

EVOLUCION RECIENTE DE LA ORDENACION ADMINISTRATIVA DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL: HORARIOS COMERCIALES Y COMUNIDADES AUTONOMAS

LUIS ALBERTO POMED SANCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. Las claves socioeconómicas del problema. A) El peso del comercio en la economía española. B) Evolución reciente del sector. 2. El marco comunitario europeo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. II. RUPTURA Y PRIMEROS INTENTOS —FRUSTRADOS— DE RECOMPOSICION DEL *STATU QUO*. 1. La plena liberalización de los horarios comerciales: el Decreto-ley 2/1985. 2. La reacción de las Comunidades Autónomas y la jurisprudencia constitucional. III. EL SORPRENDENTE DECRETO-LEY 22/1993 Y SU INQUIETANTE DESARROLLO. 1. Examen crítico del Decreto-ley 22/1993. 2. El desarrollo autonómico; razones para una desazón. IV. PRIMERAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES. 1. La Sentencia de 29 de junio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares. 2. La Sentencia de 6 de julio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. V. ¿RESTAURACION DEL *STATU QUO*? LOS HORARIOS COMERCIALES EN LA LEY ORGANICA DE COMERCIO.

I. INTRODUCCION

El comercio interior atraviesa actualmente en España un proceso de honda transformación (1). Dicha transformación se ha visto en gran

(1) La definición de comercio interior parece un punto de partida insoslayable. En el bien entendido que, como ha advertido J. TORNOS MAS, "Comercio interior y exterior", en S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER (dir.), "Derecho Administrativo Económico",

medida propiciada por una profunda alteración, en sentido liberalizador, del marco normativo en que se desarrolla la actividad comercial. Como no podía ser de otro modo, esa transformación ha resultado traumática para

II, *La Ley*, Madrid, 1991, pp. 557 y s., nos encontramos en presencia de un sector difícilmente acotable. No obstante esta dificultad, el mencionado autor se pronuncia por un concepto amplio, a tenor del cual debe entenderse por comercio interior *la actividad de cambio por la que, dentro del mercado estatal, se aproximan los bienes del productor al consumidor*. En parecidos términos se expresa R. MARTIN MATEO, *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 267, para quien *el concepto que aquí nos interesa incorpora la función técnica del comerciante en cuanto intermediario que sistemáticamente adquiere mercancías de ajena procedencia para proceder a su ulterior cesión mediante oferta al público, obteniendo beneficios de la transacción*. Finalmente, para J. A. MANZANEDO, J. HERNANDO y E. GOMEZ REINO, *Curso de Derecho Administrativo económico*, IEAL, Madrid, 1970, p. 331, *el comercio interior abarca el conjunto de operaciones de compra y venta, mayorista o minorista, que se desarrollan en el seno de un país*. En estas valiosas definiciones acuñadas por nuestra mejor dogmática jurídico-pública cabe entrever, como no podía ser de otro modo, la influencia del proceso de depuración conceptual que ha venido realizándose desde aquella otra rama del ordenamiento para la cual los términos comercio y su par, comerciante, representan su auténtica piedra angular: el Derecho Mercantil.

Juntamente, con estas destacadas aportaciones doctrinales, resulta obligado hacerse eco de la diversidad de definiciones de comercio, referidas siempre a su vertiente interior, existentes en la legislación autonómica y estatal. Así, de acuerdo con el art. 2.1 de la Ley de las Cortes Valencianas 8/1986, de 29 de diciembre, de ordenación del comercio y superficies comerciales, *se entiende por actividad comercial la consistente en situar u ofrecer en el mercado interior productos, naturales o elaborados, por cuenta propia o ajena, así como servicios, bajo cualquier forma de comercialización, venta o prestación*. Definición semejante a la recogida en los arts. 2.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior; 2.1 de la Ley de las Cortes de Aragón 8/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón; 2.1 del texto refundido sobre comercio interior, aprobado por Decreto-leg. de la Generalidad de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo y 2 de la Ley del Parlamento Vasco 7/1994, de 27 de mayo, de actividad comercial. La ya mencionada dificultad que presenta la acotación precisa del comercio interior ha impulsado algunos legisladores autonómicos a enumerar, con carácter de *numerus apertus*, aquellas actividades que deben entenderse excluidas del ámbito de aplicación de la normativa específica sobre comercio. Tal sucede en los arts. 1.2 de la Ley de las Cortes Valencianas; 1.2 de la Ley del Parlamento de Galicia; 2.2 de la Ley de las Cortes de Aragón y, con referencia exclusiva a los servicios, art. 3 de la Ley del Parlamento Vasco.

Por lo que respecta a la normativa estatal, parece oportuno recordar la definición contenida en el art. 1.2 de la reciente Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, según el cual se entiende por *comercio minorista, aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento*, que contrasta con la que recogía el primitivo art. 1.3 de la Proposición de Ley de Comercio (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10.1, de 26 de julio de 1993), a tenor de la cual la actividad comercial comprendía toda aquella *realizada con ánimo de lucro consistente en la oferta o en cualquier forma de venta, permuta, arrendamiento o transmisión de derechos de cualquier tipo sobre mercancías o productos, naturales o elaborados, para su posterior consumo o incorporación a un proceso de producción, y asimismo la prestación*

aquellos segmentos del comercio —destacadamente, los pequeños establecimientos de alimentación no especializados— con mayores rigideces estructurales y escasas ventajas competitivas (2).

Este es el contexto en el que parece oportuno insertar el presente debate sobre la regulación de los horarios comerciales que ha opuesto, en términos de franco enfrentamiento, a las grandes superficies y a los pequeños comerciantes, situado al consumidor en la posición de espectador interesado (3). Por su parte, los poderes públicos ejercen una función de composición de los diferentes intereses en juego.

En el ejercicio de esa función cabe establecer *grosso modo* una distinción entre la actitud adoptada por las instancias centrales del Estado y por las CCAA. En tanto aquéllas se han mostrado —en especial tras la aprobación del Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril— más proclives a la libertad de horarios comerciales, los poderes regionales, acaso respondiendo a las demandas de una parte considerable de su electorado, han sido abiertamente partidarias de una restricción de dicha libertad.

Nada hay que oponer a esta dualidad de criterios, en la medida en que responden a legítimos planteamientos políticos diferentes. Muy otro es, sin embargo, el juicio que debe merecer su articulación técnica, en especial por lo que hace a la actuación en este punto de las CCAA. Que

en el mercado de servicios de carácter final y la intermediación en estas actividades. Era ésta una definición criticable por sus excesos y sus defectos, como acertadamente denunciara en su momento M. TRONCOSO y REIGADA, "Notas críticas a la proposición de Ley de comercio interior del Grupo Parlamentario Catalán", *La Ley*, 1994, p. 973, fiel reflejo del contenido *exorbitante* de la referida Proposición de ley. La indudable depuración del concepto resultante de la tramitación parlamentaria —debida en buena medida a las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Catalán y Socialista del Congreso—, no ha arrojado, con todo, un resultado plenamente convincente, según han destacado J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ *et. al.*, *La proposición de Ley de Comercio*, IEE, Madrid, 1994, p. 49, puesto que toma lo secundario (la oferta de venta) por lo principal (la transacción a que dicha oferta se orienta).

(2) *Vid.* J. M. MUGICA, "La nueva organización del mercado", *Alfoz*, núm. 97 (1993), p. 20, quien destaca el hecho de que entre los años 1980 y 1988, la disminución en el número de pequeños comercios afectó fundamentalmente al sector de la alimentación, alcanzando un 30 por 100 frente al 13 por 100 del total, *sólo los comercios especializados y con líneas de productos difícilmente integrables en los libre servicios resisten relativamente bien esta competencia: carnicerías, pescaderías y productos no básicos.*

(3) Aun cuando se hable en el texto de enfrentamiento entre grandes superficies y pequeños comerciantes, debe recordarse, con J. TORNOS MAS, "Libertad de horarios comerciales y marco constitucional", en el núm. 5 (1995) de esta Revista, p. 198, que no se trata de dos bloques monolíticos y sin fisuras. Cabría añadir que con el término grandes superficies se hace referencia a una variada tipología de centros de venta (hipermercados, grandes almacenes, centros comerciales y grupos de distribución), con intereses no siempre coincidentes en este punto, al igual que sucede en el ámbito del comercio detallista.

los gobiernos autonómicos de turno se muestren más o menos receptivos a las exigencias de uno u otro sector de sus respectivas regiones forma parte del juego político. Ahora bien, que se conviertan prácticamente en representantes de esos sectores, con claro olvido del sistema de distribución de competencias, es algo que debe merecer una respuesta clara y contundente por parte de los operadores jurídicos.

Así ha sucedido con las dos sentencias que dan pie al presente trabajo, las dictadas por los Tribunales Superiores de las islas Baleares, de 29 de junio de 1995 [*Estudios sobre Consumo*, 34 (1995), pp. 133 y ss.] y de La Rioja, de 6 de julio de 1995 [*Estudios sobre Consumo*, 34 (1995), pp. 134 y ss.]. En ambas los órganos jurisdiccionales salen resueltamente al paso, con rigor y precisión, de sendos reglamentos autonómicos dictados en la materia con evidente extralimitación competencial.

La proliferación de ese tipo de reglamentos autonómicos, formalmente amparados en el Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, unida al hecho de que en no pocos casos se obvian las exigencias más elementales tanto del principio de jerarquía normativa como del procedimiento para la aprobación de disposiciones de carácter general, e incluso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, hace prever una oleada de pronunciamientos jurisprudenciales similares. Bueno será por ello reflexionar y dar marcha atrás, cuando todavía hay tiempo, a decisiones que acaso fueran adoptadas en el fragor del conflicto.

A tal fin el presente estudio se estructura en cuatro grandes epígrafes, que se corresponden con los diversos *momentos* de la legislación española sobre la materia. El primero de ellos viene representado por la aprobación del Decreto-ley 2/1985, donde se proclamaba sin ambages la libertad de horarios comerciales. Proclamación que fue inmediatamente respondida por diversos legisladores autonómicos, suscitándose de este modo un conflicto constitucional que fue resuelto, en términos claros y precisos, aunque quizá un tanto rigurosos, por el TC a partir de su Sentencia 225/1993, de 8 de julio. Esta jurisprudencia ha dado lugar al Decreto-ley 22/1993 en la que, sorprendentemente, el Estado acogió los planteamientos en su momento defendidos por las CCAA. El desarrollo legislativo autonómico de la normativa básica establecida en este último Decreto-ley se ha llevado a cabo en términos poco respetuosos para con el sistema de distribución de competencias sobre comercio interior existente en el bloque de la constitucionalidad, como de manera concluyente han entendido las STSJ de Baleares, de 29 de junio de 1995 y de La Rioja, de 6 de julio de 1995. El cuarto y, por ahora, último momento, viene representado por la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista, que trata de resolver el problema de forma hartamente discutible desde la perspectiva constitucional.

Con carácter previo interesa suministrar algunos datos ilustrativos del peso que el comercio tiene en la economía española y de la evolución conocida por este sector en los últimos años. Importa asimismo identificar el marco del Derecho comunitario europeo en el que se insertan las diversas soluciones articuladas por la legislación española; dicho marco está constituido por una destacable jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia.

1. Las claves socioeconómicas del problema

Puede afirmarse sin exceso que el comercio representa el sector de actividad económica con mayor implantación en la vida social. Plenamente consecuente con ese hecho y con las múltiples interrelaciones que caracterizan al comercio puede considerarse la pluralidad de títulos y técnicas de intervención pública sobre el mismo, en la que participa la totalidad de Administraciones públicas existentes en nuestro país (4).

(4) La evolución histórica de la intervención administrativa sobre el comercio ha sido exhaustivamente estudiada por J. TORNOS MAS, "Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas", *Publicaciones del Real Colegio de España*, Zaragoza, 1982, pp. 33 y ss.; "Comercio interior y exterior", cit., p. 562 y ss. y "Ordenación constitucional del comercio", en S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER (coordinador), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, p. 4107 y ss. De acuerdo con este autor, esa tradicional intervención administrativa sobre el comercio se incardina, principalmente, en las políticas arancelaria, de precios y de subsistencias.

Por lo que hace a la primera de ellas, la política arancelaria, aun cuando la misma haga referencia básicamente a la vertiente exterior del comercio, no es posible desconocer su íntima trabazón con la vertebración de un auténtico mercado nacional. En el bien entendido que de este hecho no cabe extraer una relación directa entre librecambismo o proteccionismo arancelario y mercado interior. Vid. al respecto los estudios de A. COSTAS COMESAÑA, "Apogeo del liberalismo", en *La Gloriosa: la reforma económica del sexenio liberal (1868-1874)*, Siglo XXI, Madrid, 1988 y J. M.^a SERRANO SANZ, *El viraje proteccionista de la Restauración: la política comercial española (1875-1895)*, Siglo XXI, Madrid, 1987, donde se analizan dos caminos bien diferentes para coronar la construcción de ese mercado nacional, diferencias que traen causa, precisamente, de los planteamientos previos existentes acerca de la política comercial exterior. Ni que decir tiene que sería finalmente la *vía nacionalista* la que resultara triunfante —en especial, durante las Dictaduras de los generales Primo de Rivera y Franco—; una vía auspiciada por los sectores más proteccionistas frente al comercio exterior, como han puesto de relieve J. L. GARCIA DELGADO y S. ROLDAN, *La formación de la sociedad capitalista en España 1914-1920*, CECA, Madrid, 1973.

Un fenómeno similar puede hallarse en relación con la política de precios, que ha servido a fines diversos en función de las circunstancias históricas, hecho este subrayado por J. TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención...*, op. cit., p. 33 y s. Ya en 1779, B. J. DANVILA Y VILLARRASA, en sus *Lecciones de economía civil ó de el comercio*,

Que la actividad comercial tiene un alcance universal, en la medida en que nos afecta a todos en nuestra faceta de consumidores, es algo que no precisa mayores consideraciones. No se trata ahora por tanto de demos-

p. 147 (se cita por la edición facsímil de M. Pons, Madrid, 1994), reivindicaba con estas palabras la libertad de precios: *El poner precio fijo á los géneros, no solo es contra la libertad del comercio, sino tambien inútil; porque el precio de las mercaderías se fija por la concurrencia quando el comercio es libre, pues si en algun ramo del comercio se gana mucho, desde luego se dedican otros al mismo comercio, hasta que se llega á proporcionar el precio de las mercaderías con su coste y una moderada ganancia, y así es inútil fixar los precios, quando habiendo libertad y prohibiendo los monopolios la misma naturaleza les fixará.* Esa libertad de precios, proclamada por las Cortes de Cádiz en su Decreto, de 8 de junio de 1813, seguirá no obstante una trayectoria fluctuante, ora por el retorno al absolutismo, ora por las necesidades de la Hacienda pública y por la incidencia sobre la misma de la política de subsistencias, *vid.* J. TORNOS MAS, *Comercio interior y exterior*, cit., pp. 564 y ss. Frente a lo que acaso pudiera pensarse, el control administrativo de los precios continúa siendo una técnica dotada de amplia potencialidad, como lo demuestra el hecho de que entre las recomendaciones generales sugeridas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Madrid, 1994, pp. 54 y s., figure la de mantener el control de precios sobre los servicios liberalizados *hasta tanto se alcance una situación de competencia efectiva.*

Como ya se ha indicado, la política de subsistencias viene a representar el tercer gran pilar de la intervención administrativa sobre el comercio. Un pilar tradicional, de marcado carácter proteccionista, pues se trata de asegurar la subsistencia misma de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, *vid.* C. DE CASTRO, *El pan de Madrid. El abasto de las ciudades españolas del Antiguo Régimen*, Alianza, Madrid, 1987 y que cobrará especial importancia en los momentos críticos, en los que coinciden las *crisis de subsistencias* con el alza de los precios, desencadenando un proceso inflacionista. A estas circunstancias trataron de hacer frente tanto la Ley de Subsistencias de 1916 como la Ley de reorganización de la Comisaría de Abastecimientos, de 1941 (debe subrayarse que la primera reorganización de la estructura administrativa en este sector fue obra del Gobierno de la República, que mediante el Decreto de 26 de noviembre de 1936 creó el Comité Nacional de Suministros, dependiente del Consejo Nacional de Sanidad). La mencionada reorganización supuso, fundamentalmente, un reforzamiento de los poderes de la Administración central y el consiguiente desapoderamiento de la Administración local. Por otro lado, como ha indicado J. L. RIVERO YSERN, "En torno a la disciplina de mercado", DA núm. 195 (1982), pp. 49 y s., la intervención administrativa sobre abastecimientos representa el origen inmediato de la disciplina de mercado.

Adviértase, no obstante, que esta batería de técnicas no agota los títulos de intervención administrativa sobre el comercio. Así, es preciso recordar la trascendencia histórica que han revestido los denominados productos estancados, en cuanto exclusión de determinados bienes de la libertad de comercio y su conversión en monopolios fiscales; al respecto, *vid.* S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER y J. SALAS HERNANDEZ, *El monopolio de tabaco. Aspectos jurídicos de su organización y explotación*, Tecnos, Madrid, 1969, en especial pp. 21 y ss.

De igual forma, convendrá tener presentes las importantes potestades que han venido ejerciendo históricamente los municipios en el ejercicio de las competencias que el art. 101.2 d), *in fine*, de la Ley de Régimen Local de 1955 denominara, en expresión tradicional, *política de abastos; inspección higiénica de alimentos y bebidas* y que figuran, con

trar lo obvio, sino de ilustrar acerca de la importancia que el comercio interior reviste en el conjunto de la economía española. De igual forma, resulta interesante conocer las principales manifestaciones de esa transformación que esta rama económica ha conocido en los últimos años, pues acaso las mismas ayuden a comprender los términos un tanto desproporcionados con que se ha planteado el debate sobre los horarios comerciales.

A) El peso del comercio en la economía española

La trascendencia social del comercio presenta una correspondencia variable con su relevancia en el conjunto de nuestra economía (5). Así, durante el año 1990 —último para el que se dispone de estadísticas oficiales— y de acuerdo con los datos de la Contabilidad Nacional de España, el comercio interior representó el 12,89 por 100 del valor añadido bruto a precios de mercado del total de la economía nacional (6). Ese mismo año, su participación en el empleo fue del 13,96 por 100 (7). Por último, tam-

una denominación más adecuada a las nuevas exigencias de orden constitucional, en el art. 25.2 g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (que debe ser puesto en relación con el art. 42.3 d) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), como *abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores*. Claro es que la mención contenida en este precepto a la defensa de los consumidores y usuarios no agota las posibilidades actuación de las Administraciones públicas en la materia, como claramente se deduce de la lectura de los diversos textos estatutarios [arts. 10.28 EAPV; 12.1.5) EA Cat.; 56.1 d) LORAFNA; 23.6 EA Cant. y 36.1.5 EA Ar.] y de los arts. 39 y 41 (el art. 40 fue declarado inconstitucional por la STC 15/1989, de 26 de enero, pte.: L. Díez-Picazo y Ponce de León) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Acerca de la diversidad de Administraciones intervinientes en una materia como es la protección del consumidor, en principio fuertemente regionalizada, *vid.*, por todos, L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo", en AA.VV., *Estudios sobre el Derecho de consumo*, Iberdrola, Bilbao, 2.ª ed., 1994, pp. 132 y ss.

(5) También desde la perspectiva económica es preciso comenzar delimitando el concepto de comercio. De acuerdo con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), bajo la denominación comercio se incluyen las siguientes ramas de actividad: *comercio al por mayor, intermediarios del comercio y comercio al por menor*; los datos se toman de *Sistema europeo de cuentas económicas agregadas*, Eurostat, Luxemburgo, 1988.

(6) *Vid. Contabilidad Nacional de España. Base 1986*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 1995, p. 308 y s. Concretamente, el valor añadido bruto a precios de mercado del comercio interior para el año 1990 fue (en millones de pesetas) de 6.061.075 y el correspondiente al total de nuestra economía de 47.003.587.

(7) *Vid. Contabilidad Nacional de España...op. cit.*, pp. 456 y s. El desglose de las cifras absolutas muestra cómo el comercio interior empleó a 1.838.200 trabajadores del total de 13.161.200 ocupados aquel año.

bién para 1990, el censo de locales puso de manifiesto cómo del total de los locales existentes en España, el 5,62 por 100 eran ocupados para el comercio al por mayor y hasta el 33,91 por 100 para el comercio al por menor; lo que arroja un saldo conjunto superior con creces a la tercera parte de los locales efectivamente ocupados en actividades económicas (8).

Estos datos muestran una fuerte desproporción entre la *superficie* y la fuerza de trabajo empleadas por el comercio interior de una parte y su capacidad para generar riqueza de otra. En efecto, mientras que dicha actividad ocupó el 39,52 por 100 de la totalidad de los locales existentes en 1990 y al 13,96 por 100 de la población efectivamente empleada, sólo pudo aportar el 12,89 por 100 del total del valor añadido bruto a precios de mercado de la economía nacional.

Como conclusión podría afirmarse que el comercio interior español, según los datos de la Contabilidad Nacional correspondientes al año 1990 representaba una actividad económica en los límites de la subsistencia, caracterizada por el empleo intensivo del factor trabajo y una utilización extensiva de la superficie, lo que contrasta con unos índices de productividad alarmantemente bajos (9). Esta caracterización explica en buena medida la vulnerabilidad que este sector presenta frente a los avatares de la situación económica y la fuerte dependencia de las fluctuaciones del marco económico general. Al propio tiempo, ayuda a comprender el impacto que las alteraciones en su interior representan para un elevado número de trabajadores españoles (10).

(8) Vid. *Anuario Estadístico 1993*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 1994, pp. 62 y s. Sobre un total de 1.760.254, el comercio al por mayor, excluyendo al sector de automoción, ocupó el referido año 99.056, en tanto que el comercio al por menor, excluida la venta de vehículos y la reparación de efectos personales y enseres domésticos, 596.972.

(9) Los datos aquí recogidos resultan tanto más ilustrativos cuanto que corresponden a un año en el que el ciclo económico se hallaba en su fase alcista.

(10) El comercio ha contribuido de manera destacada a incrementar el número de puestos de trabajo entre los años 1986 y 1990, según refleja la *Contabilidad Nacional de España...* op. cit., pp. 456 y s. Así, en el referido quinquenio el sector primario, integrado por la agricultura, la silvicultura, la pesca y el subsector energético, perdió un total de 360.000 puestos de trabajo (en 1986 este sector ocupaba a 1.802.700 personas, que descendieron a 1.442.700 en 1990), a su vez, el sector secundario generó —debido en buena medida al incremento de puestos de trabajo en las industrias química, de alimentación, automóvil y derivados de la madera— 241.800 nuevos puestos de trabajo (2.737.300 puestos de trabajo en 1990, frente a los 2.495.500 existentes en 1986); lo que contrasta vivamente con los 303.600 nuevos empleos creados sólo por el subsector comercio (1.838.200 en 1990, frente a 1.534.600 en 1986).

B) Evolución reciente del sector

El punto de partida de las transformaciones recientemente conocidas por el comercio interior en nuestro país debe situarse en un hecho que trasciende lo anecdótico para adquirir prácticamente el rasgo de categoría: la apertura en Barcelona el año 1973 del primer hipermercado de España. Desde ese momento hemos asistido a un auténtico crecimiento exponencial de las grandes superficies, bien que variable en función del ciclo económico, hasta alcanzar un total de 126 hipermercados el año 1991 (11).

El avance de las grandes superficies vino a coincidir con una política de expansión de los grandes almacenes y de los llamados almacenes populares, integrados en los grandes grupos de distribución, de tal suerte que entre 1981 y 1988 —por desgracia, los datos de que se dispone no son cronológicamente coincidentes— se abrieron 11 nuevos grandes almacenes y 15 almacenes populares (12). La suma de los hipermercados, grandes almacenes, almacenes populares y establecimientos de los grupos de distribución no incluidos en esas categorías —tiendas de descuento o de prendas de vestir— integra el segmento popularmente conocido bajo la denominación de grandes superficies.

Paralelamente, a este creciente protagonismo de las *grandes superficies*, la década de los ochenta conoció un retroceso del comercio detallista tradicional. Retroceso que se tradujo en la desaparición, entre los años 1980 y 1988, del 13 por 100 de los pequeños comercios existentes (13).

(11) Fuente: J. M. MUGICA, *La nueva organización del mercado*, cit., p. 22, quien identifica tres fases diferenciadas en esos casi veinte años. La primera de ellas, que abarca desde el año 1973 hasta 1981, se caracterizaría por un lento pero constante aumento —de 1 a 29— del número de hipermercados instalados en España. Durante la segunda la fase depresiva del ciclo económico dejaría sentir su impacto en el subsector —pasando de los ya mencionados 29 hipermercados abiertos en 1981 a 59 en 1985—, lo que lleva a revisar las optimistas previsiones iniciales y concluir que *difícilmente se pasaría en el futuro de los 80 ó 90 establecimientos*. Revisión de las previsiones que se vería pronto desmentida por el inicio de una nueva fase alcista del ciclo, como ya se ha apuntado en el texto.

(12) Fuente: J. M. MUGICA, *La nueva organización del mercado*, cit., pp. 24 y ss.; para este autor la distinción entre grandes almacenes y almacenes populares ha de establecerse en los siguientes términos: *el gran almacén tradicional con una oferta de mezcla de productos-servicios algo sofisticada, operando con márgenes relativamente elevados y orientado hacia segmentos de mercado con poder adquisitivo medio o medio alto, frente a ellos, con una oferta muy diferenciada está el almacén popular, que incluye una mezcla producto-servicio inferior, orientada hacia los precios bajos y la captación de clientela con menor capacidad de gasto*.

(13) Fuente: J. M. MUGICA, *La nueva organización del mercado*, cit., p. 20. Mientras que en 1980 existían 592.808 tiendas abiertas al público, en 1988 este número se había reducido a 517.270. Evidentemente, esta reducción afectó de manera muy desigual a los distintos tipos de establecimientos. Así, mientras el sector de la alimentación

Esa variación en la estructura del comercio interior español vino impulsada por una serie de circunstancias concomitantes, entre las que cabe destacar la variación en la estructura del gasto familiar en España y de los hábitos de compra (14). Así, por lo que se refiere al primero de los aspectos, se aprecia una creciente diversificación del gasto de las economías familiares, con una pérdida significativa del destinado a alimentación, bebida y tabaco, en los que el protagonismo del comercio detallista tradicional es indudable (15). Por su parte, la variación de los hábitos de compra tiene mucho que ver con la evolución de la estructura social española —incorporación de la mujer al mercado laboral, aumento del número de hogares unipersonales—, que ha llevado a una opción por la compra semanal o mensual y la consiguiente utilización de las grandes superficies, frente a la compra diaria en el establecimiento tradicional (16).

Un último aspecto a destacar en esta evolución reciente vivida por el sector del comercio interior en España es el relativo a las circunstancias que impulsan al consumidor a seleccionar una u otra estructura comercial. Con datos referidos al año 1991 se observa cómo los tres elementos determinantes a la hora de elegir el lugar para la realización de la compra son, por este orden, los precios (62 por 100) y el número de horas que permanecen abiertos los comercios (61 por 100), elementos en los que las grandes superficies presentan una elevada ventaja comparativa, en tanto que el tercero vendría dado por la mayor calidad de los productos (41 por 100), lo que beneficia al pequeño comercio, en especial en las ramas del calzado y el vestido (17). Probablemente, estas preferencias expliquen el cambio de actitud del consumidor español hacia la apertura de los comercios en domingo, de tal manera que frente al 49 por 100 posicionados en contra y sólo 28 por 100 a favor en 1988, en 1991 se produce un vuelco significativo, pues los partidarios de la apertura en domingo ascienden al 36

vio cerrar el 30 por 100 de los pequeños comercios —que se eleva al 77 por 100 para la venta de bebidas, lo que supone su práctica desaparición—, el número de tiendas de fotografía y ópticas creció en un 40 por 100.

(14) Vid. N. CASTRO GIL y F. MONTERO BOBILLO, "Opiniones y actitudes del consumidor español", *Estudios sobre Consumo*, núm. 23 (1992), p. 83 y ss.

(15) Vid. N. CASTRO GIL y F. MONTERO BOBILLO, *Opiniones y actitudes...*, cit., p. 83. Los datos ofrecidos por estos autores concuerdan a la perfección con los proporcionados por J. M. MUGICA, *La nueva organización del mercado*, cit., p. 20, acerca de la desaparición de pequeños comercios en estas ramas de venta, extractados *supra* en nota 13.

(16) Vid. N. CASTRO GIL y F. MONTERO BOBILLO, *Opiniones y actitudes...*, cit., p. 86.

(17) FUENTE: N. CASTRO GIL y F. MONTERO BOBILLO, *Opiniones y actitudes...*, cit., pp. 88 y s. En orden decreciente se sitúan estas otras circunstancias: cercanía al domicilio (36 por 100); mayor variedad de productos (28 por 100) y mejor trato al cliente (21 por 100).

por 100, en tanto que los detractores de esta medida únicamente alcanzan el 28 por 100 (18). Esta opinión favorable a la compra en domingo contrasta con el escaso porcentaje de consumidores que realiza su compra ese día, apenas un 17 por 100, frente al 81 por 100 que afirma no hacerlo (19).

La lectura conjunta de todos estos datos arroja una serie de conclusiones sumamente interesantes. Así, cabe destacar en primer lugar el hecho de que el comercio es un sector caracterizado por un uso intensivo del factor trabajo y en el que el empleo es fundamentalmente dependiente, como consecuencia del retroceso sufrido por el pequeño comercio, con una importante cuota de trabajadores autónomos. Igualmente, ha de subrayarse la paulatina asunción de protagonismo de las grandes superficies, impulsada por una evolución social que, trascendiendo el marco del comercio, se proyecta sobre el mismo. Para concluir, por lo que se refiere a la concreta cuestión de la libertad de horarios, debe apuntarse el hecho de que los consumidores españoles se muestran dispuestos a invertir parte de sus horas de ocio en la realización de la compra, cuya periodicidad muestra una creciente distancia temporal.

2. *El marco comunitario europeo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades*

Diversas han sido las ocasiones que ha tenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de pronunciarse en torno a la adecuación al Derecho comunitario europeo de las normativas nacionales sobre horarios comerciales (en concreto, prohibición de apertura de los comercios en domingo) (20). Se trata de una serie importante de pronunciamientos jurisprudenciales en los que fundamentalmente se ha dilucidado la conformidad de dichas normativas con los principios enunciados en los arts. 30 y 36 del Tratado de la Comunidad Europea (21).

(18) FUENTE: N. CASTRO GIL y F. MONTERO BOBILLO, *Opiniones y actitudes...*, cit., p. 89. Paralelamente, se produce un notable aumento del número de indiferentes, que si en 1988 eran el 23 por 100 de los encuestados, en 1991 suma un 34 por 100.

(19) FUENTE: N. CASTRO GIL y F. MONTERO BOBILLO, *Opiniones y actitudes...*, cit., pp. 89 y s.

(20) *Vid.*, con carácter general, J. TORNOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., pp. 206 y s. y D. BEUNZA IBÁÑEZ y C. SANZ PEREZ, *La regulación de los horarios comerciales*, cit., pp. 72 y s.

(21) El art. 30 TCE, precepto que no se ha visto alterado por la reforma del Tratado operada por el TUE y con el que se abre el capítulo II, "Supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros", del título primero "Libre circulación de mercancías" de la tercera parte, "Políticas de la Comunidad", dispone que *sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones*

Desde esta perspectiva, la cuestión se ha centrado en determinar si una normativa limitadora de la libertad de horarios comerciales constituye una *medida de efecto equivalente* prohibida por el art. 30 TCE. A tal fin el Tribunal hace uso de las consideraciones vertidas en su célebre sentencia *Dassonville*, de 11 de julio de 1974, de acuerdo con la cual no sólo las medidas nacionales discriminatorias sino también aquéllas no discriminatorias pueden constituir *medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas* con arreglo al art. 30 TCE (22). Para ello es preciso que *puedan obstaculizar directa o indirectamente, efectiva o potencialmente, el comercio intracomunitario*.

La adopción de medidas discriminatorias únicamente puede ampararse en alguno de los motivos enunciados en el art. 36 TCE. En cambio, las medidas que no distinguen entre los productos por razón de su origen, como es el caso (23), pueden estar justificadas por *exigencias imperativas*, en la expresión utilizada por la Sentencia *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979 (24). Exigencias referidas, al menos en un primer momento, a las características intrínsecas y extrínsecas del producto, es decir, a los requisitos de distribución y producción del bien objeto de transacción (25).

Al aplicar esta jurisprudencia, en particular la *fórmula Dassonville* (26), el Tribunal está aceptando que, no obstante tratarse de una normativa que

cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente. A su vez, el art. 36 permite la adopción de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito *justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial o comercial*, siempre y cuando las mismas no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

(22) De acuerdo con las conclusiones del Abogado General W. Van Gerven en la sentencia *Tankstation*, de 2 de junio de 1994, debe entenderse por medidas nacionales discriminatorias aquellas medidas que sólo afectan a las importaciones o que dan a los productos importados un trato distinto que a los productos nacionales. En cambio, son medidas nacionales no discriminatorias aquellas que son aplicables indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados de otros Estados miembros. En general, acerca del concepto de *medida de efecto equivalente* acuñado por el TJCE, *vid.*, por todos, A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 264 y ss.

(23) El carácter no discriminatorio de la normativa sobre horarios comerciales ha sido proclamado, entre otras, por las Sentencias del TJCE *Q & B I*, de 23 de noviembre 1989; *Conforama*, de 28 de febrero de 1991 y *B & Q II*, de 16 de diciembre de 1992.

(24) Acerca de las medidas sin distinción y la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, *vid.*, nuevamente, A. MATTERA, *El mercado único europeo...*, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

(25) En torno a la interpretación amplia dada a la Sentencia *Cassis de Dijon* a partir de la Sentencia *Keck y Mithouard*, de 24 de noviembre de 1993, *vid.* las conclusiones del Abogado General W. Van Gerven a la sentencia *Tankstation*, de 2 de junio de 1994.

(26) En palabras del Abogado General W. Van Gerven en las conclusiones a la sentencia *Conforama*, de 28 de febrero de 1991. En este caso, no se trataba específicamente de la prohibición de apertura de comercios en domingo, sino de la prohibición de emplear trabajadores por cuenta ajena tal día en los comercios minoristas.

no distingue entre productos, puede obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario, por lo que merecería ser calificada como una *medida de efecto equivalente*, contraria al art. 30 TCE. Para apreciar si concurren o no tales circunstancias, el Tribunal de Justicia viene aplicando, desde la sentencia *Cinematoca*, de 11 de julio de 1985, un doble examen a las normativas neutrales con respecto a los productos importados y a los nacionales. Por una parte, se trata de verificar si la normativa persigue un objetivo justificado en relación con el Derecho comunitario, y, por otra parte, de comprobar si los obstáculos que la misma ocasiona al comercio intracomunitario no van más allá de lo que resulta necesario para garantizar el objetivo perseguido (27).

En relación con la primera cuestión, el TJCE ha reiterado de manera constante (Sentencias *B & Q I*, de 23 de noviembre de 1989; *Conforama* de 28 de febrero de 1991 y *Marchandise*, de 28 de febrero de 1991) que:

“(...) una normativa como la que se discute persigue un objetivo justificado con arreglo al Derecho comunitario (...), las normativas nacionales que regulan los horarios de venta al por menor constituyen la expresión de determinadas opciones políticas y económicas porque tienen por objeto garantizar una distribución de horas de trabajo y de descanso adaptada a las particularidades socioculturales nacionales o regionales, cuya apreciación corresponde, en el estado actual del Derecho comunitario, a los Estados miembros”.

Elucidada esta primera cuestión, el Tribunal se enfrenta con la segunda, lo que aboca al examen de las tradicionales exigencias de necesidad y proporcionalidad aplicadas por el TJCE (28). Aun cuando en la jurisprudencia del TJCE estas exigencias suelen examinarse conjuntamente, es posible definir unos trazos propios identificativos de cada una de ellas (29). Así, en palabras del Abogado General Van Gerven a la sentencia *Conforama* de 28 de febrero de 1991:

(27) *Vid.* Conclusiones abogado General W. Van Gerven a la sentencia de 28 de febrero de 1991, caso *Conforama*.

(28) Con carácter general, acerca de estas exigencias, *vid.* J. BARNES VAZQUEZ, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135 (1994), pp. 516 y ss.

(29) *Vid.* J. BARNES VAZQUEZ, *Introducción al principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 521 y ss., quien distingue entre los criterios de idoneidad o aptitud, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como tendremos ocasión de ver, el Abogado General Van Gerven en sus conclusiones a la sentencia *Conforama* integra el criterio de la idoneidad en el de la necesidad.

“La exigencia de necesidad implica dos cosas: primero que la normativa nacional de que se trate sea realmente pertinente en relación con el objetivo fijado, es decir, que exista al menos potencialmente una relación de causalidad entre la medida adoptada y el objetivo que se persigue; en segundo lugar, que no exista para la normativa de referencia una alternativa que, teniendo la misma eficacia, ocasione menos obstáculos al comercio intracomunitario (criterio de la alternativa menos restrictiva). En cambio, por criterio de proporcionalidad se entiende que una medida, aunque sea pertinente y constituya la alternativa menos restrictiva, será incompatible con el art. 30 (debiendo, pues, ser abandonada o sustituida por una normativa menos eficaz) cuando los obstáculos que ocasione al comercio intracomunitario sean desproporcionados en relación con el objetivo perseguido.”

Esta distinción resulta de especial interés en relación con la jurisprudencia ahora analizada, por cuanto abre paso a una progresiva delimitación por parte del TJCE de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para la valoración de la adecuación de la normativa nacional al criterio de la proporcionalidad en sentido estricto. Así, en la Sentencia *B & Q I*, de 23 de noviembre de 1989, el Tribunal omitió toda referencia a dicho criterio por cuanto —de acuerdo con la opinión expresada por el Abogado General Van Gerven en sus conclusiones a las sentencias *Conforama* y *Merchandise*, ambas de 28 de febrero de 1991— *el Tribunal de Justicia no tenía necesidad del criterio de proporcionalidad (...) dado que era de inmediato evidente, como lo es también en el caso de autos, que los obstáculos ocasionados por las normativas nacionales de referencia no eran ciertamente de suficiente entidad como para obligar a los Estados miembros a renunciar a una medida necesaria para alcanzar un objetivo justificado*. Explicación que, aun siendo convincente para el caso concreto, supone dejar a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional nacional la apreciación de la concurrencia del requisito de la proporcionalidad, sin suministrarle pautas adecuadas para la realización de esta función.

Acaso por ello el citado Abogado General se vio en la necesidad de introducir algunas matizaciones a la anterior aseveración, tendentes a proporcionar un marco más adecuado para el desempeño de esta tarea. Lo que hizo en sus conclusiones a la sentencia *Anders*, de 16 de diciembre de 1992.

Dichas matizaciones hacen referencia a la competencia y procedimiento para la *apreciación de la proporcionalidad*. De este modo, el mencionado Abogado General, tras indicar que corresponde al propio TJCE formular ese juicio *desde el momento en que una alegación no sea posible a este respecto sobre la base de los datos comunicados por el juez de remisión*, enuncia una serie de reglas de indudable interés práctico:

“Por lo que respecta a la apreciación de la proporcionalidad, incumbe (...) al Tribunal de Justicia exclusivamente indicar en su jurisprudencia, con términos claros e imperativos, los criterios de dicha apreciación (...). A continuación, corresponde al Tribunal de Justicia y al órgano jurisdiccional nacional conjuntamente aplicar dichos criterios jurisprudenciales, deducidos de sentencias anteriores, al contexto normativo y fáctico controvertido. A estos efectos el órgano jurisdiccional nacional debe indicar lo mejor posible en su resolución de remisión la normativa de que se trate (fundamento jurídico, ámbito de aplicación, modalidades de aplicación y aplicación concreta), así como el efecto restrictivo que surta sobre los intercambios comunitarios. Si se desprende de las comprobaciones llevadas a cabo por el órgano jurisdiccional nacional y/o de los debates contradictorios ante el Tribunal de Justicia que no cabe ninguna duda, generalmente el propio Tribunal de Justicia indicará (...) el resultado de la apreciación con arreglo al Derecho comunitario. (...) Si el Tribunal de Justicia no está en condiciones de pronunciarse sobre la base de los elementos que se le han proporcionado, el órgano jurisdiccional nacional debe formarse un juicio personal sobre la aplicación del criterio de proporcionalidad, en su caso, después de un examen complementario del contexto normativo y fáctico y a la luz de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial.”

Por lo que hace a la normativa concreta objeto de la cuestión prejudicial (el art. 47 de la Ley británica de Establecimientos Comerciales, de 1950, en el que se establece la prohibición de apertura de los comercios en domingo), la aplicación de estas pautas llevan al Abogado General a concluir que:

“(...) en los presentes asuntos me parece evidente que los efectos restrictivos de la normativa dominical británica sobre los intercambios intracomunitarios no van más allá de lo que es necesario o que no son excesivos, habida cuenta del objetivo perseguido por la normativa. Como la *Magistrates' Court* ha confirmado expresamente en su resolución de remisión, el hecho de que esa normativa afecte indistintamente y en igual medida (proporcionalmente) a los productos nacionales y a los productos extranjeros y el hecho de que no se obstaculice seriamente, si consideramos la totalidad de los días de la semana, las ventas efectuadas por los mismos canales (lo que confirma la estimación mencionada por la *Magistrates' Court* y según la cual la supresión de la prohibición sólo incidiría débilmente sobre el volumen total de las importaciones procedentes de

otros Estados miembros, a saber, aproximadamente un 0,8 por 100) constituyen elementos que no pueden sino afianzar mi conclusión —a la cual, por lo demás, ya se adhirió el Tribunal de Justicia en las sentencias *Conforama* y *Merchandise*: la normativa controvertida no es discriminatoria, no se propone regular los intercambios y sus efectos sobre los intercambios intracomunitarios no pueden provocar la compartimentación del mercado nacional” (30).

Se cierra así el círculo abierto en su momento por la Sentencia *B & Q I*, de 23 de noviembre de 1989, definiendo con precisión los elementos fácticos y normativos que deben servir de base al órgano jurisdiccional para pronunciarse acerca no sólo de la necesidad, sino también de la proporcionalidad de las normas nacionales reguladoras de los horarios comerciales con respecto a los principios informadores del mercado único europeo.

Concluye aquí el examen de los pronunciamientos del TJCE relativos a las normativas nacionales limitadoras de la libertad de horarios comerciales, cuyo ecos resuenan con claridad en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre dicha cuestión. Al hacerlo parece conveniente subrayar que el Tribunal de Luxemburgo ha interpretado, de manera constante (Sentencias *B & Q I*, de 23 de noviembre de 1989; *Conforama* y *Marchandise*, ambas de 28 de febrero de 1991; *B & Q II*, *Anders* y *Payless*, todas ellas de 16 de diciembre de 1992 y *Tankstation*, de 2 de junio de 1994), que tales normativas no pueden reputarse medidas de efecto equivalente prohibidas por el art. 30 TCE, puesto que no revistiendo el carácter de normas discriminatorias entre productos nacionales y productos comunitarios, persiguen unos objetivos legítimos desde el punto de vista del Derecho comunitario europeo, siempre que la afectación que en la consecución de dicho objetivo se opere sobre el mercado único no resulte desproporcionada.

II. RUPTURA Y PRIMEROS INTENTOS —FRUSTRADOS— DE RECOMPOSICION DEL *STATU QUO*

El comercio interior español se ha caracterizado hasta fecha bien reciente por su escaso dinamismo. Fueron causas exógenas al mismo las

(30) En similares términos, si bien con menor precisión, *vid.* las conclusiones del Abogado General Van Gerven a las sentencias *Conforama* y *Marchandise*, de 16 de diciembre de 1992. Acerca de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para apreciar el carácter discriminatorio de la normativa, incorporando tanto los elementos fácticos como jurídicos, en el sentido ya apuntado por la sentencia *Keck y Mithouard*, de 24 de noviembre de 1993, resulta de especial interés la lectura de las conclusiones del Abogado General Van Gerven a la sentencia *Tankstation*, de 2 de junio de 1994.

que provocaron el surgimiento, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, de un auténtico mercado nacional integrado, cuyas virtualidades no siempre estuvo este sector en condiciones de aprovechar (31). A su vez, la historia del comercio español de los tres primeros cuartos de la presente centuria es la historia de una rutinaria acomodación a los circuitos estrictamente locales de distribución, con escasa atención a las necesidades del consumidor y prácticamente ninguna innovación reseñable; en definitiva, la vigencia de un *statu quo* arrastrado desde finales del pasado siglo.

Se trata de una serie de deficiencias expresamente reconocidas por una de las primeras normas con que se abre la historia reciente de la intervención administrativa en los horarios comerciales, el Decreto 3/1976, de 9 de enero, en cuyo preámbulo puede leerse (32):

“(...) el horario mercantil actualmente en vigor en España si bien con gran variedad local, no estimula como fuera necesario el desarrollo y modernización comercial, al mismo tiempo que por la coincidencia, en muchos casos, con los horarios generales de las diversas actividades, determina una serie de incomodidades y perjuicios para los consumidores que, a menudo, tienen serias dificultades para acudir a abastecerse a los comercios”.

El Decreto en cuestión estableció en España un régimen de relativa libertad de horarios comerciales (art. 1), sin perjuicio de los derechos reconocidos a los trabajadores en la legislación laboral (art. 2.2), quedando

(31) J. VICENS VIVES, *Historia económica de España*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1985, pp. 626 y s., destaca de entre estas causas exógenas la revolución en el sistema de transportes y de transmisión de noticias, la implantación del sistema métrico decimal, que inicia, desde 1858, el lento camino hacia la unificación de pesas, medidas y monedas y la proliferación de exposiciones comerciales. A ellas habría que añadir tal vez la progresiva consolidación de la circulación fiduciaria. Ello no supuso, empero, la desaparición de las técnicas tradicionales en buena parte del país, como destacan tanto el propio VICENS VIVES, como G. TORTELLA, *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 114 y ss.

(32) El Decreto 3/1976 fue dictado al amparo de la autorización contenida en el art. 6 del Decreto-ley 6/1974, de 27 de noviembre, de medidas coyunturales de política económica. Estas normas supusieron una cierta liberalización de la restrictiva legislación hasta entonces vigente en la materia, compuesta principalmente por las leyes de 4 de julio de 1918, sobre jornada de dependencia mercantil y de 13 de julio de 1940, sobre descanso dominical. En general, acerca del Decreto 7/1976, *vid.* J. TORNOS MAS, *Comercio interior y exterior*, cit., pp. 662 y ss., donde rechaza la afirmación, formulada *obiter dictum* por la STS de 23 de marzo de 1988 (Ar. 1704), pte.: R. Pérez Gimeno, acerca de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del meritado Decreto-ley y J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ *et al.*, *La proposición de Ley de Comercio*, op. cit., pp. 19 y s.

excluida en todo caso la apertura en domingo por mor de la ley de 13 de julio de 1940, sobre descanso dominical, e imponiendo un horario de coincidencia entre las diez y la una de la mañana y las cinco y las siete horas de la tarde (art. 4). Igualmente, determinaba unos límites semanales mínimo —44 horas— y máximo —60 horas— de apertura (art. 3), que podían ser alterados previa autorización administrativa (art. 6) (33).

Sin embargo, más allá de las medidas concretas adoptadas en el Decreto 3/1976, interesa subrayar algunos aspectos del mismo dignos de mención. En primer lugar, el ya indicado reconocimiento de la incapacidad del comercio español para satisfacer las demandas de los consumidores. Una realidad frente a la que posteriormente reaccionará el constituyente en el art. 51.3 de la Constitución. Por otro lado, debe reseñarse lo significativo del momento en que se produce esta tímida liberalización de los horarios comerciales, en plena crisis económica y cuando comienzan a hacer aparición en España nuevas fórmulas comerciales (apertura en 1973 del primer hipermercado en Barcelona). Puede afirmarse que el Decreto de 1976 inauguró una nueva etapa del comercio interior español cargada de conflictividad y de tensiones.

1. La plena liberalización de los horarios comerciales: el Decreto-ley 2/1985

La libertad de horarios comerciales en España fue consagrada por el Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, de medidas de política económica (conocido como Decreto Boyer), cuyos caracteres liberalizadores son sobradamente conocidos (34). De acuerdo con el art. 5.1 del mencionado Decreto-ley:

“El horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías o de prestación de ser-

(33) Como tuvo ocasión de subrayar la STS de 18 de octubre de 1985 (Ar. 4890), pte.: M. Pérez Tejedor, esta autorización no puede discriminar entre establecimientos comerciales en razón del respeto a los derechos adquiridos por los trabajadores, dado que éste *no es por sí solo motivo bastante para fundamentar que se autorice a unos comerciantes y se prohíba a otros un horario que exceda del máximo legal vigente, pues todos están sujetos a la obligación de respetar esos derechos laborales; y, por otra parte, la renuncia a la prolongación de jornada laboral y las obligaciones de ello derivadas no impiden que a través de turnos laborales o de la contratación específica del personal necesario, pueda prolongarse el horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales, en días determinados sin modificación de la jornada laboral pactada* (Fundamento de Derecho 4.º).

(34) Como se recordará, el Decreto-ley 2/1985 contenía, junto con la libertad de horarios comerciales, entre otros extremos la libertad de amortización de inversiones (art. 1); liberalización de la normativa sobre inversiones extranjeras (art. 6) y la supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos (art. 9).

vicios al público, así como los días y números de horas de actividad semanal de los mismos, serán de libre fijación por las empresas en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en los términos que establezcan sus respectivos Estatutos de Autonomía.”

Los propósitos que se perseguían con la proclamación de la libertad de horarios comerciales se expresaban con toda claridad en el preámbulo del propio Decreto-ley 2/1985. Por una parte, desde una perspectiva general, se trataba de *potenciar la demanda interna, por cuanto la desaceleración de la economía internacional está siendo más profunda de lo esperado*. Por otra, en lo que se refiere específicamente al sector del comercio interior, la finalidad de esta medida consistía en *aumentar su flexibilidad, lo que contribuirá al estímulo de la actividad y del empleo en el sector de la distribución, facilitando una adecuación de la productividad y de la capacidad de competencia de las empresas a las demandas y necesidades reales de los consumidores*.

Como bien puede apreciarse, junto con los objetivos de política general, determinantes de la aprobación misma del Decreto-ley, se hace referencia al consumidor como beneficiario último del sistema. Algo que, en puridad, era ya una exigencia constitucional impuesta por el art. 51.3 de nuestra Ley Fundamental.

No acaban aquí, empero, las vinculaciones del art. 5.1 del Decreto-ley 2/1985 con el texto constitucional. En efecto, siempre según su preámbulo, mediante la afirmación de la libertad de horarios comerciales se procedía a *desarrollar en este punto el principio de libertad de empresa, reconocido por el art. 38 de la Constitución, y de fijar una norma básica para el ejercicio de las actividades comerciales, que encuentra apoyo en el art. 149.1, números 1 y 13 de nuestra Norma Fundamental, todo ello sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y de la normativa laboral*. En consecuencia, la libertad de horarios comerciales, derivada directamente del derecho a la libertad de empresa (art. 38 Const.), se proclamaba con dos salvedades importantes: las competencias asumidas en la materia por las CC.AA. y la regulación de la jornada laboral; salvedades reiteradas por los arts. 5.1, *in fine*, y 5.2 del Decreto-ley 2/1985 (35).

(35) La referencia a la regulación de la jornada laboral contenida en el art. 5.2 del Decreto-ley 2/1985 debe entenderse hecha a los arts. 34 y 37 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que no han sufrido alteración en las diversas modificaciones posteriores de la referida ley. El primero de dichos preceptos establece una duración máxima de la jornada de trabajo de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. A su vez, el art. 37 reconoce a los trabajadores el derecho al descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido *que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del*

Desde un punto de vista estrictamente formal dos son los aspectos del Decreto-ley 2/1985 que merecen ser destacados. En primer lugar, al margen de la discutible concurrencia del presupuesto de hecho habilitante de la aprobación del Decreto-ley, la extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 Const.), resulta sorprendente que con una norma de carácter provi-

domingo. Puede afirmarse que esta regla general resulta plenamente consecuente con lo dispuesto en el art. III del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, a cuyo tenor *el Estado reconoce como días festivos todos los domingos*, en tanto que para la determinación de las restantes festividades religiosas debe mediar previo acuerdo entre las partes. La plena efectividad del derecho fundamental a la libertad religiosa, consagrado en el art. 16 de nuestra Carta Magna llevó —de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa— a la adopción de acuerdos con otras comunidades de creyentes en los que se facilitaba la alteración *ad casum* de esa regla general, atendiendo a factores de índole cultural y religiosa. Así, el art. 12.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por Ley 24/1992, de 10 de noviembre, permite sustituir —siempre que medie acuerdo entre las partes— el domingo por el sábado para los fieles de las Iglesias evangélicas; otro tanto dispone el art. 12.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, para el caso de los fieles de las Comunidades israelitas y, de forma similar, bien que facultando el traslado al viernes, el art. 12.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, cuando se trate de los miembros de las Comunidades Islámicas.

Sin duda, la recta interpretación de esta normativa resulta de especial interés para la delimitación del marco normativo y fáctico en el que se inserta la regulación de los horarios comerciales. En este sentido, cabe subrayar, en primer término, que la opción por el descanso semanal en domingo como regla general contenida en el art. 37.1 ET resulta plenamente consecuente no sólo con las obligaciones contraídas en el ámbito del Derecho internacional por el Estado español (Art. III del Acuerdo de 3 de enero de 1979 con la Santa Sede), sino también con la tradición normativa española a este respecto (como subraya la STC 19/1985, de 13 de febrero, pte.: J. Arozamena Sierra, FJ 4.º). Ahora bien, del art. 37.1 ET no puede deducirse la ilegitimidad de una normativa que autorice la apertura de los comercios en domingo. El mencionado precepto reconoce a los trabajadores un derecho irrenunciable al descanso semanal, configurándose como una norma de derecho necesario relativo, susceptible por ello de mejora. Sin embargo, el art. 37.1 ET no impone en modo alguno que ese derecho deba ejercerse un concreto día a la semana, como lo demuestra la posibilidad recogida en el mismo de acumulación de los períodos semanales de descanso. Finalmente, el citado precepto viene a dar cumplimiento al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos por el art. 40.2 de la Constitución para que éstos garanticen el *descanso necesario*, sin embargo derivar de este hecho que el art. 37.1 ET es una interpretación auténtica de la Constitución o que únicamente en los supuestos de afectación al derecho fundamental a la libertad religiosa sería posible el ejercicio del derecho de opción significaría no ya sólo desconocer el carácter de norma de principios predicable de la Constitución, sino también ignorar las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad, tan precisamente perfilado por la jurisprudencia del TJCE.

sional se proceda a hacer frente a dicha situación adoptando medias de las que predica su carácter estructural (36). Por otra parte, no parece que la afirmación del carácter básico de la norma —recogida en el preámbulo, pero ausente del articulado— se corresponda adecuadamente con su contenido. La afirmación del principio de libertad de horarios, aun cuando se efectúa con la ya referida cautela del respeto a las competencias de las CC.AA. agota la regulación en la materia, sin que quepa una legislación autonómica de desarrollo.

2. La reacción de las Comunidades Autónomas y la jurisprudencia constitucional

Este último aspecto reseñado no impidió la aparición de un destacado número de leyes autonómicas de ordenación comerciales en las que se regulaban los horarios comerciales (37). Con excepción de la Ley del Parlamento Vasco 9/1983, de 19 de mayo, la totalidad de las mismas fue promulgada con posterioridad a la aprobación del Decreto-ley 2/1985 [Ley de las Cortes Valencianas 8/1986, de 29 de diciembre (38);

(36) En este sentido, los primeros párrafos del preámbulo del Decreto-ley 2/1985 son una auténtica *confesión de parte*, sin que se aporte ningún elemento radicalmente novedoso en el panorama económico del momento que pueda merecer el calificativo de *extraordinaria y urgente necesidad*. Especialmente ilustrativa resulta a este respecto la siguiente afirmación contenida en el citado preámbulo: *la confirmación de la proximidad del ingreso de España en las Comunidades Europeas* (que se produciría ocho meses después y que llevaba años negociándose) *aconseja acelerar algunas reformas institucionales que permitan, al dotar de una mayor flexibilidad a las empresas españolas, ajustarse a un entorno más competitivo con menores costes sociales*. Así, se trata de llevar adelante *reformas institucionales*, un auténtico programa de política económica, obviando para ello, al menos de momento la sanción del Parlamento. En el bien entendido que, a la vista de los datos suministrados al comienzo de las presentes páginas, ese carácter estructural resulta harto discutible.

(37) Los legisladores autonómicos vinieron así a dar satisfacción a una amplia demanda del comercio minorista que venía reclamando insistentemente la promulgación de una Ley del Comercio. Dichas leyes regulaban particularmente los requisitos exigibles para el ejercicio de la actividad comercial, las modalidades de venta, el régimen sancionador y el llamado *urbanismo comercial*, bajo la denominación genérica de *equipamientos comerciales* (así, el título III de la ley aragonesa, desarrollado por el Decreto 124/1994, de 7 de junio, por el que se aprueba el Plan General para el Equipamiento Comercial), lo que entronca claramente con la competencia autonómica sobre ordenación del territorio. Esta misma vinculación entre ordenación del territorio, *sub especie* urbanismo comercial y ordenación del comercio se proyecta sobre el art. 13 c) de la ley del Parlamento Vasco 7/1994, de 27 de mayo, de actividad comercial, en relación con la Ley 4/1990, de Ordenación del Territorio.

(38) Con anterioridad a la mencionada ley el Consejo de la Generalidad Valenciana había aprobado el Decreto 45/1985, de 11 de abril, de regulación de horarios comerciales, cuyo contenido chocaba frontalmente con el Decreto-ley 2/1985, al esta-

Ley del Parlamento de Galicia 10/1988, de 20 de julio; Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre y Ley del Parlamento de Cataluña 23/1991, de 29 de noviembre (39)], cuya regulación en este punto fue alterada por buena parte de los legisladores autonómicos, acaso por su mayor proximidad a los intereses del pequeño comercio (40).

Dos son los aspectos que interesa destacar a este respecto. En primer término, la práctica totalidad de las leyes en cuestión afirma la competencia autonómica para establecer el régimen de horarios comerciales, con la significativa excepción de la ley del Parlamento vasco, en la que dicha competencia se atribuye a los Ayuntamientos (art. 47). Por otro lado, las leyes de la Comunidad Valenciana (art. 9); Galicia (arts. 11 y 12) y Cataluña (art. 5), determinaban un límite semanal máximo de horas de apertura, disponiendo en todo caso el carácter inhábil de los domingos. Únicamente la ley aragonesa se acomodaba al régimen de libertad de horarios afirmado por el Decreto-ley 2/1985, si bien facultaba la intervención administrativa a petición de asociación o asociaciones de comerciantes legalmente reconocidas (art. 6.2).

Esta normativa autonómica sufrió un duro revés con las SSTC 225/1993, de 8 de julio, 228/1993, de 9 de julio, 264/1993, de 22 de julio y 284/1993, de 30 de septiembre, por las que se declaró la nulidad de la legislación autonómica impugnada (no lo fue la ley vasca), recuperando plena vigencia y efectividad el régimen de libertad de horarios comercia-

blecer un límite máximo de horas de apertura y el carácter inhábil de los domingos y festivos (art. 2). El citado Decreto fue objeto de impugnación en vía contenciosa, dando lugar a la STS de 23 de marzo de 1988 (Ar. 1704), pte.: R. Pérez Gimeno, por la que se confirmó la estimación del Tribunal *a quo*. La *ratio decidendi* de la decisión fue la consideración de que *la Constitución, en las materias que afectan a la libertad de empresa y al comercio interior (...) establece una reserva de ley que impide el ejercicio de la facultad reglamentaria independiente por el poder ejecutivo y esto sentado, es indudable que todo lo relativo al horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales es materia que queda integrada en la de libertad de empresa y en el comercio interior, y, por tanto, constituyen materia de reserva de ley, vedada, en consecuencia, a la potestad reglamentaria, por lo que las disposiciones que vulneran tal reserva son nulas de pleno derecho por quebrantar el principio de jerarquía normativa* (Fundamento de Derecho 2.º).

(39) Con carácter previo, el Decreto de la Generalidad de Cataluña 154/1985, de 6 de junio, de regulación de los horarios comerciales, había establecido una regulación radicalmente opuesta a la del Decreto-ley 2/1985. La ilegalidad de este Decreto y de la Orden de la Consejería de Comercio, Industria y Turismo de 21 de junio de 1985, de desarrollo del mismo, fue afirmada por las SSTS de 20 de octubre de 1990 (Ar. 7970), pte.: J. M^a. Morenilla Rodríguez y de 11 de mayo de 1995 (Ar. 3844), pte.: F. Cid Fontán, por vulnerar el principio de jerarquía normativa e ignorar la legislación básica en la materia.

(40) Así, lo entiende J. TORNOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., p. 199.

les establecido por el Decreto-ley 2/1985 (41). La doctrina mayoritaria del Tribunal —así como las discrepancias existentes al respecto— se elaboró en la STC 225/1993, por lo que parece oportuno ceñir las siguientes consideraciones a este destacado pronunciamiento (42).

Habida cuenta de la incompatibilidad de soluciones dadas al problema por el Estado y los legisladores autonómicos, la primera cuestión que aborda el Alto Tribunal es la relativa al carácter y alcance del Decreto-ley 2/1985. A este respecto, la STC 225/1993 afirma el carácter básico de la norma estatal, tanto por establecerse así en su preámbulo como por el hecho de que *en otro caso no existiría la uniformidad mínima en todo el territorio nacional o el común denominador normativo que es inherente a una norma básica* (FJ 2.º A). Como puede apreciarse, la dudosa conformidad de la técnica empleada para la proclamación de su carácter básico por la norma estatal (de dudosa conformidad con las exigencias derivadas del concepto formal de lo básico seguido por el Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia 69/1988, de 19 de abril) fuerza al Tribunal Constitucional a *inferir* dicho carácter de una suerte de *efecto útil* de la regulación (43).

(41) En la STC 225/1993 el Alto Tribunal resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la ley valenciana, siendo ponente de la misma el Magistrado J. D. González Campos. El objeto de la STC 228/1993, pte.: M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer fue la ley gallega. En la STC 264/1993, de la que fuera ponente J.D. González Campos el intérprete supremo de la Constitución conoció del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la ley aragonesa. Finalmente, la STC 284/1993, pte.: E. Díaz Eimil versó en torno a la ley catalana.

(42) Analizan con exhaustividad la jurisprudencia constitucional ahora comentada J. TORNOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., pp. 205 y ss.; L. MIGUEZ MACHO, "La reglamentación administrativa de la actividad comercial por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 225/1993, 227/1993, 228/1993, 264/1993 y 284/1993)", *RAP*, núm. 133 (1994), pp. 255 y ss. y L. J. PORFIRIO CAPIO, "La libertad de horarios comerciales en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Derecho de los Negocios* núm. 40 (1993), p. 13 y ss.

(43) Esta conclusión y los razonamientos que llevan a la misma son objeto de discrepancia en el voto particular formulado por el Magistrado C. Viver i Pi-Sunyer, al que se adhieren los Magistrados C. de la Vega Benayas, J.V. Gimeno Sendra y R. de Mendizábal Allende.

Adviértase, por otro lado, que la STC 225/1993 no se plantea la idoneidad del Decreto-ley como instrumento normativo para el establecimiento de lo básico, habida cuenta de que en su STC 23/1993, de 21 de enero, pte.: M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer había afirmado, en relación con determinadas disposiciones del Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales que *la jurisprudencia constitucional ha insistido en la preferencia de la norma legislativa sobre la norma reglamentaria para el establecimiento de bases y normas básicas, pero esa jurisprudencia trata de acentuar la reserva de ley y reducir la intervención del Reglamento en la materia, sin haberse planteado la problemática específica del Decreto-ley. Por ello, la referencia que esa jurisprudencia hace a la ley votada en Cortes en oposición al Reglamento no puede ser entendida como una exclusión del Decreto-ley para establecer una legislación de carácter*

Sucede, no obstante, que en el presente caso la prédica del carácter básico del art. 5.1 Decreto-ley 2/1985 conlleva un auténtico vaciamiento de la competencia autonómica de desarrollo del precepto, dado que éste *por su mismo contenido normativo, es obvio que no requiere ulteriores desarrollos legislativos del régimen establecido, al igual que tampoco precisa de intervenciones administrativas* [(FJ 4.º B)]. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional este hecho se deriva, en primer término, del propio condicionamiento de la competencia autonómica de desarrollo por la normativa básica estatal dictada en la materia y por el hecho de que ésta entrañe, en el caso concreto, *una desregulación legal*, que no precisa posteriores intervenciones públicas, salvadas obviamente las relativas a la protección del ejercicio de las libertades por los particulares. A mayor abundamiento, entiende la STC 225/1993 que no es posible imputar al Decreto-ley 2/1985 extralimitación competencial alguna, puesto que no se agota la competencia autonómica sobre comercio interior —título que faculta la intervención por parte de las CC.AA. en la materia—, sino que únicamente *afecta a una materia o subsector específico dentro de dicho ámbito, el relativo al régimen de horarios comerciales* (FJ 4.º B).

Así, para el Tribunal Constitucional resulta indudable que la actuación autonómica sobre esta cuestión debe ampararse en el título competencial relativo al comercio interior (en el mismo sentido, FJ 1.º). Sentado lo cual interesa analizar la valoración que al intérprete supremo de la Constitución le merecen los títulos aducidos por el Estado en el preámbulo del Decreto-ley 2/1985, concretamente los enumerados en el art. 149.1.1.ª, en relación directa con la libertad de empresa (art. 38) e indirecta con el principio de unidad de mercado (art. 139.2) y 149.1.13.ª (44).

Respecto de la vinculación de la libertad de horarios con el derecho a la libertad de empresa, la STC 225/1993, recogiendo en este punto la jurisprudencia constante del Tribunal reafirma la primacía del carácter de garantía institucional de este derecho constitucional (45). En tal sentido,

básico. A efectos de la legislación básica sólo juega el límite específico del art. 86.1 CE ("régimen de las Comunidades Autónomas"), siendo posible que el Decreto-ley, siempre que se cumplan los demás requisitos constitucionales exigibles, establezca "disposiciones legislativas" que contengan bases o normas básicas (...) (FJ 3.º). Sucede, sin embargo, que en la STC 225/1993 el Alto Tribunal no lleva a cabo un riguroso examen de la concurrencia de esos otros requisitos constitucionales, sobre los cuales se limita a aceptar un tanto apodícticamente la actuación del Gobierno de la Nación [FJ 4.º A)].

(44) Acerca de la utilización conjunta de los títulos retenidos por el Estado *ex art. 149.1.1.ª y 13.ª* como una constante en la legislación estatal relativa a los derechos económicos, *vid.* J. TUDELA ARANDA, *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 107 y *passim*.

(45) En torno a la distinción entre derecho-institución y derecho-titularidad específicamente referida a la libertad de empresa, *vid.*, en relación con el comercio J. TOR-

rechaza que de la proclamación constitucional de la libertad de empresa como derecho individual se derive el pleno poder de disposición de los medios de producción por el empresario, sosteniendo que *en esta materia el art. 38 CE no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esa exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 CE [(FJ 3.º B)].* Acaso esta interpretación del art. 38 Constitución pudiera conducir a una cierta identificación del contenido del citado precepto constitucional con el principio de igualdad ante la ley, proclamado por el art. 14 de la Constitución ¿No hubiera sido, por ello, más acertado afirmar que la libertad de horarios comerciales no forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa y, en consecuencia, no queda amparada por el título competencial del art. 149.1.1.ª?

Dicha solución, amén de resultar dogmáticamente más correcta, ni tan siquiera hubiese variado la decisión final adoptada por el Tribunal en su Sentencia 225/1993, toda vez que éste entiende que la existencia de una diversidad de regulaciones autonómicas en la materia *no es incompatible con el art. 149.1.1.ª CE (...) pues deja a salvo la igualdad básica de todos los espa-*

NOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., pp. 205 y ss. y *Ordenación constitucional del comercio*, cit., p. 4114 y ss. Con carácter general, *vid.*, por todos, S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo económico*, I, *La Ley*, 1988, pp. 125 y ss. y "La libertad económica como derecho a la libertad de empresa: su ordenación constitucional", en *Estudios de Derecho y Hacienda. Libro-homenaje al profesor C. Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 1987, vol. I, p. 241 y ss., quien reivindica un reforzamiento del componente subjetivo, del elemento de derecho-titularidad de la libertad de empresa. Ciertamente, resulta un tanto sorprendente el actual reduccionismo que se opera en relación con este derecho constitucional, que tiende a equipararlo, como viene haciendo la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a una garantía institucional de la existencia de la economía de mercado. Como es sobradamente conocido, la garantía institucional opera como límite de la libertad de configuración del legislador, reduciendo su discrecionalidad mediante el empleo de los criterios de *recognoscibilidad* y *protección* o preservación de la existencia de la institución de que se trate, función idéntica a la que cumple el *contenido esencial* en relación con los derechos fundamentales (STC 11/1981, de 8 de abril), entre ellos el derecho a la libertad de empresa. No parece que una recta interpretación conjunta de los arts. 38 y 53.1 de la Constitución deba detenerse en la constatación de una reserva de ley, sino que debe ahondar en la vertiente subjetiva del derecho, aplicando al mismo, en lógica consonancia con la vigencia del principio *pro libertate*, la amplia dogmática elaborada respecto de otros derechos fundamentales. De otro modo, al atribuir al art. 38 de la Constitución efectos tan limitados como hace la STC 225/1993 puede surgir la duda de qué incorpora éste precepto respecto del principio de igualdad ante la ley, rigurosamente proclamado por el art. 14 de la Constitución.

ñoles [(FJ 3.º C)]. En efecto, el Tribunal, haciéndose eco de la jurisprudencia del TJCE, sostiene que ni de la finalidad perseguida por la ley valenciana ni de sus consecuencias objetivas se desprende que la misma constituya un obstáculo a la unidad de mercado prohibida por el art. 139.2 de la Constitución (46).

Finalmente, la STC 225/1993 encuentra en el título competencial sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13.ª Const.) el fundamento necesario para amparar el carácter básico del Decreto-ley 2/1985. Según sus propias palabras, *por su carácter liberalizador o desregulador, en efecto, tal medida entraña una verdadera reestructuración del mercado nacional de la distribución, al servicio de una mayor competitividad económica de las empresas y de las necesidades de los consumidores; produciendo también efectos indirectos sobre la producción de bienes y la prestación de servicios, por lo que cabe estimar que constituye una medida de política económica general [(FJ 3.º D)].*

Dos últimas reflexiones sugiere esta contundente afirmación de la STC 225/1993. Por una parte, no parece que del marco fáctico en que se inserta la norma estatal se deduzca claramente que la misma haya de producir los efectos atisbados por el Alto Tribunal, ni que la adopción de esta medida merezca la calificación de *necesaria* para la consecución de tales fines (47). Pero, de ser así, como taxativamente se afirma tanto en la sentencia ahora examinada como en el preámbulo del Decreto-ley 2/1985, sorprende que el Tribunal no se haya planteado la validez del instrumento normativo utilizado para la adopción de tales medidas.

Un tanto marginalmente debe destacarse la idoneidad del supuesto planteado ante el Tribunal Constitucional para que éste se hubiera pronunciado, de manera más decidida, acerca del alcance del derecho a la libertad de empresa, toda vez que éste surge históricamente como derecho a la libertad de comercio e industria. Así, lo ha recordado recientemente S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria", en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 697 y ss. Desde esta perspectiva histórica bueno será recordar la identificación que en 1755 hiciera R. CHANTILLON en su *Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general*, pp. 40 y ss. (se cita por la edición del Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1950), del comerciante con el empresario. Valga decir que esta identificación subyace en J. DANVILA VILLARRASSA, *Lecciones de Economía civil...op. cit.*, pp. 143 y ss., quien contrapone comerciante a traficante, en función de la actividad de aproximación de los bienes al consumidor que uno y otro realizan.

(46) Concretamente, la STC 225/1993 afirma que *la limitación de horarios establecida en la ley valenciana, si se contempla desde la exigencia del art. 139.2 "ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente ni excluye su acceso al mercado en esa parte del territorio español"*, como se dijo en la STC 52/1988. (FJ 3.º C).

(47) Así, lo observa, por otro lado, el Magistrado C. Viver i Pi-Sunyer en el voto particular a que antes se ha hecho referencia.

III. EL SORPRENDENTE DECRETO-LEY 22/1993 Y SU INQUIETANTE DESARROLLO

Aparentemente, la línea jurisprudencial iniciada en la STC 225/1993 y reiterada en el resto de las sentencias antes mencionadas parecía haber puesto fin a la polémica competencial en relación con el tema de los horarios comerciales. Sin embargo, de manera inesperada, el Gobierno de la nación iba a acoger, apenas tres meses después de la STC 284/1993, de 30 de septiembre, los planteamientos en su momento defendidos por las instancias regionales en las sentencias en cuestión. Es ésta una de las múltiples razones por las que cabe calificar de sorprendente al Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, donde se establecen las bases para la regulación de los horarios comerciales (48).

1. Examen crítico del Decreto-ley 22/1993

La nueva situación creada a raíz de las cuatro sentencias del Tribunal Constitucional dictadas a lo largo del año 1993 movilizó a los sectores interesados en la regulación administrativa de los horarios comerciales (49). Dicha movilización daría como resultados más destacables la presentación de sendas Proposiciones de Ley en el Congreso de los Diputados —presentadas por el grupo Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña y por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), respectivamente— y la aprobación del Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre (50).

(48) Sorpresa que, en todo caso, no debe hacernos olvidar que el Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, trae causa de los acuerdos de gobierno entonces existentes entre el Partido Socialista y Convergencia y Unión, decidida defensora, esta última, de los intereses del comercio minorista.

(49) Vid. J. TORNOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., p. 201.

(50) La Proposición de Ley de Comercio Interior presentada por el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña fue publicada en el BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 32-1, de 24 de septiembre de 1993 y dedicaba a la regulación de los horarios comerciales el capítulo primero del título tercero. Dicha Proposición de Ley fue rechazada por el Pleno el 30 de noviembre de 1993 (BOCG Congreso de los Diputados) Serie B, núm. 32-2, de 1 de diciembre de 1993). Por su parte, la Proposición de Ley de Comercio del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), publicada en el BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-1, de 26 de julio de 1993, dio origen, tras una larga tramitación parlamentaria, a la actual Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Adviértase que frente a la misma se presentó una propuesta de veto por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), al estimar que la misma ignoraba la *capacidad competencial plena, en materia de comercio, que poseen diversas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía* (BOCG Senado, Serie III B, núm. 27 d), de 23 de octubre de 1995).

Una vez más resulta discutible la concurrencia del presupuesto habilitante para la promulgación de la norma provisional en cuestión. Así, en el preámbulo, tras recordar el establecimiento por el Decreto-ley 2/1985 del principio de libertad de horarios comerciales, se afirma que *la situación de profunda crisis por la que atraviesa la actividad económica en el momento actual aconseja introducir algunas limitaciones en aquel principio, con el fin de evitar que la recesión de la demanda repercuta en forma excesiva sobre el comercio minorista*. Para, más adelante y tras recordar la doctrina asentada por las SSTC antes reseñadas, concluir que *la propia naturaleza del problema pone de relieve la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar, mediante Real Decreto-ley, las oportunas medidas correctoras*.

Esta apodíctica explicación, basada en la *naturaleza de las cosas*, merece varias consideraciones. En primer lugar, la economía española venía atravesando esa situación de *profunda crisis* a que se refiere el preámbulo del Decreto-ley 22/1993 desde hacía más de un año, sin que hasta ese momento se hubiese planteado la necesidad de alterar la normativa básica en este ámbito, lo que únicamente sucede tras la STC 284/1993, por la que se declara la nulidad del art. 5 de la ley catalana de comercio, lo que acaso explique las verdaderas razones de la aprobación del Decreto-ley. En segundo término, el contenido del Decreto-ley 22/1993 resulta manifiestamente inadecuado para *evitar que la recesión de la demanda repercuta en forma excesiva sobre el comercio minorista*, al mantener en vigor el Decreto-ley 2/1985, puesto que no establece medida alguna directamente aplicable, tarea que deja en manos del legislador autonómico, de conformidad, claro es, con sus competencias (art. 1). El caos normativo que esta forma de legislar ha supuesto resultaba, en consecuencia, perfectamente previsible y a él tendremos ocasión de referirnos más adelante.

Con carácter previo interesa recordar de manera sumaria el contenido del Decreto-ley 22/1993. Como ya se ha indicado, su art. 1 remite al legislador autonómico *en el ejercicio de sus competencias* la regulación de los horarios comerciales *en el marco de la libre y leal competencia y con sujeción a los principios generales que, sobre ordenación de la economía, se contienen en el presente Real Decreto-ley*.

En consecuencia, es preciso identificar esos principios generales amparados, en expresión poco feliz, en el título competencial retenido por el Estado *ex art. 149.1.13.^a*. Dichos principios se contienen en los arts. 2 y 3 del Decreto-ley 22/1993 y suponen un límite a la discrecionalidad del legislador autonómico. Así, con carácter general se establece un horario semanal mínimo (51) de setenta y dos horas (art. 2.1) y de ocho domingos

(51) Como señalan J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ *et. al.*, *La proposición de Ley de Comercio*, op. cit., p. 23, es ésta una determinación sorprendente, sólo explicable como un error del Decreto-ley.

o festivos de libre apertura (art. 2.2 y 3), que deberán ser determinados por las CC.AA. en su respectivo ámbito territorial (art. 2.4). Este régimen general es excepcionado por el art. 3 para una serie de establecimientos a los que se reconoce plena libertad de horarios y las oficinas de farmacia, que *se regirán por su normativa específica* (art. 3.3) (52).

Finalmente, como ya se ha indicado, la Disposición Final 1.^a establece que *en defecto de disposiciones autonómicas sobre las materias reguladas en el presente Real Decreto-ley, continuará siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 5.1 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril*. Dicho de otro modo, en ausencia de normativa autonómica, sigue rigiendo el principio de libertad de horarios, puesto que la norma básica *carece de aplicación directa*. Esta solución no parece que sea de recibo analizada tanto desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, como a la luz del sistema de distribución de competencias entre Estado y CC.AA. Por lo que hace a la primera, la Disposición Final 1.^a pone de manifiesto la inadecuación del Decreto-ley 22/1993 para paliar las consecuencias de la *profunda crisis* sobre el comercio minorista, lo que de manera harto problemática puede ser reputado como constitucionalmente lícito. Respecto de la segunda, la normativa básica representa un *común denominador normativo*, comunidad que rompe el Decreto-ley 22/1993 al establecer dos principios materialmente contradictorios, con claro deterioro de la coherencia del sistema normativo y de la seguridad jurídica (53).

(52) De acuerdo con el art. 3.1, los establecimientos de venta de pastelería y repostería, pan y platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristería y plantas, tiendas de conveniencia, así como las instaladas en puestos fronterizos, en estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo, y en zonas de gran afluencia turística gozan de un régimen de libertad de horarios. Algunas de estas excepciones resultan inexplicables a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre libertad de empresa, particularmente en el caso de las tiendas de conveniencia, es decir, aquellas *con una extensión útil no superior a 500 metros cuadrados (que), permanezcan abiertas al público, al menos dieciocho horas al día y distribuyan su oferta, en forma similar, entre libros, periódicos y revistas, artículos de alimentación, discos, vídeos, juguetes, regalos y artículos varios* (art. 3.2). Ciertamente, la razón de ser de este tipo de establecimientos consiste, precisamente, en su horario más flexible, pero tal hecho representa fundamentalmente una ventaja comparativa, que al convertirse en criterio discriminador positivo carece de toda racionalidad. Resultaría muy aleccionador conocer la razón objetiva existente para privilegiar a este tipo de establecimientos frente al pequeño comercio o a las grandes superficies. Por otro lado, la determinación de las zonas turísticas se deja en manos de las CC.AA., sin proporcionar ningún criterio orientador, lo que ha generado un sinnúmero de situaciones conflictivas, como ya advirtiera J. TORNOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., p. 202, en nota.

(53) La inadecuación de esta solución a la exigible coherencia del sistema normativo ha sido denunciada brillantemente por J. TORNOS MAS, *Libertad de horarios comerciales...*, cit., p. 203.

2. El desarrollo autonómico; razones para una desazón

El Decreto-ley 22/1993 abrió la puerta a la intervención autonómica en materia de horarios comerciales. No obstante, tras la STC 225/1993 y subsiguientes, parecía claro que únicamente podían franquear esa puerta aquellas CC.AA. que dispusieran de competencia normativa sobre comercio interior. Resulta obligado, por tanto, recordar los distintos títulos competenciales asumidos estatutariamente al respecto por las diversas CC.AA.

En el examen de los mismos es posible clasificar a las diferentes CC.AA. en cuatro grupos, determinados por el nivel de competencias asumidas sobre el comercio interior. El primero de ellos estaría constituido por aquellas Comunidades —País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra y Valencia— cuyos Estatutos califican esa competencia de *exclusiva*, bien que, en la terminología empleada por el art. 12.1 EA Cat., *de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado* (54). Continuando en sentido descendente, si bien con la misma eficacia práctica que en el caso de las CC.AA. antes mencionadas, debe mencionarse a Aragón, que dispone de competencias de desarrollo legislativo y ejecución (art. 36.1.5 EA Ar.). Posteriormente, viene un nutrido grupo de CC.AA. —Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad de Madrid, Extremadura, Región de Murcia y La Rioja— que tan sólo han asumido competencias de ejecución (55). Finalmente, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es la única que carecía de todo tipo de competencias al respecto.

Consecuentemente, tan sólo siete de las CC.AA. existentes en nuestro país, las seis del primer grupo y Aragón, podían legítimamente desarrollar la *normativa básica* establecida en el Decreto-ley 22/1993, como en efecto han hecho prácticamente todas ellas (56). En buena lógica, aquí debería concluir

(54) Arts. 10.27 EAPV; 12.1.5) EA Cat.; 30.1.4 EA Gal.; 18.1.6 EA And.; 56.1 d) LORAFNA y 34.1.5) EA Val.

(55) Arts. 12.4 EA Ast.; 33 c) EA Can.; 24.2 EA Cant.; 33.2 EACM; 28.2 EA CL; 28.3 EA Mad.; 9.3 EA Ext.; 12. Uno. 2 EA Mur. y 10.2 EA LR.

(56) Así, Decreto 66/1994, de 22 de marzo, de la Junta de Andalucía, posteriormente derogado por la Ley del Parlamento de Andalucía 1/1996, de 10 de enero, de comercio interior de Andalucía que dedica su Título III a la regulación de los horarios comerciales en retivado coincidente con el Decreto Ley 22/1993 y, en la actualidad, con el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1996, Decreto 24/1995, de 21 de febrero, de la Diputación General de Aragón; Decreto 41/1994, de 22 de febrero, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; Decreto 20/1994, de 4 de febrero, de la Junta de Galicia y Decreto 42/1994, de 21 de febrero, de la Generalidad Valenciana. Paradójicamente, la Ley vasca 7/1994, de 27 de mayo, sobre actividad comercial, no obstante derogar expresamente la Ley 9/1983, de 19 de mayo, no contiene ninguna previsión respecto de

la referencia a las disposiciones autonómicas sobre horarios comerciales dictada en desarrollo del meritado Decreto-ley. Es lo cierto, sin embargo, que acaso por la fuerte carga polémica con que se ha planteado el problema, así como por la voluntad de dar satisfacción a las aspiraciones de determinados colectivos sociales cuyos problemas se perciben de manera especialmente intensa en algunas CC.AA., a partir del Decreto-ley 22/1993 se ha iniciado una desenfadada carrera reguladora que no ha parado mientes en el respeto a los títulos competenciales ni en la observancia de los trámites esenciales del procedimiento de la elaboración de disposiciones de carácter general.

Así, al margen de las anteriormente mencionadas, han aprobado su propia normativa de desarrollo del Decreto-ley 22/1993 las siguientes CC.AA.: Baleares (Decreto 35/1994, de 28 de marzo y Ley 2/1994, de 18 de mayo, sobre infracciones y sanciones en materia de calendarios y horarios); Canarias (Decreto 24/1994, de 4 de marzo y Ley 4/1994, de 25 de abril, de ordenación de la actividad comercial de Canarias); Cantabria (Decreto 58/1994, de 16 de diciembre); Castilla-La Mancha (Decreto 19/1994, de 1 de marzo); Castilla y León (Decreto 65/1994, de 17 de marzo); Comunidad de Madrid (Ley 4/1994, de 6 de junio, reguladora del calendario de horarios comerciales); Extremadura (Decreto 148/1994, de 27 de diciembre); La Rioja (Decreto 2/1994, de 10 de febrero) y Región de Murcia (Decreto 32/1994, de 4 de marzo). Ni que decir tiene que esta legislación autonómica se ha limitado a reproducir el número de domingos y festivos de libre apertura previamente establecido por la norma estatal.

Adviértase que las CC.AA. reseñadas o bien carecían de toda competencia relativa al comercio interior, título habilitante para la regulación de los horarios comerciales, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional a partir de la STC 225/1993, como es el caso de las islas Baleares, o, como sucede en las restantes, han asumido únicamente la competencia de ejecución de la legislación básica (57). Situación no alterada tras el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomías de las CC.AA. denominadas *de vía lenta*, iniciado con los Acuerdos Autonómicos de febrero de 1992 y culminado —tras la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transfe-

la regulación de los horarios comerciales. Tampoco ha desarrollado la normativa básica en esta materia la Comunidad Foral de Navarra.

(57) No deja de resultar sorprendente por ello constatar cómo, a pesar de la claridad y contundencia con que se pronuncia a este respecto el Tribunal Constitucional, los autores de las normas autonómicas se amparen en títulos competenciales distintos del relativo al comercio interior para amparar su aprobación. De manera general se invoca la competencia sobre fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma en cuestión, así sucede en la ley de Baleares, Decreto de Castilla y León y ley de la Comunidad de Madrid; e, igualmente, la relativa a la planificación y ordenación de la actividad económica regional, como ocurre en el Decreto de Canarias, Decreto de Castilla-La Mancha y Decreto de la Región de Murcia.

rencia de competencias— por las Leyes Orgánicas 1 a 12/1994, de 24 de marzo, por medio de las cuales se reformaron los correspondientes Estatutos de Autonomía para incorporar las competencias anteriormente transferidas. Situación que tampoco podía alterar, por no ser instrumento normativo idóneo para ello, el Decreto-ley 22/1993, como irreflexivamente parecen haber entendido las CC.AA. en cuestión (58).

La actitud adoptada por estas CC.AA. alcanza un extremo difícil de calificar en los casos de Baleares, Canarias y Madrid, donde la ausencia de toda competencia sobre comercio interior o la simple titularidad de competencia ejecutiva en la materia no ha sido óbice para dictar disposiciones legales reguladoras de los horarios comerciales (59) El resultado más destacable de esta solución es el reforzamiento de una normativa autonómica que, dictada con evidente extralimitación competencial, resulta inmune a la fiscalización por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Desde el punto de vista estrictamente formal merece subrayarse el hecho, nada sorprendente por otro lado, de que ninguno de los reglamentos de desarrollo del Decreto-ley 22/1993 dictados por estas CC.AA. ha sido previamente dictaminado por el Consejo de Estado y únicamente el Decreto balear se aprueba *de acuerdo* (¡sic!) *con el Consejo Consultivo* (60). Deficiencia que aqueja, asimismo, a los Decretos aragonés y gallego (61).

(58) En este sentido, el preámbulo del Decreto de Cantabria llega a afirmar que *el art. 1 del mencionado Real Decreto-ley confiere, a las Comunidades Autónomas la competencia de regulación de los horarios, para la apertura de los locales comerciales, en su respectivo ámbito territorial.*

(59) En el caso de Baleares se trata, mediante la aprobación de la Ley 2/1994, de 18 de mayo, de cubrir las exigencias del derecho fundamental a la legalidad en materia sancionadora, a la problemática que plantea esta ley en relación con la STSJ de Baleares de 29 de junio de 1995 tendremos ocasión de referirnos posteriormente. Respecto de Canarias, la Ley 4/1994, de 25 de abril, formalmente amparada en el título competencial sobre ferias y mercados interiores, regula en su art. 11 los horarios comerciales, extralimitándose por tanto del título legitimador de la ley. Finalmente, la Ley madrileña 4/1994, de 6 de junio, regula tanto los aspectos sustantivos y sancionadores de los horarios comerciales.

(60) Adviértase que, a diferencia de lo que sucede en la ley del Parlamento de Canarias 4/1984, de 6 de julio, que no contiene precepto alguno donde se exija que, en la resolución o disposición reglamentaria adoptada habiendo informado el Consejo Consultivo, conste si se ha seguido o no su parecer, el art. 3.3 de la ley del Parlamento de las islas Baleares 5/1993, de 15 de junio, establece que *las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo Consultivo, expresarán si se adoptan conforme con su dictamen o se apartan de él. En el primer caso, se usará la fórmula de acuerdo con el Consejo Consultivo, en el segundo, la de oído el Consejo Consultivo.* Resulta sencillamente inexplicable que el Consejo Consultivo no apreciara tacha alguna de inconstitucionalidad en el proyecto de Decreto 35/1994, de 28 de marzo, a la vista de la terminante doctrina constitucional asentada a partir del FJ 2.º A) de la STC 225/1993, de 8 de julio.

(61) Nótese que dichas CC.AA. sí disponen de competencias de desarrollo legislativo de la normativa básica estatal en esta materia, lo que aquí se discute es la adecuación de la vía procedimental utilizada para ejercer dicha competencia, toda vez que al tratarse de reglamentos autonómicos que desarrollan una norma estatal con rango de

Ciertamente, la doctrinal jurisprudencial a este respecto presenta muy diversas soluciones en cuyo análisis no parece oportuno detenerse en estos momentos. Sin embargo, es preciso recordar la constante exigencia del referido dictamen, o del órgano consultivo autonómico *equivalente*, siempre que el reglamento autonómico ejecute, como sucede en los supuestos ahora examinados, normas estatales con rango de ley (62).

Finalmente, por lo que respecta a la observancia del trámite de audiencia, la lectura de los diferentes preámbulos de los reglamentos autonómicos muestra una interesante diversidad de posturas. Así, los Decretos de Baleares, Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Murcia y Valencia parecen haber sido aprobados sin observar este trámite preceptivo, o, cuando menos, dicha observancia no se indica en sus correspondientes preámbulos (63). Indicación que sí se contiene en los reglamentos de Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha y Castilla y León; debiendo hacerse notar que únicamente en los dos primeros supuestos se alude a la audiencia de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (64).

ley, debió mediar el preceptivo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, al carecer en aquel momento las mencionadas CC.AA. de órgano consultivo autonómico equivalente. Por otro lado, los Decretos 42/1994, de 21 de febrero, de la Generalidad Valenciana y 66/1994, de 22 de marzo, de la Junta de Andalucía, se dictan "de acuerdo con el Consejo de Estado". A su vez, el Decreto 41/1994, de 22 de febrero, de la Generalidad de Cataluña, se aprueba "visto el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora".

(62) En este sentido, por citar tan sólo algunas de las sentencias más recientes, STS de 16 de enero de 1993 (Ar. 342), pte.: P. García Manzano, dictada en recurso de revisión respecto de la declaración de invalidez del Decreto del Gobierno Vasco 74/1986, de 18 de marzo, por el que se regulaba la admisión de alumnos en los Centros públicos y concertados. En esta importante sentencia, tras hacerse eco de la posición constitucional del Consejo de Estado deducida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se señala (Fundamento de Derecho 5º) que *la actuación consultiva se dirige a la preservación del común denominador normativo en que las normas básicas consisten*. Igualmente, *a sensu contrario*, Fundamento de Derecho 4.º a) de la STS de 19 de julio de 1993 (Ar. 5594), pte.: E. Escusol Barra; F.D. 2º, también *a sensu contrario*, de la STS de 2 de noviembre de 1993 (Ar. 8401), pte.: J.L. Martín Herrero; Fundamento de Derecho 3º de la STS de 25 de noviembre de 1993 (Ar. 9041), pte.: J. Rodríguez-Zapata Pérez; Fundamento de Derecho 2º, donde se recuerdan las diversas posiciones adoptadas respecto del ámbito de exigencia del dictamen por el Tribunal, de la STS de 25 de octubre de 1994 (Ar. 8207), pte.: A. Llorente Calama; Fundamento de Derecho 3º, con invocación de la doctrina constitucional asentada por la STC 204/1992, de 26 de noviembre, de la STS de 21 de marzo de 1995 (Ar. 2623), pte.: C. González Mallo y Fundamento de Derecho 5º de la STS de 11 de abril de 1995 (Ar. 4347), pte.: A. Llorente Calama.

(63) Debe señalarse que el Decreto 2/1994, de 10 de febrero, del Gobierno de La Rioja carece de preámbulo. Acerca de la conveniencia de que los preámbulos de los reglamentos expresen con claridad las circunstancias relevantes para el control de su legalidad, *vid.* STS de 12 de enero de 1990, Fundamento de Derecho 5º (Ar. 335), pte.: P. Esteban Alamo.

(64) Con independencia de otras cuestiones atinentes a la naturaleza jurídica de las Cámaras, parece obvio su carácter *predeterminado*, en expresión de la STS de 21 de

IV. PRIMERAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES

A la vista del modo como han procedido las diversas CC.AA. a elaborar sus correspondientes normas de desarrollo del Decreto-ley 22/1993 y teniendo presente la fuerte carga polémica con que se ha planteado la cuestión relativa a los horarios comerciales, en términos de abierto enfrentamiento entre grandes superficies y pequeños comercios, no puede sorprender la formalización de los correspondientes conflictos ante las instancias jurisdiccionales. En este sentido, bien pudieran ser las sentencias de los Tribunales Superiores de las islas Baleares, de 29 de junio de 1995 y La Rioja, de 6 de julio de 1995, los primeros frutos de una fecunda cosecha.

Dichas sentencias resolvieron los procesos promovidos por la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra los Decretos 2/1994, de 18 de mayo, del Gobierno de Baleares y 2/1994, de 10 de febrero, del Gobierno de La Rioja, respectivamente, estimando las alegaciones de la parte actora y declarando la nulidad de las citadas normas.

1. La Sentencia de 29 de junio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares

Es objeto del proceso sustanciado en la STSJ de Baleares de 29 de junio de 1995 el ya mencionado Decreto del Gobierno de Baleares 35/1994, de 18 de mayo, sobre horarios comerciales, cuya declaración de nulidad por el órgano jurisdiccional es suplicada por la ANGED. A esta pretensión se opone, como demandada, la Administración de la Comunidad Autónoma, actuando como coadyuvantes la Federación de Empresarios de Comercio y la Confederación de la Pequeña y Mediana Empresa de Baleares.

La parte actora fundamenta su pretensión en dos alegaciones básicas (Fundamento de Derecho 1.º). Por una parte, la ausencia de título competencial suficiente por parte de la Comunidad Autónoma para desarrollar la normativa básica estatal. Título competencial que sería el relativo al comercio interior y no, como pretende el Decreto, el atinente al fomento del desarrollo económico regional. Ausencia de título competencial, en fin, que no puede entenderse subsanado con la simple referencia contenida en el Decreto-ley 22/1993 a las competencias autonómicas, pues *la norma estatal que la autonomía desarrolla, tampoco atribuye competencias sobre*

noviembre de 1990 (Ar. 1578 del año 1991), pte.: R. Mendizábal Allende, por lo que en todo caso se les debió dar audiencia en el procedimiento de elaboración de los reglamentos autonómicos *ex arts. 105 a) de la Constitución y 129 LPA.*

apertura y cierre de locales. Por otro lado, la actora esgrime que el Decreto 35/1994 es contrario a los arts. 83 y 53.1 de la Constitución por insuficiencia de rango. Alegación que entronca con una doctrina jurisprudencial constante a que hiciéramos referencia con anterioridad.

Frente a estas pretensiones, la Administración autonómica y la AFE-DECO alegan la existencia de una causa de inadmisibilidad del recurso consistente en la incompetencia de jurisdicción, invocando expresamente el art. 82 a) LJ, *asentado en la idea de que el control en esta sede de la potestad reglamentaria tiene por objeto garantizar el principio de legalidad, sin que le cupiese a la Sala resolver la discrepancia de ANGED sobre aspectos como la competencia, atinente a la distribución territorial del poder* (Fundamento de Derecho 2.º), cuyo conocimiento correspondería, en consecuencia, al Tribunal Constitucional.

Este planteamiento, en torno al cual se articula toda la oposición de la Administración demandada y los coadyuvantes a la pretensión de la actora va a ser rechazado por el TSJ de Baleares con base en tres argumentos que resultan especialmente atinados. En primer lugar, la consideración del vicio de incompetencia como una causa de nulidad de pleno derecho de un acto o disposición administrativa que afecta a intereses legítimos de las partes. Rechaza así la configuración del proceso en cuestión como un recurso objetivo para la depuración del ordenamiento, haciendo hincapié en su aspecto subjetivo, al tiempo que elucida la legitimación de las partes:

“La nulidad por vicio de incompetencia de la disposición autonómica impugnada es indudable que afecta a intereses de terceros, como en el caso con la recurrente ANGED, AFEDECO y PIME.

Ciertamente, la ley jurisdiccional no contempla directamente la cuestión de si cabe la impugnación automática por vicio de incompetencia, pero aun así, puede entenderse que el recurso es admisible en tanto que tal vicio de incompetencia no es sino una causa de nulidad de pleno derecho por vulneración de la Constitución, las leyes u otras disposiciones —art. 62.2 de la Ley 30/92.” (Fundamento de Derecho 3.º).

En segundo lugar, adopta una posición especialmente atenta para con la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva:

“(…) no estando previsto que la actora pueda plantear un conflicto positivo de competencias, si también se le cierra la vía de la jurisdicción ordinaria, la conclusión inmediata que se obtendría es que no dispondría de cauce alguno para hacer efectiva la pretensión de que se declarase la incompetencia de la Comunidad Autónoma para dictar la disposición que, sin ningún género de dudas, afecta a sus intereses legítimos. Quedaría, pues, desprotegida.” (Fundamento de Derecho 3.º).

Finalmente, siendo consciente de que, no actuando el Tribunal Constitucional como *última instancia revisora de la decisión del tribunal ordinario* (...) podrían surgir problemas de tutela de la unidad de interpretación constitucional (Fundamento de Derecho 3.º), entiende el TSJ de Baleares que dichos problemas no han de plantearse en el caso de autos, puesto que, de conformidad con lo previsto en el art. 5 LOPJ (65) y *dado que el TC ha abordado la concreta cuestión que se suscita, la Sala a lo que está obligada es a tener en consideración su doctrina* (Fundamento de Derecho 4.º).

Recapitulando podríamos decir que el TSJ de Baleares acertadamente estima que aun cuando el conflicto ante él formalizado reviste un indudable componente constitucional, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva demanda una respuesta a las pretensiones del recurrente, en quien concurre plena legitimación procesal, al invocarse un vicio de incompetencia para cuya constatación existe ya un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial del TC, formado, como expresamente recuerda, por las SSTC 225, 228, 264 y 284 de 1993 (Fundamento de Derecho 5.º). Conclusión con la que se presta, por lo demás, un impagable servicio a la economía procesal, al evitar la reiteración de procesos sobre cuestiones ya inudubitablemente resueltas por la jurisprudencia constitucional.

Rechazada la causa de inadmisión alegada por la Administración autonómica y AFEDECO, el órgano judicial entra a conocer del fondo del asunto. Lo que debía conducir, necesariamente, a la estimación de la pretensión deducida por la actora en el sentido de declarar la nulidad del Decreto del Gobierno de Baleares 35/1994, de 28 de marzo. Como efectivamente hace el órgano jurisdiccional en su sentencia de 29 de junio de 1995.

La *ratio decidendi* se abre con el recordatorio de la doctrina constitucional relativa a las competencias autonómicas que facultan la regulación de los horarios comerciales, asentada a partir de la STC 225/1993. El Alto Tribunal, señala la STSJ de 29 de junio de 1995, *aun partiendo de que el régimen de horarios comerciales forma parte de la ordenación del mercado, de manera que cabe considerarlo como elemento de política económica, por lo que a competencia importa, ha señalado que se trata de submateria perteneciente a la materia de comercio interior, de manera que es indudable que el régimen de horarios comerciales pertenece a la materia de comercio interior* (Fundamento de Derecho 5.º).

Seguidamente, constata el hecho de que el Estatuto de Autonomía de las islas Baleares *es el único* (...) *que no atribuye a la Comunidad Autónoma ni*

(65) La referencia debe entenderse hecha al párrafo primero del citado precepto, de acuerdo con el cual, *la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

competencia normativa ni función ejecutiva en materia de comercio interior —aspecto que no ha variado la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto.— En el mismo sentido, aprecia un contenido limitativo del principio de libertad de horarios comerciales en el Decreto-ley 22/1993, que *delimita —pero no atribuye— el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia* (Fundamento de Derecho 5.º).

La conclusión de este correcto razonamiento silogístico se impone con absoluta evidencia:

“Por tanto, al no tener atribuida la Comunidad Autónoma de las islas Baleares competencia normativa en materia de comercio interior, quiere ello decir que tampoco puede regular sobre los horarios comerciales.

En consecuencia, procediendo la declaración de nulidad de la disposición impugnada por el motivo expuesto, cumple ya la estimación del recurso.” (Fundamento de Derecho 5.º).

Dos son los aspectos que interesa destacar de esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares donde se extraen las lógicas consecuencias de una acertada interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre distribución de competencias en materia de horarios comerciales. Por una parte, el recordatorio de que es el título específico sobre comercio interior el que habilita la regulación de dicha materia y no otros títulos mediata o inmediatamente conexos con la misma, como inadecuadamente ha interpretado buena parte de las CC.AA. Por otra, y es ésta una cuestión que interesa resaltar, no vale cualquier título competencial, no es suficiente la competencia ejecutiva, sino que debe concurrir la atinente al desarrollo legislativo de las bases establecidas por el Estado. Aspecto que se reitera, de forma clara y precisa, por la STSJ de La Rioja de 6 de julio de 1995.

Algo menos de un mes antes de pronunciarse la STSJ de Baleares a que venimos refiriéndonos el Parlamento de esa Comunidad Autónoma aprobó la Ley 2/1994, de 18 de mayo, de infracciones y sanciones en materia de calendarios y horarios de comercio, publicada en el Diario Oficial el 14 de junio. Mediante esta ley, con la que aparentemente trata de darse cumplimiento a las exigencias derivadas del principio de legalidad en el ámbito sancionador, el legislador autonómico ha vaciado prácticamente de contenido la STSJ de Baleares de 29 de junio de 1995. En efecto, el art. 3 de la mencionada ley lleva a cabo una tipificación de las infracciones que reproduce, de manera casi literal, el contenido esencial del Decreto 35/1994, declarado nulo por la sentencia aquí comentada al apreciar la concurrencia de un vicio de incompetencia manifiesta. Vicio que no supone, en el presente caso, la simple ilegalidad del Decreto, cuyos efectos

se limitarían, como es obvio, a la actuación normativa de la Administración pública, sino que alcanza a la actuación del propio legislador insular, al significar la inconstitucionalidad de dicha regulación.

El resultado práctico de esta forma de obrar no es otro que situar a los comerciantes ante la necesidad de recurrir nuevamente ante la jurisdicción contenciosa los diferentes actos de aplicación de la mencionada ley, invocando su inconstitucionalidad y solicitando del órgano jurisdiccional competente, que habrá de ser una vez más el TSJ de Baleares, el planteamiento de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, cuya apreciación por el Tribunal Constitucional no puede ofrecer duda alguna (66). A partir de ahí parece legítimo el ejercicio de la oportuna acción de responsabilidad del legislador, en la medida en que a través de esta ley se opera una auténtica expropiación de los derechos reconocidos por sentencia que afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (67).

2. La Sentencia de 6 de julio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

A diferencia de lo que sucede en el caso de Baleares, carente de todo tipo de competencias sobre comercio interior, la Comunidad Autónoma de La Rioja ha asumido en el art. 10. Uno. 2 de su Estatuto —en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 3/1994, de 24 de marzo— la función ejecutiva de dicha materia. El problema que se dilucida en la STSJ de La Rioja de 6 de julio de 1995 versa, consecuentemente, sobre la suficiencia de este título competencial para dictar un reglamento de desarrollo del Decreto-ley 22/1993, como es el Decreto 2/1994, de 10 de febrero.

Nuevamente, será ANGED la asociación que inste la sustanciación del correspondiente proceso contencioso-administrativo, oponiendo en esta ocasión a la representación procesal de la Administración demandada la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 82 b) LJ, esto es, falta de legiti-

(66) Esta conclusión no puede entenderse alterada con la aprobación de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista, dado que su art. 1 únicamente transfiere a la Comunidad Autónoma de las islas Baleares *la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de comercio interior*, en la que no puede ampararse el desarrollo legislativo de la normativa básica estatal, constituida a partir de ahora por la referida Ley Orgánica.

(67) A mayor abundamiento, la actuación del legislador autonómico debe reputarse inconstitucional en la medida en que introduce una nueva forma de inejecución de sentencias no prevista en la LOPJ, aunque similar a lo dispuesto en su art. 18.2, afectando así a la competencia exclusiva del Estado sobre legislación procesal (art. 149.1.6.^a Const.).

mación del recurrente. Falta de legitimación que se apoya en la afirmación de que mediante la impugnación del Decreto autonómico pretende la recurrente obtener, de modo indirecto y subrepticio, la inaplicación en esta Comunidad —al igual que se pretende, mediante recursos iguales, en otras— del Real Decreto-ley 22/1993, que establece las bases para la regulación de horarios comerciales, y ello, ante la imposibilidad de interponer frente a éste recurso de inconstitucionalidad (Fundamento de Derecho 2.º). Alegación tajantemente rechazada por el Tribunal, al entender:

“(…) que no deja de ser un juicio de intenciones carente de prueba, no puede prevalecer frente al interés (art. 28.1 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) de la Asociación recurrente, cuyo fin es la representación y defensa de los intereses comunes de aquellos tipos de empresas, medianas y grandes, en la retirada del ordenamiento jurídico de una disposición general que, en definitiva, viene a impedir a sus asociados la apertura de sus centros comerciales con plena libertad de horarios”. (Fundamento de Derecho 2.º).

Respuesta plenamente acorde con la interpretación antiformalista de los requisitos de legitimación que viene manteniendo la mejor doctrina jurisprudencial relativa a la impugnación directa de reglamentos (68). Respuesta, por otro lado, especialmente atenta a la efectividad del principio *pro actione* como derivado inmediato del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Tras desestimar en los términos antes reproducidos la causa de inadmisibilidad invocada por el representante de la Administración autonómica procede el tribunal a centrar los términos de la *litis*: la posesión por parte de la Comunidad Autónoma de título competencial suficiente para habilitar la aprobación del Decreto impugnado. Es lo cierto, no obstante, que en la resolución de este problema se sigue una línea expositiva un tanto criticable, al comenzar analizando *si el Real Decreto-ley hace o no esa atribución* (de la competencia) a la Comunidad Autónoma de La Rioja (Fundamentos de Derecho 4.º y 5.º), para examinar posteriormente la literalidad del precepto estatutario a que antes se hiciera refe-

(68) Cabría quizá achacar a la STSJ de La Rioja el no haber planteado de oficio su propia competencia a la vista del art. 82 a) LJ, en el sentido planteado en la STSJ de Baleares por el Letrado de la Comunidad, dado que se trataría de una cuestión de orden público procesal que merecería un pronunciamiento expreso. No obstante, la argumentación que sobre el fondo del objeto del proceso efectúa la STSJ de La Rioja de 6 de julio de 1995 responde de manera adecuada a dicha cuestión en sentido idéntico al seguido en su momento por la STSJ de Baleares, de 29 de junio de 1995.

rencia (F.D. 6º) e invocar finalmente la jurisprudencia constitucional en la materia (F.D. 7º) (69).

En relación con el primero de los aspectos analizados, la alteración del sistema de distribución de competencias sobre comercio interior por el Decreto-ley 22/1993, la STSJ de La Rioja, de 6 de julio de 1995, constata que dicha norma:

“(…) deja intactas las competencias ya existentes de las diferentes Comunidades Autónomas, sin poner ni quitar nada de las que ya tuvieran reconocidas en la materia, ni alterar su naturaleza legislativa, reglamentaria o ejecutiva; de tal manera que las que carecen de competencia normativa en la materia no son llamadas por el Real Decreto-ley a regular los horarios comerciales. Ha de notarse que no hay en el articulado de este Decreto-ley, ni en su exposición de motivos, atribución *ex novo* de competencias a las Comunidades que vengan a modificar, desde el punto de vista formal o material, las ya poseídas por ellas en virtud de sus respectivos Estatutos”. (Fundamento de Derecho 5.º).

A continuación, se recuerda que el ámbito competencial de que dispone la Comunidad Autónoma sobre la materia de comercio interior no ha sido alterado por la Ley Orgánica 3/1994, *ratificando implícitamente así la competencia meramente ejecutiva* y resultando claro *que en este título competencial a los órganos de la Comunidad Autónoma de La Rioja no les incumbe otra función que la meramente ejecutiva de la legislación general del Estado, careciendo de toda atribución normativa o reglamentaria sustantiva sobre la materia* (Fundamento de Derecho 6.º). Resuenan en estas palabras los ecos de una constante doctrina de nuestro TC acerca de la no inclusión de la potestad para dictar reglamentos jurídicos en la competencia ejecutiva (70).

Finalmente, tras recordar los extremos atinentes al caso deducibles de las SSTC 225/1993 y concordantes, concluye la sentencia del TSJ de La Rioja que:

“(…) no teniendo la Comunidad Autónoma demandada otra competencia en materia de comercio interior que la de ejecución de la legislación del Estado, no puede dictar normas sobre la misma ni,

(69) Acaso hubiera resultado lógicamente más correcto proceder en sentido contrario. Quede lo ahora expuesto como una acotación puramente marginal a una sentencia cuya decisión en cuanto al fondo no podemos sino aplaudir.

(70) Doctrina tempranamente asentada por las SSTC 18/1982, de 4 de mayo, pte.: A. Escudero del Corral, FF JJ 3.º a 6.º y 39/1982, de 30 de junio, pte.: J. Arozamena Sierra, FJ 8.º.

consecuentemente, está en el ámbito de sus competencias regular los horarios comerciales. Razón por la que, cuando el art. 1 del Real Decreto-ley 22/1993 dice que 'en el ejercicio de sus competencias, corresponderá a las Comunidades Autónomas la regulación de los horarios comerciales para la apertura y cierre de los locales comerciales en su respectivo ámbito territorial...', se está dirigiendo a aquellas Comunidades Autónomas que cuenten entre sus competencias la de regular esta materia, pero no a la aquí demandada que, como se ha razonado, carece de ella. Por tanto, el mencionado precepto no faculta a la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar norma alguna reguladora de los horarios comerciales, careciendo, por ello, su Consejo de Gobierno de competencia para dictar el Decreto aquí impugnado, cuya declaración de nulidad por tal motivo es procedente". (Fundamento de Derecho 8.º).

Como puede verse nos hallamos ante dos sentencias que resuelven de idéntica manera la cuestión relativa a la conformidad con el sistema de distribución de competencias diseñado por el bloque de la constitucionalidad respecto del comercio interior de dos reglamentos jurídicos autonómicos dictados por sendas Comunidades que carecen de competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica estatal. Identidad que, lejos de proyectarse únicamente en la parte dispositiva de las sentencias, alcanza también a la *ratio decidendi*, donde se contiene una rigurosa y correcta interpretación del marco normativo en que deben insertarse esos —y otros similares— Decretos autonómicos.

La proliferación de reglamentos regionales dictados al amparo del Decreto-ley 22/1993 con claro desconocimiento tanto del esquema competencial sobre la materia como de los requisitos esenciales del procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, cuestiones que ya fueron apuntadas en su momento, invita a pensar que se trata únicamente de los dos primeros pronunciamientos jurisprudenciales de una larga serie. Queda, no obstante, el temor de que ante esta decidida y adecuada actuación del Poder Judicial en defensa del ordenamiento se generalice la solución en su momento adoptada por el legislador autonómico balear, a fin de dejar sin efecto las diferentes resoluciones judiciales.

V. ¿RESTAURACION DEL *STATU QUO*? LOS HORARIOS COMERCIALES EN LA LEY ORGANICA DE COMERCIO

Como ya se ha apuntado con anterioridad, la solución dada por la STC 225/1993, de 8 de julio y concordantes a los conflictos planteados entre el Estado y las CC.AA. acerca de la regulación de los horarios

comerciales suscitó una inmediata reacción de los sectores más interesados en el sistema de intervención administrativa. Dicha reacción se materializó, por una parte, en la aprobación del Decreto-ley 22/1993 y, por otra, en la presentación de sendas Proposiciones de ley en el Congreso de los Diputados por los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña y Catalán (CiU).

Esta segunda ha dado origen, tras una dilatada tramitación parlamentaria de más de dos años (71), a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, de la que se han desgajado los aspectos relativos a los horarios comerciales, que han pasado a integrar la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista, aprobada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución en relación con el 150.2 (72). Consecuentemente, nuestras reflexiones se centrarán en esta última.

El propio título de la mencionada Ley Orgánica resulta por demás ilustrativo de la deficiente técnica legislativa que la aqueja. Deficiencia que quizá no merecería mayor comentario si no fuera porque afecta de manera grave al contenido de la misma.

En primer lugar, la Exposición de Motivos parece dar por supuesto que con la aprobación de esta Ley Orgánica se opera automáticamente no ya sólo una equiparación de los diversos niveles competenciales sobre comercio interior, sino incluso una convalidación de los excesos en que previamente pudieran haber incurrido los diferentes Ejecutivos o Legislativos autonómicos al desarrollar el Decreto-ley 22/1993. Así, se deduce de las siguientes palabras provenientes del Mensaje Motivado del Senado reproducidas en la mencionada Exposición de Motivos:

“(…) atribuyendo a la Disposición transitoria primera el carácter de Ley Orgánica de transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas de facultades correspondientes a materia de titularidad estatal, queda colmado cualquier defecto de títulos

(71) La proposición de ley se presentó ante el Congreso de los Diputados el 14 de julio de 1993 (BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-1, de 26 de julio de 1993), siendo definitivamente aprobada la ley de ordenación del comercio minorista por el Pleno de la Cámara de 14 de diciembre de 1995 y la Ley Orgánica complementaria por el Pleno de 21 de diciembre.

(72) Originariamente, art. 16, Disposición Adicional 6.^a y Disposición Transitoria 1.^a del texto aprobado por la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda del Congreso de los Diputados, con competencia legislativa plena, en sesión celebrada el 21 de septiembre de 1995 (BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-17, de 26 de septiembre de 1995). Fue durante la tramitación de dicha proposición de ley en el Senado cuando se planteó la conveniencia de convertir dichos preceptos en una Ley Orgánica independiente, como de hecho ha sucedido.

competenciales en las Comunidades Autónomas (o en algunas de ellas) para el ejercicio de las facultades, de distinta naturaleza, que se les atribuyen en la citada Disposición.”

Cuestiones léxicas al margen, lo que aquí se da a entender es que la Ley Orgánica de que se trata procede a una transferencia de competencias a las CC.AA. que colma, uniformizándolas *por arriba*, las expectativas de las instancias territoriales descentralizadas, permitiéndoles a partir de la entrada en vigor de la ley el desarrollo legislativo de la normativa básica estatal que en ella se contiene. Ocurre, sin embargo, que esa equiparación de títulos competenciales anunciada en la Exposición de Motivos no se deduce del articulado de la Ley Orgánica 2/1996.

Efectivamente, la Ley Orgánica 2/1996 únicamente transfiere a la Comunidad Autónoma de las islas Baleares *la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de comercio interior* (art. 1), en tanto que el art. 3 se limita a reproducir, de manera literal, lo ya dispuesto a este respecto por el Decreto-ley 22/1993 que, como acertadamente observara la STSJ de La Rioja de 6 de julio de 1995, *deja intactas las competencias ya existentes de las diferentes Comunidades Autónomas, sin poner ni quitar nada de las que ya tuvieran reconocidas en la materia, ni alterar su naturaleza legislativa, reglamentaria o ejecutiva* (73).

Dos son las observaciones que resulta oportuno formular respecto de los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996 a este respecto. En primer lugar, parece innecesario recordar, a la vista de la constante doctrina de la jurisprudencia constitucional al respecto, acertadamente aplicada al caso concreto por la STSJ de La Rioja de 6 de julio de 1995, que la competencia de ejecución de la legislación básica estatal no alcanza al desarrollo normativo de la misma, al no autorizar la emanación de reglamentos jurídicos. En segundo término, la simple reproducción en Ley Orgánica de las reglas previamente contenidas en un Decreto-ley, con independencia de

(73) A mayor abundamiento, el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1996, reproduciendo textualmente la regulación antes contenida en el DLEY 22/1993, por cierto, no derogado expresamente, a diferencia del art. 5 del DLEY 2/1989, cuya derogación se contiene en la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, precisa que hasta el 1 de enero del año 2001 corresponde a las CC.AA. *en el ejercicio de sus competencias* las ordenación de los horarios comerciales. Es decir, a excepción de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, esas competencias son las que tenían con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 2/1996, sin que ésta haya supuesto un incremento de su esfera competencial en la materia *comercio interior*, ni en la submateria *horarios comerciales*. En el bien entendido, como ya ha quedado señalado, que en el supuesto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la atribución de la competencia ejecutiva en la materia tampoco representa título de habilitación suficiente para emanar auténticos reglamentos jurídicos.

cualquiera otra consideración, ni autoriza a estimar *colmado cualquier defecto de títulos competenciales en las Comunidades Autónomas*, ni puede entenderse que revista el carácter de Ley Orgánica del art. 150.2 de la Constitución, toda vez que el principio de seguridad jurídica exige la identificación expresa de las *facultades correspondientes a materia de titularidad estatal* que sean objeto de transferencia o delegación.

Por lo que hace a la regulación concreta de los horarios comerciales llevada a cabo por esta Ley Orgánica, la misma parece contenerse en el art. 2. En dicho precepto, bajo el encabezamiento *Libertad de horarios*, se establece:

“Cada comerciante determinará, con plena libertad y sin limitación legal alguna en todo el territorio del Estado, el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías, así como los días, festivos o no, y el número de horas diarias o semanales, en que desarrollará su actividad.”

A la vista de lo dispuesto en este artículo pudiera muy bien pensarse que el legislador estatal reintroduce el sistema de libertad ya afirmado en su momento por el Decreto-ley 2/1985. Sin embargo, lo que en realidad hace esta Ley Orgánica es sancionar el régimen del Decreto-ley 22/1993, cuyo contenido se reproduce, literalmente, en el art. 3, añadiendo, eso sí, un notable confusionismo. Confusionismo derivado de la advertencia con que se abre el ya mencionado art. 3:

“Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación hasta que el Gobierno conjuntamente con el Gobierno de cada una de las Comunidades Autónomas así lo decidan para su correspondiente territorio, y no antes del 1 de enero del año 2001.”

Es decir, la libertad de horarios comerciales se pospone hasta el 1 de enero del año 2001, momento en el que habrá de mediar acuerdo del Gobierno de la nación y de los Gobiernos autonómicos. La regla aquí contenida sobre ser falsa e introducir una innecesaria confusión, debe suscitar algunas reflexiones en punto a su conformidad con el texto constitucional.

Falsa porque el propio art. 3 deja en manos del legislador autonómico la regulación de los horarios comerciales, reproduciendo —conviene insistir en ello— los términos hasta el presente contenidos en el Decreto-ley 22/1993 (74). ¿Quiere decirse, a la vista del párrafo primero del art. 3 que

(74) Adviértase que la Ley Orgánica 2/1996 no contiene ninguna identificación de los preceptos que participan de tal naturaleza. A pesar de esta carencia habremos de

los legisladores autonómicos no pueden, en el ejercicio legítimo de su competencia de desarrollo de la normativa básica dictada por el Estado, hacer efectiva, con anterioridad al 1 de enero del año 2001, la libertad de horarios? La respuesta a este interrogante no puede ser sino negativa, habida cuenta del sentido que de manera constante viene dando la jurisprudencia constitucional al binomio bases-desarrollo. A mayor abundamiento, de acuerdo con el propio art. 3, *in fine*, en defecto de regulación autonómica rige el principio de libertad de horarios afirmado en el art. 2, de donde se deduce que la condición suspensiva introducida por el primer párrafo del antecitado art. 3 afecta tan sólo a aquellas CC.AA. que hayan dictado normas de desarrollo de la legislación básica estatal.

Confusa porque el legislador estatal parece entender que invocando el art. 150.2 de la Constitución en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1996 se opera una transferencia implícita de competencias a aquellas CC.AA. que carecían de potestad normativa sobre la materia. Como ya se ha destacado, las exigencias insoslayables de la seguridad jurídica no permiten una tal interpretación del precepto constitucional en cuestión, que debe identificar expresamente las potestades de titularidad estatal objeto de transferencia.

Finalmente, el párrafo primero del art. 3 de la Ley Orgánica ahora comentada merece un somero análisis desde la perspectiva de su constitucionalidad. El sentido último de la competencia estatal de establecimiento de las bases en una determinada materia es, como viene recordando de manera insistente la jurisprudencia, el establecimiento de un *común denominador normativo*. Sentido que no se compadece con la atribución a las CC.AA. de una especie de *exequatur* de la legislación básica. Las CC.AA. con competencias de desarrollo podrán, justamente, desarrollar las bases de acuerdo con su propia política económica, pero en modo alguno resulta constitucionalmente legítimo que puedan disponer la vigencia de las mismas en su territorio. El carácter normativo de lo básico, reforzado a partir de su conceptualización formal por el Tribunal Constitucional demanda, en pura lógica, su plena vigencia en la totalidad del territorio del Estado, que no puede quedar al albur de los acuerdos entre las instancias ejecutivas.

Por sorprendente que pueda parecer, la conclusión que se extrae tras la lectura de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de

convenir que el art. 3 no posee carácter orgánico, toda vez que no regula materia afectada a Ley Orgánica, ni puede estimarse que cumpla las exigencias mínimas ínsitas en el art. 150.2 Const. A mayor abundamiento, atribuir dicha naturaleza al mencionado precepto conllevaría necesariamente la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos leyes 2/1985 y 22/1993, por invadir una esfera constitucionalmente reservada a la Ley Orgánica *ex* art. 81 Const.

la ordenación del comercio minorista, es que ésta ha logrado su propósito: *colmar* los defectos competenciales —y formales, cabría añadir— en la materia. Triste final este de un proceso regulador plagado de defectos y de desaciertos.

CRONICA

