación. Únicamente indica que será la CCAA la que establecerá la determinación de los domingos y días festivos en los que podrán permanecer abiertos al público los comercios (art. 4,4 Ley 1/2004), por lo que no plantea problema el que la decisión sea del Consejero y no del Gobierno (no obstante, consultar con la letrada).

II.2.4.- Régimen especial de apertura. La norma autonómica se ajusta a los casos establecidos en la norma nacional en cuanto a los comercios que gozan de libertad de horario. Es interesante destacar que los establecimientos que dispongan de una superficie útil de exposición y venta inferior a 300 metros cuadrados que constituyan pequeñas o medianas empresas no se ven afectados por las limitaciones establecidas en la normativa de horarios comerciales. Por tanto, pueden efectuar la apertura en los periodos de tiempo que consideren conveniente y pudiendo adaptarse a su tipo de actividad, situación geográfica, demanda del consumidor y de su clientela, etc. Esta libertad de horario reconocida para el denominado “pequeño comercio” *se estima que tiene una valoración positiva desde el punto de vista competitivo. La norma no coloca en la misma situación a los establecimientos inferiores a trescientos metros cuadrados que pertenezcan a empresas o grupos de distribución que no tengan la condición de pequeña y mediana empresa, según la normativa vigente o que operen bajo el mismo nombre comercial de dichos grupos o empresas (franquicias, cadenas de establecimientos, etc.). Esta discriminación, acogida asimismo por la norma nacional, carece de justificación desde el punto de vista competitivo y podemos estimar junto con la CNC que se funda en “la voluntad de intervenir sobre la oferta con motivos proteccionistas y en consecuencia su permanencia debería ser reconsiderada”ⁱⁱⁱ.*

II.2.5.- Número de Zonas de gran afluencia turística. Resaltar que para mantener el régimen especial de apertura previsto en el punto anterior, el R.D.-ley 20/2012 establece en su Título V los requisitos objetivos que se deben cumplir para la calificación de zonas de gran afluencia turística. En el caso de nuestra Comunidad Autónoma solo la ciudad de Zaragoza cumple con los requisitos establecidos. El resto de

zonas de gran afluencia turística serán determinadas por la Comunidad Autónoma a propuesta de los Ayuntamientos.

II.2.6.- Establecimientos de venta de productos culturales. Por último este Tribunal quiere resaltar que la norma autonómica no ha hecho uso de la facultad que le otorgaba el nº 7 del art. 5 de la Ley nacional de regular los horarios comerciales de los establecimientos dedicados exclusivamente a la venta de productos culturales, así como los que presten servicios de esta naturaleza. Dichos establecimientos no tienen, en consecuencia, un régimen especial.

ⁱ Excepto en lo relativo a la proximidad de áreas portuarias (art. 5, 4. Letra e de la Ley 1/2004) por motivos obvios.

ⁱⁱ Posición de la CNC en relación con las medidas de liberalización comercial contenidas en el título V del Real Decreto-Ley 20/2012, de 14 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx?pag=3> p.2-3.

ⁱⁱⁱ Posición CNC cit. P. 7.