



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 4 / 1 9 9 7

La Laguna, a 28 de mayo de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre el *Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial para los grandes establecimientos comerciales (EXP. 150/1996 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen es el "proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial para los grandes establecimientos comerciales". Ha sido solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno autónomo, de conformidad con lo que prescriben los artículos 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo (LCC) y 48 del Reglamento que la desarrolla (RCC).

El referido proyecto de Decreto (PD) se dirige a desarrollar los artículos 6,1 y 2, y 7 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOM), de carácter básico. Se trata, por tanto, ante todo, de un proyecto de normación autonómica de desarrollo, con rango reglamentario, de legislación básica. Pero, además, como después se indica, el referido reglamento persigue también modificar el reglamento aprobado por el Decreto 219/1994, de 28 de octubre, de desarrollo de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias (LOAC).

---

\* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.  
\* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

La primera de estas características —**norma autonómica reglamentaria de desarrollo de legislación básica**— no obsta a la preceptividad de la solicitud del Dictamen del Consejo por las siguientes razones: *Primero*, porque dicha preceptividad se inserta en el procedimiento de elaboración de los reglamentos autonómicos como una exigencia de carácter básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ VI) por la función que cumple de garantizar su legalidad (STC 204/1992, FJ IV; STS de 10 de mayo de 1989, Ar. 3.744/92). *Segundo*, porque alcanzando tal preceptividad a los reglamentos que por desarrollar leyes y afectar de modo general a los ciudadanos son calificados de **ejecutivos** (artículo 10.6 LCC en relación con el artículo 22.3 LOCE y STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 4; STS de 10 de mayo de 1989, Ar. 3.744/92), es este, justamente, el supuesto en que nos encontramos —con la peculiaridad que seguidamente se indica— en el presente caso. *Tercero*, porque los reglamentos autonómicos que desarrollan legislación básica estatal, aunque disponen de un espacio para la configuración normativa más amplio que aquellos que desarrollan leyes que no tienen tal carácter, también son reglamentos *de ejecución* —de la mencionada legislación básica—, por lo que en su procedimiento de elaboración es también preceptiva la solicitud del correspondiente Dictamen del órgano consultivo (SSTS de 18 de marzo de 1988, Ar. 2.481; de 27 de noviembre de 1990, Ar. 8.639; de 20 de enero de 1992, Ar. 622; y de 16 de enero de 1993, Ar. 342).

El proyecto de Decreto que se examina, en efecto, se dirige a la aprobación de un Reglamento de desarrollo de preceptos básicos de la legislación estatal. Se trata, además, del desarrollo reglamentario de un precepto legal que restringe el derecho fundamental de libertad de empresa reconocido por el artículo 38 de la Constitución, en cuanto imponen para el ejercicio de determinada modalidad -la explotación de los denominados grandes establecimientos comerciales- la obtención previa de una licencia. Por ello estamos ante un proyecto de reglamento que merece la calificación de *ejecutivo* al desarrollar preceptos legales que afectan de modo general un derecho de los ciudadanos.

Pero, además, dicho proyecto no sólo pretende desarrollar preceptos básicos sino que, como resulta de sus Disposiciones Adicional y Derogatoria, también se dirige a modificar el reglamento autonómico aprobado por el Decreto 219/1994, de 28 de octubre, de ejecución de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias. Razón por la cual el proyecto de norma que se dictamina, al

menos parcialmente, aparece ligado directamente a la ejecución de una ley autonómica; es decir, reviste el carácter de reglamento de ejecución en sentido estricto.

Concurren, pues, en el proyecto de Reglamento ciertas circunstancias que por sí solas justifican sobradamente que la solicitud de Dictamen se califique de preceptiva, de conformidad con lo que previene el artículo 10.6 LCC en relación con el 22.3 LOCE.

2. En el expediente consta: a) informe de legalidad, acierto y oportunidad de la Dirección General de Comercio; b) informe de las Comisiones Insulares de Comercio donde tienen representación las Corporaciones y asociaciones de ciudadanos representativas de los intereses afectados, el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería competente y c) informe del Director del Servicio Jurídico. Además, como consecuencia del acuerdo del Pleno del Consejo Consultivo de 16 de enero de 1997, se solicitó por la Consejería informe sobre el Proyecto de Decreto a la Unión de Consumidores de España, a la Unión General de Trabajadores, a Comisiones Obreras, a la Confederación Canaria de Empresarios, a la Asociación Provincial de Consumidores y Amas de Casa Atlántida de Santa Cruz de Tenerife, a la Asociación Provincial de Consumidores y Amas de Casa "Tagoror" de Las Palmas de Gran Canaria, a la Organización Provincial de Consumidores y Usuarios OPROCU-Ordalías, a la Confederación Provincial de Empresarios de Santa Cruz de Tenerife (CEOE), a la Federación Canaria de Islas, a la Federación Canaria de Municipios y a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas de Gran Canaria y de Santa Cruz de Tenerife. No existen, pues, vicios procedimentales que obsten la emisión de un Dictamen de fondo.

## II

1. El parámetro inmediato de legalidad del proyecto de reglamento está constituido por los artículos 2 a 5, 6.1, 6.2 y 7 de la LOM y 4 a 6, 12 y 14 a 18 de la LOAC. Aunque la primera ley de carácter básico es posterior a la LOAC, no existe contradicción entre los artículos citados de una y otra.

En efecto, los artículos 16 a 18 LOAC establecen una serie de requisitos urbanísticos para la instalación de grandes superficies y centros comerciales, los denominados *Criterios Generales de Equipamiento Comercial* (CGEC), a desarrollar por vía reglamentaria, que vinculan al planeamiento municipal; opción legislativa compatible con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, porque el establecimiento de normas urbanísticas sobre equipamientos comerciales cae dentro de la competencia autonómica sobre urbanismo y porque nada impide que la regulación de esta materia se adentre en aspectos comerciales (STC 227/1993, de 9 de julio, FJ VI).

La LOAC no atribuye ninguna competencia decisoria a la Administración autonómica sobre la autorización de obras o de la apertura de establecimientos comerciales; se limita simplemente a vincular el planeamiento urbanístico local y las ordenanzas municipales en materia de apertura de establecimientos comerciales (artículos 14 y 16.1 LOAC); es decir, **condiciona** la potestad normativa local **pero no despoja** a los Ayuntamientos de sus competencias para otorgar las licencias de obra, de primera utilización y de apertura de los centros comerciales (artículos: 4.1, 6.2,c), 7 y 8 de la Ley autonómica 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial (LDU); 178 y 179 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril (TRLS); 1, 3, 4 y 6 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 3.288/1978, de 25 de agosto (RDU); y 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL)). En definitiva, pues, la potestad —reglada y no discrecional, según los preceptos citados— para el otorgamiento de estas licencias conforme a la LOAC radica en la esfera municipal.

La LOM no ha alterado esta situación, simplemente se limita a superponer a esas licencias municipales la denominada “licencia comercial específica” para la apertura de grandes establecimientos comerciales que corresponde otorgar a la Administración autonómica (artículos 6.1 y 7 LOM).

Antes de la entrada en vigor de la LOM las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de comercio interior podían determinar por ley si la apertura de grandes establecimientos comerciales se sometía o no a una autorización especial de la Administración autonómica (STC 264/1993, de 22 de julio,

FJ VI; STC 227/1993, de 9 de julio, FJ IV y V). En ese contexto, el legislador canario optó por no establecer esa autorización autonómica y sólo condicionó con normas de urbanismo comercial la instalación de dichos establecimientos. Pero dado el carácter básico del artículo 6.1 LOM, las Comunidades Autónomas ya no pueden inclinarse por una u otra opción; de suerte que, desde la entrada en vigor de la LOM en toda España, la apertura de grandes establecimientos comerciales está sujeta a una previa licencia comercial de las Administraciones autonómicas.

Las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de comercio interior siguen disponiendo de libertad de configuración normativa para condicionar el ejercicio de otras actividades comerciales a la obtención de una licencia. Incluso pueden establecer la necesidad de licencia comercial para la apertura de todo establecimiento de esa índole, con independencia de su superficie.

Se debe destacar que la concesión o denegación de esa licencia se debe fundamentar exclusivamente en los criterios del artículo 6.2 LOM. El carácter básico de este precepto impide que las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia puedan añadir criterios de ponderación de otra naturaleza. Pueden, eso sí, definir y desarrollar los conceptos del artículo 6.2 LOM "equipamiento comercial adecuado en la zona afectada" y "los efectos sobre la estructura comercial de ésta". La definición de estos conceptos que realizan los apartados 3 y 4 del artículo 6 LOM es de carácter **supletorio**. Por eso la Comunidad Autónoma puede definir y desarrollar de un modo diferente y más detallado esos conceptos.

El artículo 7 LOM, también de naturaleza básica, dispone que corresponderá a la Comunidad Autónoma resolver los expedientes de autorización de grandes establecimientos comerciales. Dada la relación de este precepto con el artículo 6.1 de la propia Ley, es obligado que el otorgamiento de la licencia comercial específica lo realice un órgano de la Administración autonómica. Ello significa que la legislación de desarrollo debe determinar qué órgano de dicha Administración es el competente para otorgarla, sin que se pueda atribuir esa potestad a las Administraciones Locales.

En estrecha conexión con las regulaciones de los artículos 6.1, 6.2 y 7 LOM, el artículo 2.3 de la misma Ley, también de carácter básico, remite al legislador autonómico con competencia en materia de comercio interior la definición de lo que

sea un gran establecimiento comercial, pero simultáneamente le impone un contenido mínimo en esa definición; de suerte que, a efectos de la necesidad de obtener la licencia comercial contemplada en los artículos 6.1 y 2 id., el establecimiento que se pretenda destinar al comercio al por menor de cualquier clase de artículos y ocupe una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados debe calificarse como "gran establecimiento comercial".

Las Comunidades Autónomas con competencia en materia de comercio interior pueden **reducir** la extensión a la que se liga la calificación de gran establecimiento comercial y **hacer depender**, además, esa calificación de la población del municipio en cuyo término se instale, como ha hecho la LOAC. Que el legislador autonómico dispone de este margen de configuración normativa resulta del tenor del artículo 2.3 LOM, que usa la expresión "En todo caso" y no las expresiones "sólo", "únicamente" o "los establecimientos cuya superficie útil sea superior a los 2.500 metros cuadrados". Al decir "en todo caso", la Ley básica estatal admite que los establecimientos con una superficie útil de exposición y venta al público de menor extensión también pueden ser calificados por el legislador autonómico como grandes establecimientos; pero haga uso o no de esa posibilidad, la calificación de gran establecimiento corresponderá siempre, por obra del artículo 2.3 LOM, a los de una superficie útil superior a los 2.500 metros cuadrados. La ponderación de la conveniencia y la valoración del interés público de aplicar esta calificación a establecimientos de menor superficie queda, pues, remitida a la decisión del legislador autonómico.

Por ello no existe contradicción entre el artículo 2.3 LOM y el artículo 18 LOAC.

2. No podemos concluir esta exposición del parámetro de legalidad al que se debe adecuar el proyecto de Decreto que se dictamina sin advertir que las normas reglamentarias que ahora se pretende modificar parcialmente —los Criterios Generales de Equipamiento Comercial (CGEC), aprobados por el Decreto 219/1994— **adolecen de un vicio formal**, el cual radica en que no obstante poseer, según el artículo 16.1 y Disposición Transitoria IIª LOAC, la naturaleza de normas reglamentarias de ejecución de dicha Ley, se omitió en su procedimiento de elaboración solicitar Dictamen del Consejo Consultivo, trámite de incuestionable preceptividad en virtud de lo que previenen los artículos 10.6 LCC en relación con el 22.3 LOCE. Este vicio formal determina que, en una eventual impugnación de sus

actos de aplicación (artículo 39.2 LJCA en relación con el apartado 4 del mismo), pueda ser hecha valer la nulidad de pleno derecho del Decreto 219/1994.

3. Por otra parte, también el referido Decreto 219/1994 **adolece de un vicio material** del siguiente tenor:

Como se ha señalado, la LOAC sólo *condicionó* el ejercicio de las potestades normativas municipales en materia de urbanismo y de apertura de los establecimientos comerciales, pero **no transformó** el régimen de las competencias municipales para la concesión de las licencias urbanísticas y de apertura. Éstas seguían radicando en la esfera de la potestad ejecutiva municipal como competencias propias y, por ende, sujetas sólo al régimen de control de legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa que puede ser instado por la Administración autonómica (artículos 63.1,a), 65 y 66 LRBRL, artículo 23 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, LRJAPCan).

Ciertamente que, en virtud de los títulos competenciales autonómicos sobre ordenación del territorio y urbanismo, régimen local, ordenación de la actividad económica regional y comercio interior (artículos 29.11, 32.1 y 6 y 33,c) del Estatuto de Autonomía en relación este último con el artículo 1 de la Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de Transferencias Complementarias a Canarias (LOTRACA) — preceptos vigentes al tiempo de la promulgación de la LOAC y ahora sustituidos por los artículos 30.15, 32.4 y 31.3 y 4 de la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma del Estatuto de Autonomía—, la LOAC pudo, de acuerdo con los artículos 2, 25.3 y 62 LRBRL y 8.2; 9,a) y 57 LRJAPCan, haber subordinado la concesión de la licencia urbanística a la autorización del informe de impacto social y económico por la Consejería, transformando así la competencia municipal para conceder dicha licencia en una competencia compartida entre el Ayuntamiento y la Administración autonómica. Pero la LOAC no lo hizo así sino que, por el contrario, reiteró que con carácter general la autorización de la apertura, modificación y ampliación de los establecimientos comerciales corresponde a los Ayuntamientos y sólo transitoriamente mientras se elaboraban los CGEC, la solicitud de la licencia municipal de apertura debía ser informada con carácter preceptivo y vinculante por la Consejería competente (artículos 14 y 17.2, y Disposición Transitoria IIª LOAC).

La LOAC en sus artículos 6.2 y 16.3 prevé un informe preceptivo de impacto económico y social (IIES); pero nada establece sobre su **contenido y procedimiento de elaboración**. Tampoco dispone nada de un modo expreso sobre su **régimen y efectos jurídicos**. Ahora bien, del hecho de que dicha Ley: a) únicamente se dirija a condicionar las potestades normativas municipales en materia de planeamiento urbanístico y de apertura de establecimientos comerciales (artículo 16.1 id.); b) declare que el otorgamiento de las licencias urbanísticas y de apertura de establecimientos comerciales corresponda a los Ayuntamientos (artículo 14 y 16.1 id.); y c) condicione sólo transitoriamente el otorgamiento de dichas licencias municipales a un informe preceptivo y vinculante de la Administración autonómica (artículo 17.2 y D.T. IIª id.), se desprende que ese IIES se debe emitir en el procedimiento de concesión de la licencia de apertura, el cual es siempre **previo** al de obtención de la licencia urbanística (artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, RSCL) en caso de que sea ésta necesaria.

Por ello no es posible que la Administración autonómica se autoatribuya por vía reglamentaria la potestad de **controlar** con carácter **previo y vinculante** el ejercicio de esas competencias mediante la técnica de **subordinarlo a la autorización autonómica del IIES**, tal como ha hecho el artículo 9 de los CGEC. Este precepto contradice los artículos 14, 16.1 y 17.2 LOAC; 4.1, 7.1, 8.1 y 9.4 de la Ley autonómica 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial (LDU) en relación con los artículos 178 y 179 TRLS, que establecen la competencia municipal para otorgar esas licencias urbanísticas y de apertura; y los artículos 2, 25.3, 59 y 62 LRBR, de carácter básico, y 8.2; 9,a); 11,a) y 57 LRJAPCan que establecen que sólo **la Ley** puede atribuir o reducir las competencias municipales, conferir su coordinación a la Administración autonómica, o convertirlas en competencias compartidas entre ésta y los Ayuntamientos en cuyo ejercicio la decisión final corresponda a la primera.

Que el que artículo 8.2 LDU disponga que los Ayuntamientos no pueden otorgar licencias de obras cuando éstas estén sujetas al previo informe o autorización de la Administración no salva el **exceso reglamentario** señalado; porque este precepto no habilita a los reglamentos autonómicos a determinar cuándo procederán esos informes y autorizaciones previas; y porque, en virtud de los preceptos legales citados —los estatales de carácter básico y los autonómicos posteriores a la LDU— sólo la ley y no el reglamento es la fuente de Derecho que puede determinar en qué



supuestos se requieren esos informes y autorizaciones previas de la Administración autonómica.

Este vicio material determina la **nulidad de pleno derecho** del artículo 9 de los CGEC, la cual puede ser también hecha valer por el cauce del artículo 39.2 LJCA en relación con el apartado 4 del mismo.

Cierto que si el PD que ahora se dictamina llegare a entrar en vigor, quedará derogado (Disposición Derogatoria del PD) el Capítulo III de los CGEC, que contiene al artículo 9.3. Pero, en cualquier caso, dado que el dictamen del Consejo Consultivo, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, tiene una función garantizadora de la correcta creación del ordenamiento jurídico, es deber de este Organismo advertir de aquellas nulidades de pleno derecho —y por tanto apreciables *ex officio*— en que haya incurrido la norma reglamentaria a la que pretende modificar parcialmente el proyecto de reglamento sometido a dictamen, aunque las mismas no sean propiamente el objeto de éste.

### III

Constatado en el Fundamento II.1 que no existe contradicción entre los artículos 2 a 5, 6.1, 6.2 y 7 LOM y los artículos 14 a 18 LOAC que componen el parámetro de legalidad del proyecto de reglamento que se examina, procede abordar ahora el análisis de su articulado.

1. Que los artículos 1 y 4.1 del proyecto exijan la *licencia comercial específica* para la apertura, modificación o ampliación de grandes establecimientos comerciales, licencia que corresponde otorgar al titular de la Consejería de Industria y Comercio y cuya obtención es previa a las licencias municipales urbanísticas y de apertura, se adecua a los artículos 6.1, 6.2 y 7 LOM y al artículo 8.2 LDU. Como ya se dijo, esos preceptos básicos dejan incólumes, al igual que la LOAC, las competencias de los Ayuntamientos en orden a la concesión de esas licencias municipales, limitándose a introducir —como nuevo requisito para la apertura de grandes establecimientos comerciales— esa licencia comercial específica de la Administración autonómica. Atendiendo a que la LOM guarda silencio respecto al momento en que se debe obtener dicha licencia, y dado que ésta es **decisiva** para que se pueda iniciar la

actividad, es lícito y razonable que el desarrollo autonómico establezca que su obtención sea **previa** a las licencias municipales a fin de evitar, en su caso, los trámites y gastos de éstas a los particulares.

2. El artículo 1 del proyecto de Decreto (PD) en relación con el artículo 5.2, e) del mismo, exige que la solicitud de la licencia comercial sea acompañada por un informe de impacto económico y social (IIES). El examen de la legalidad de este requisito debe partir de los siguientes datos normativos: a) Según el artículo 18 LOAC son grandes superficies aquellos establecimientos comerciales con una superficie de venta medida en relación con la población de hecho municipal; para definir las grandes superficies dicha Ley no utiliza más elementos que estos dos: medida de su superficie y población de hecho municipal. b) Para la instalación de todo tipo de grandes superficies comerciales, definidas por el artículo 18 id. por la concurrencia de esos dos elementos, se exige de un modo genérico por el artículo 6.2 id. un preceptivo informe técnico de impacto económico y social. c) El artículo 16.3 id. denomina como *hipermercados* las grandes superficies comerciales en las que concurren los dos elementos definitorios del artículo 18 de la misma y además un tercer elemento, el de poseer una unidad alimentaria.

En resumen, el artículo 6.2 LOAC exige para la instalación de toda gran superficie comercial un IIES; el artículo 16.3 id. lo exige para la instalación de los hipermercados. Dicha Ley no incluye precisiones respecto al contenido, procedimiento de elaboración, valoración y efectos jurídicos del IIES. Todos esos aspectos están remitidos por su Disposición Final al reglamento de desarrollo de la Ley. Éste, en virtud de la distinción que establecen los artículos 6.2 y 16.3 LOAC entre el IIES preceptivo para la instalación de toda gran superficie comercial y el preceptivo para el hipermercado, tanto podía establecer una distinta regulación de esos aspectos entre uno y otro IIES como podía establecer un régimen común para ambos informes. Pero, dada la reiteración que hace el artículo 16.3 de la exigencia del IIES para la implantación de hipermercados —dato que revela una mayor preocupación del legislador por las consecuencias económico-sociales de la instalación de éstos establecimientos—, lo que desde luego no podía hacer era establecer un contenido y un procedimiento de elaboración del IIES menos riguroso para la apertura de hipermercados que para la del resto de las grandes superficies.

Ahora el artículo 1 PD, en relación con el artículo 5.2,e) del mismo, se dirige a dar cumplimiento con el mandato del artículo 6.2 LOAC y acomuna el régimen del IIES previsto en este precepto con el del IIES previsto en el artículo 16.3 de la misma, opción a la que, por las razones expuestas no se le puede formular reparo de legalidad.

Como se destacó en el Fundamento II.3, la LOAC se limita a mencionar ese IIES, sin más concreciones normativas; y dado que en ella no se contemplaban más competencias ejecutivas que las municipales en orden a la concesión de licencias a los establecimientos comerciales, su elaboración se debía entender referida al procedimiento de concesión de éstas. Pero como el parámetro de legalidad constituido por la LOAC ha aumentado con la promulgación de la LOM —y dado el silencio de la LOAC, por una parte, respecto al momento y procedimiento de elaboración del IIES y, por otra parte, la aparición por obra de la LOM de una licencia comercial autonómica al lado de las municipales— todo ello respalda sobradamente que el desarrollo reglamentario del conjunto normativo legal constituido por la LOM y la LOAC opte por situar el IIES en el procedimiento de obtención de la licencia autonómica.

3. El artículo 2 PD dispone que, a los efectos del presente Decreto, se consideran grandes establecimientos comerciales las grandes superficies y centros comerciales definidos en los artículos 3 y 4 de los CGEC.

Se debe advertir que esos preceptos de los CGEC reproducen la definición de grandes superficies que opera el artículo 18 LOAC en relación con el artículo 15 de la misma, lo cual corrobora que -como se ha dicho- el PD contiene normas reglamentarias de ejecución de la LOAC; que en esta materia, la de instalación de grandes establecimientos, es ley de desarrollo de los preceptos básicos al respecto de la LOM; que las subclasificaciones que añaden el apartado 3 del artículo 3 CGEC carece de transcendencia normativa y que la del apartado 2 del artículo 4 CGEC resulta de los artículos 15 y 18 LOAC. Por eso sería más correcto desde el punto de vista de la técnica normativa que esa remisión a las definiciones de los artículos 3 y 4 CGEC comenzara por la mención de las del artículo 18 LOAC, en aras, además, de la seguridad jurídica, dada la mayor estabilidad de la ley en comparación con el reglamento.

4. El artículo 3 PD transcribe el contenido del artículo 8 de los CGEC y no suscita reparos de legalidad ni de técnica normativa.

5. El artículo 4.1 PD dispone que la licencia comercial será otorgada por el titular de la Consejería de Industria y Comercio previo informe de la Comisión Insular de Comercio, "en base al" (sic) IIES. Como el artículo 4.2 PD dispone que la resolución del Consejero se dictará "en base a" (sic) los CGEC, es patente que aquello que el artículo 4.1 PD pretende que se base en el IIES es el informe de la Comisión Insular de Comercio, y no la resolución del Consejero otorgando la licencia comercial.

No contradice a la LOAC que la Administración, en ejercicio de su potestad autoorganizatoria, atribuya por medio de reglamento a los órganos colegiados de participación y consulta (artículo 22.2 LPAC) en materia de comercio creado por el artículo 12.1 LOAC una función más de las que les atribuye el artículo 12.2 LOAC.

En cambio sí que es reparable que el informe de la Comisión Insular se deba basar o fundamentar en el IIES, porque éste es un informe que, según el artículo 5.2,e) PD, es presentado, encargado y retribuido por el solicitante de la licencia comercial; y que, por tanto, evalúa el impacto económico y social desde la perspectiva de los intereses del solicitante, absolutamente legítimos y amparados en el artículo 38 de la Constitución, artículos 3 y 5 LOM y 4 LOAC; pero que deben ser ponderados con los efectos que pudiera ejercer la apertura de un gran establecimiento en la estructura comercial de la zona (artículo 6.2 LOM) y armonizados con los intereses de otros comerciantes y los intereses generales de la población (artículo 16.2,b) LOAC) y la recuperación, mantenimiento y promoción de los centros comerciales tradicionales (artículo 16.2,c) LOAC).

Por ello es imposible legalmente que las Comisiones creadas por el artículo 12 LOAC, fundamenten sus informes en informes presentados por los particulares solicitantes, ya que son órganos colegiados administrativos de participación y consulta (artículo 22.2 LPAC, artículo 12 LOAC), y que, como tales órganos administrativos, deben velar con objetividad en sus informes por los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución, artículo 3.1 LPAC, artículo 26 LRJAPCan).

Repárese en que el otorgamiento o concesión de la licencia comercial se acordará, según el artículo 6.2 LOM, ponderando especialmente la existencia o no de

equipamiento comercial adecuado en la zona y los efectos sobre su estructura comercial y el logro de los objetivos establecidos en el artículo 16.2 LOAC, los cuales son desarrollo de los dos parámetros comerciales y sociales del artículo 6.2 LOM, como corrobora la comparación de los apartados 3 y 4 de este precepto (sin carácter básico y que desarrollan su apartado 2) con el artículo 16.2 LOAC.

El IIES tiene como finalidad la ponderación a instancias del solicitante, de los parámetros del artículo 6.2 LOM y del logro de los objetivos del artículo 16.2 LOAC, y el otorgamiento o denegación de la licencia comercial se debe de fundamentar en idénticos criterios según los artículos 6.2 y 16.2 citados. De ahí que el informe de las Comisiones Insulares de Comercio en el procedimiento de concesión de dichas licencias deba ponderar esos parámetros comerciales y sociales y el logro de dichos objetivos.

Es decir, ese informe no se debe fundamentar en el IIES presentado por el solicitante, sino en dichos parámetros y objetivos para valorar la congruencia con ellos del IIES.

Dicho más llanamente, el informe de la Comisión Insular debe realizar una valoración de la objetividad del IIES, razonando con base en el artículo 6.2 LOM y 16.2 LOAC las coincidencias y discrepancias con el contenido del IIES presentado por el solicitante, para lo cual cuenta con los instrumentos del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (artículo 6.2 LOM, artículo 5.6 PD) y las alegaciones presentadas en el trámite de información pública sobre el IIES (artículo 5.5 y 6 PD).

Por todo ello para que el proyectado artículo 4.1 PD sea compatible con los artículos 6.2 LOM y 16.2 LOAC se debe establecer que el objeto del informe de la Comisión Insular es el IIES.

6. El artículo 4.2 PD dispone que la resolución concediendo o denegando la licencia comercial se dictará "en base a" (*rectius*, "con base en") los Criterios de Equipamiento Comercial de Canarias. Sobre ello hay que decir lo siguiente:

Los CGEC son normas de carácter reglamentario cuya finalidad es, según el artículo 16.1 LOAC, condicionar el planeamiento urbanístico municipal y las Ordenanzas Locales en materia de apertura de establecimientos, para la consecución

de los objetivos que marca el artículo 16.2 LOAC. Los CGEC son pues **normas reglamentarias sobre la producción de normas reglamentarias municipales**; sin perjuicio de la aplicación directa de aquellos de sus preceptos cuya estructura lo permita.

Con base en la habilitación del artículo 16.1 LOAC el Decreto 219/1994 estableció los CGEC contenidos en el artículo 6 del anexo a dicho Decreto. Este precepto establece una distinción entre grandes superficies de incidencia territorial **amplia** (GSITA) y de incidencia territorial **reducida** (GSITR). Las primeras comprenden los hipermercados (artículo 16.3 LOAC), los grandes almacenes (definidos en el artículo 3.3.A,b) CGEC) y los centros comerciales (artículo 15 LOAC); las segundas todas las grandes superficies no subsumibles en la primera clasificación.

Para las GSITA establece normas urbanísticas detalladas en orden a su ubicación por el instrumento de planeamiento, lo cual es conforme con el artículo 12 TRLS, y dispone que su implantación sea regulada por un **plan de desarrollo**, instrumento de planeamiento similar a los Planes Especiales contemplados en el artículo 76 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (aprobado por el Real Decreto 2.159/1978, de 23 de junio).

Respecto a las GSITR se limita a establecer que se regirán por las determinaciones que para las mismas expresamente establezca el planeamiento municipal; y que, en ausencia de ellas, no será posible su instalación. Aparte de estas normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 6 CGEC, este precepto contiene otro apartado, el 6, que establece “niveles de saturación” y máximos de superficie de las instalaciones. Se podría pensar que estas normas también están dirigidas a determinar el planeamiento municipal; porque éste no puede pormenorizar usos del suelo con destino a esas instalaciones, si luego no podrán concederse las licencias para su uso por aplicación de esos índices de saturación y de superficie; pero como las letras C) y D) del artículo 6.6 CGEC contienen dos supuestos de **dispensa singular** del criterio del nivel de saturación —la prohibición de que se prevean reservas de dispensación la establece el artículo 57.3 TRLS para los Planes Urbanísticos y Ordenanzas Municipales, no para los reglamentos que condicionan a unos y otras— es posible que el Planeamiento, ante la previsión o concurrencia de las circunstancias que justifiquen la aplicación de las letras C) y D) del artículo 6.6., califique suelo para instalación de grandes superficies más allá de los índices de saturación.

El artículo 6 CGEC contiene por tanto normas que condicionan las ordenanzas reguladoras de la licencia de apertura en materia de establecimientos comerciales y que, en ausencia de esas ordenanzas, son directamente aplicables. Los apartados 1, 4 y 5 del artículo 6 CGEC que disponen, respectivamente, que se valore positivamente la participación de los comercios locales tradicionales en la zona comercial a crear; que se valore la aportación de la instalación a la reestructuración, reforma y modernización y al equipamiento comercial al servicio de los consumidores; y que no se altere el nivel total de empleo a medio y largo plazo; son también normas que condicionan las ordenanzas municipales en materia de establecimientos mercantiles y directamente aplicables en defecto de éstas.

Este recorrido por el largo artículo 6 CGEC permite poner de manifiesto que los CGEC contienen normas de variada naturaleza y finalidad: unas son normas urbanísticas que condicionan el planeamiento municipal y otras son normas que, aunque dirigidas a condicionar Ordenanzas municipales de apertura de establecimientos, son susceptibles de aplicación directa.

Por ello es reparable que el artículo 4.2 PD disponga que la resolución denegando o autorizando la licencia comercial se dicte con base en los Criterios de Equipamiento comercial. Éstos son heterogéneos, unos pueden fundamentar un acto administrativo, otros no; unos por voluntad expresa de la Ley (artículo 16.1 LOAC) no tienen más finalidad que condicionar el planeamiento urbanístico. El artículo 4.2 PD violenta este precepto legal y la naturaleza de esos criterios al pretender que en ellos se fundamente un acto administrativo singular.

Pero, además, obsérvese que esos CGEC van a fundamentar la licencia comercial que concede la Administración autonómica y la licencia de apertura que concede el Ayuntamiento e incluso las licencias urbanísticas de éstos en determinados supuestos (artículo 6.6 CGEC); una y otra Administración pueden realizar, dada la necesaria indeterminación de esos criterios (STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 6) juicios divergentes.

En virtud del artículo 6.1 LOM la no concesión de la licencia autonómica priva de eficacia la concesión de la licencia de apertura; y dicho precepto en relación con el artículo 8.2 LDU obsta la concesión de las licencias urbanísticas. Pero la concesión de

la licencia comercial no obliga al Ayuntamiento a expedir las otras dos licencias; esto es una competencia ejecutiva propia municipal. Al amparo de su autonomía local puede hacer una valoración distinta de esos criterios y negar las autorizaciones que le competen; dejando al particular que ha obtenido la licencia comercial sumido en una situación de cuya juridicidad le permite dudar el recto entendimiento que cabe hacer del significado de la seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 CE.

Para evitar que el ordenamiento autonómico dé a este tipo de, digamos, perplejidades, vale la pena detenerse en que el artículo 6.2 LOM, de carácter básico impone que la autorización o denegación de la licencia comercial se adopte ponderando especialmente la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla, es decir, exclusivamente sobre criterios de política comercial; como corrobora además que con carácter previo y preceptivo se emita un informe por el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano administrativo independiente cuyos informes en el ejercicio de sus funciones consultivas versan sobre materias de libre competencia (artículo 26 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, LDC). La decisión autonómica respecto a la licencia comercial no puede fundamentarse en criterios urbanísticos, porque el artículo 6.2 LOM veda que la legislación autonómica de desarrollo introduzca criterios de naturaleza diferente. Esta legislación puede definir los conceptos "equipamiento comercial adecuado" y "efectos sobre la estructura comercial" del artículo 6.2 LOM, considerando para el primero criterios como la calidad y variedad de la oferta de mercaderías al público, precios, horarios; y para el segundo, criterios como la mejora de la libre competencia, efectos sobre el pequeño comercio, dinamización de la actividad comercial, etc.

Por todo ello la redacción que se propone del artículo 4.2 PD además de ser dudosa su congruencia con el principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, pugna con el artículo 6.2 LOM y el artículo 16.1 LOAC.

Cuestión distinta sería si el PD modificara en profundidad el artículo 6 CGEC para distinguir: a) por un lado los criterios de política comercial (apartados 1, 4, 5 y 6 C) y D) en los cuales se debe basar la resolución sobre la concesión o denegación de la licencia comercial, sin perjuicio de que en desarrollo del artículo 6.2 LOM introduzca otros criterios de la misma naturaleza que concreten los conceptos de dicho precepto



básico; b) por otro, los criterios de urbanismo comercial (apartados 2 y 6) que debe condicionar el planeamiento municipal y, por ende, mediatamente la concesión de las licencias urbanísticas; c) en tercer lugar, en fin, los criterios que condicionarán el contenido de las Ordenanzas municipales de apertura, si fuere necesario establecerlos y cuyo contenido propio es establecer las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad (artículo 22 RSCL) que deben reunir esos establecimientos.

7. El artículo 5 PD regula el procedimiento para la concesión de la licencia. De este precepto es reparable el apartado 3 en cuanto faculta a la Dirección General de Comercio para recabar del interesado la documentación o información adicional “que considere conveniente”.

Si el apartado 2 establece la documentación que debe acompañar a la solicitud de la licencia comercial, es porque se considera que esa es la necesaria para resolver esa solicitud. De modo que la Administración conforme al artículo 71 LPAC sólo puede requerir al solicitante para que en el plazo del artículo 71.1 LPAC o, si procediere, del siguiente apartado, subsane las faltas de documentación, acompañe los documentos preceptivos y complete la información del proyecto o del IIES.

La Administración no puede solicitar cualquier documentación, sino sólo la que se exige en el artículo 5.2; tampoco puede solicitar cualquier información adicional, sino sólo la que sea congruente con la requerida normativamente, es decir con el proyecto de implantación y con el IIES.

Por estas mismas consideraciones es reparable el apartado 7: Las aclaraciones o precisiones que las Comisiones Insulares pueden requerir del solicitante no son las que estimen libremente como necesarias, sino que están determinadas, primero, por la naturaleza de la resolución administrativa a la cual es instrumental su informe. Como esa resolución se basa en criterios de política comercial, el informe de la Comisión Insular se debe ceñir a los aspectos comerciales y sociales que se deben ponderar en esa resolución administrativa; por lo que únicamente sobre esos aspectos pueden pedir informaciones y precisiones al solicitante.

Además, esas informaciones y precisiones que cabe requerir al interesado no pueden versar sobre cualquier faceta de esos aspectos, sino sólo sobre aquellas que hayan sido suscitadas por los informes del Ayuntamiento afectado y del Tribunal de

Defensa de la Competencia y las alegaciones realizadas en el trámite de información pública, las cuales no estuvieren analizadas o lo estuvieren insuficientemente en la documentación e información que según el artículo 5.2 PD deben acompañar a la solicitud.

Por otro lado, como este requerimiento de información complementaria determina la suspensión de la tramitación del procedimiento según el artículo 5.7 PD, en aras de la seguridad jurídica y por aplicación analógica de la regulación del artículo 71 LPAC, se debiera bien habilitar a la Comisión Insular para que fije el plazo necesario para que el solicitante proporcione las aclaraciones e informaciones que le requiera, bien establecer un plazo máximo para que las pueda proporcionar.

El artículo 5.7 PD no fija el plazo en que la Comisión Insular debe emitir su informe; lo que determina la aplicación de la regla general del artículo 83.2 LPAC.

8. El artículo 5.8 PD contempla la resolución del procedimiento por el Consejero a propuesta de la Dirección General de Comercio, sin hacer mención alguna del trámite de vista del expediente y audiencia del interesado que es previo a la formulación de la propuesta de resolución y que tiene carácter esencial (artículo 105,c) de la Constitución, artículo 84 LPAC). Dados los términos imperativos del artículo 5.8 PD que no deja resquicio a la posibilidad de integrar su tenor con el artículo 84 LPAC, ese apartado se debe reparar por contradecir el precepto legal citado.

9. La solicitud de concesión de licencia comercial inicia un procedimiento dirigido a obtener la autorización para la instalación o ampliación de una empresa y/o de uno de sus centros de trabajo. Su estimación además habilita al solicitante para el ejercicio de un derecho, el de iniciar y sostener una actividad empresarial, que le reconoce el artículo 38 de la Constitución y que, por ende, preexiste a la concesión de la autorización tal como reiteran los artículos 3 y 5 LOM, de carácter básico.

Por consiguiente, se trata de un procedimiento subsumible en los apartados a) y b) del artículo 43.2 LPAC. Por ello, si en el plazo de cuatro meses que establece el artículo 5.9 PD con base en la habilitación del último inciso del primer párrafo del artículo 42.2 LPAC, no recae resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud si la Administración no resuelve expresamente en sentido contrario dentro del plazo de

los veinte días siguientes a la solicitud de la certificación de acto presunto (artículos 43.2 LPAC en relación con el artículo 44.2 y 3 de la misma).

Por esto, que el art. 5.9 PD disponga que la ausencia de resolución expresa tiene efectos desestimatorios de la solicitud, contradice el art. 43.2 LPAC en relación con los arts. 44.2 y 3 de la misma.

El régimen de silencio administrativo negativo que pretende establecer el art. 5.9 PD no encuentra amparo en el art. 43.2,c) LPAC, porque es una cláusula residual respecto a las letras a) y b) de dicho precepto. Es decir, siempre y en todo caso para los procedimientos contemplados en el art. 43.2,a) y b) LPAC es positivo el silencio administrativo. En los demás procedimientos, el poder normativo debe establecer expresamente que el silencio es negativo; si no hiciere así, entonces será positivo.

Tampoco el art. 5.9 PD encuentra amparo en la Disposición Adicional Tercera de la LPAC, porque la regulación de la licencia comercial específica y, por consiguiente, de su procedimiento de concesión es posterior a la LPAC. Aquí no estamos ante un procedimiento anterior a ésta precisado de adecuación a la nueva regulación legal del procedimiento administrativo común.

10. El art. 7 PD considera infracción leve el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el Decreto que se examina. Al respecto se destaca que el art. 6 LOM establece la obligación de obtener una licencia comercial específica para poder explotar grandes establecimientos comerciales. El PD se dirige a concretar y desarrollar para el ámbito autonómico canario dicha obligación. Esta es la única obligación para los particulares que establece. El tener que presentar determinada documentación junto con la solicitud de la licencia, cumplir los requerimientos de información adicional, el tener que iniciar las obras o realizar la apertura en determinado plazo son en realidad cargas, es decir, conductas positivas, de hacer que se imponen **en interés del propio solicitante**, de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la pérdida de la ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito.

De ahí que la única obligación que impone a los particulares el PD es la prohibición de explotar una gran establecimiento sin esa licencia comercial específica.

El incumplimiento de esta obligación el art. 65.1,a) LOM la tipifica como una infracción grave; pero, como carece de carácter básico, sólo puede erigirse en canon del PD en defecto de normas legales autonómicas, que no es el caso porque el art. 47.1 LOAC por remisión del art. 5,d) de la misma tipifica como infracción administrativa el incumplimiento de los preceptos de la LOAC y demás normativa vigente. Esta última respecto a la exigencia de la licencia comercial, está constituida actualmente por el art. 6.1 LOM a la cual el PD completará en el futuro.

Por ello la tipificación por el PD del incumplimiento de la obligación de obtener la licencia comercial como infracción administrativa encuentra su habilitación legal en los arts. 47.1 y 5,d) LOAC.

Que esta infracción tenga el carácter de leve depende, según el art. 48.1 LOAC, de que no causen perjuicios económicos directos y no exista intencionalidad. De ello se deriva la imposibilidad de que el PD tipifique que siempre y en todo caso será infracción leve la instalación, modificación y apertura de grandes establecimientos comerciales sin obtener la licencia comercial. Que esta infracción sea leve, grave o muy grave depende de que concurren las circunstancias que el art. 48 LOAC prevé para la calificación de las infracciones de la normativa administrativa reguladora de la actividad comercial.

En conclusión, el art. 7 PD contradice el art. 48 LOAC. Para evitar esa contradicción debería simplemente establecer que, en virtud de los arts. 47.1 y 5,d) LOAC, la infracción de las obligaciones impuestas por el presente Decreto constituirá infracción administrativa que se calificará según lo dispuesto en el art. 48 LOAC.

11. Por último, visto que la LOM no prevé su aplicación retroactiva a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor y aún no concluidos en orden a la apertura, modificación o ampliación de grandes superficies y centros comerciales; es obvio que a los solicitantes en esos procedimientos que reunieran los requisitos exigidos por la legislación anterior a la LOM para la realización de esas actividades, no se les puede exigir retroactivamente por un reglamento la licencia comercial.

Ello es así porque los reglamentos son fuentes del derecho subordinados a la Ley, y el presente reglamento incide en la regulación del derecho a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución y del comercio interior, materias que se encuentran reservadas, respectivamente, por los arts. 53.1 y 51.3 de la Constitución a la Ley; y si

las Leyes que regulan dichas materias no prevén su aplicación retroactiva para restringir los derechos que los particulares ostentaban con anterioridad a su entrada en vigor, los reglamentos de desarrollo de esas Leyes no pueden disponer esa aplicación retroactiva.

De ello se deriva que la Disposición Transitoria debe precisar que el PD es aplicable a los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la LOM, si no se quiere que dicha Disposición Transitoria contradiga, además de los preceptos constitucionales citados los arts. 38.2 y 39 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LGAP) en relación con el art. 2.3 del Código Civil.

## CONCLUSIONES

1. El proyecto de reglamento es tanto de desarrollo de la legislación básica estatal como de ejecución de la Ley autonómica de Ordenación de la Actividad Comercial. Tanto por uno como por otro motivo el Dictamen tiene carácter preceptivo (F. I.1).

2. No existe contradicción entre la regulación administrativa de la instalación de grandes establecimientos comerciales que contiene la Ley autonómica de Ordenación de la Actividad Comercial y la regulación básica sobre la misma materia establecida por la Ley nacional de Ordenación del Comercio Minorista (F.II.1).

3. La exigencia por el art. 1 del proyecto de reglamento de un informe de impacto económico y social para la instalación de grandes superficies y centros comerciales es conforme con los arts. 6.2 y 16.3 LOAC (F.III.2).

4. El informe de la Comisión Insular de Comercio que prevé el art. 4.1 PD no puede basarse en el informe de impacto económico y social que exige el art. 1 PD, sino que su objeto debe ser este último informe, según resulta de los arts. 6.2 LOCM y 16.2 LOAC en relación con el art. 103.1 de la Constitución y los arts. 3.1 LPAC y 26 LRJAPCan (F.III.5). El art. 4.2 PD contradice el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución y los arts. 6.2 LOCM y 16.1 LOAC (F.III.6).

5. Los apartados 3 y 7 del art. 5 PD pueden entenderse contradictorios con los principios de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad de la actuación administrativa (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución) y el art. 71 LPAC (F.III.7). Igualmente sucede con el art. 5.8 PD respecto del art. 105,c) de la Constitución y el art. 84 LPAC (F.III.8). El art. 5.9 PD contradice los arts. 43.2 y 44.2 y 3 LPAC (F.III.9). Del mismo modo pudieran pugnar el art. 7 PD con el art. 48 LOAC (F.III.10) y la Disposición Transitoria con los arts. 38.2 y 39 de la LGAPC en relación con los arts. 38, 51.3 y 53.1 de la Constitución y el art. 2.3 del Código Civil (F.III.11).

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 54/1977 ACERCA DEL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL PARA LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES. CORRESPONDIENTE AL EXPEDINTE 150/1996 PD.**

Mi discrepancia del parecer mayoritario formalizado en el Dictamen de referencia concierne a la mayor parte de sus Conclusiones, conectándose ello lógicamente con sus correspondientes fundamentos, pues a mi juicio son inadecuados los argumentos utilizados al efecto, que estimo defectuosos o improcedentes en Derecho. En concreto, por la razón antedicha entiendo no ajustadas jurídicamente las Conclusiones primera, cuarta y quinta, en parte, del Dictamen. Y, en consecuencia, considero que son válidas las normas reglamentarias proyectadas que se recogen en los preceptos aludidos por las Conclusiones de las que se discrepa.

1. En primer lugar, reiterando la opinión sobre el tema por mi manifestada en otras ocasiones al tratarse aquel, considero que jurídicamente no es correcto sostener que un Reglamento autonómico puede ser ejecutivo, en el sentido propio del término y con todas las consecuencias que ello comporta, de una Ley estatal o de una Norma básica del Estado, puesto que tal Reglamento solo puede "ejecutar", se insiste que en la acepción técnicamente adecuada de esta actuación normativa secundaria, la Ley autonómica, cual en parte sucede en esta ocasión y como, por demás, ha señalado el propio Consejo Consultivo en algunos de sus Dictámenes.

A) Así, en nuestro sistema constitucional, en el que existen distintos Entes jurídico-políticos y, por tanto, diversas fuentes normativas, tanto legislativas como reglamentarias, es claro que la conexión Ley-Reglamento ha de responder a este presupuesto fundamental de orden organizativo y normativo, de modo que cada

Parlamento dicta la Ley y el respectivo Gobierno, de acuerdo con lo por ella regulado y como ella disponga, puede dictar un Reglamento "ejecutivo" de complemento y pormenorización de sus preceptos, ejerciendo su potestad reglamentaria dentro de esos estrictos límites y cuando lo determine el legislador. En esta línea, es obvio que el Gobierno del "Estado" central no puede "ejecutar" una Ley autonómica, pero tampoco el Gobierno autonómico puede hacerlo respecto a una Ley estatal.

Desde luego, es manifiesto que el legislador estatal carece de competencia, aquí mas formal que material, para imponer a una Comunidad Autónoma que ejecute la normativa primaria establecida por la Ley que ha dictado, limitándolo además en su actuación tanto formal como material y aun temporalmente, habiéndose además de reparar que tal Comunidad Autónoma ha de tener competencia en la materia. Pero precisamente, teniéndola, puede ejercitarla cuando lo entienda oportuno y como lo estime pertinente, máxime de ser legislativa, y su Gobierno puede actuar sin necesidad de llamada del legislador estatal, mientras que, cuando pretenda establecer un Reglamento ejecutivo, ha de proceder en conexión con la Ley autonómica y por expresa y condicionada llamada de ésta.

En otras palabras, siendo institucional y formalmente evidente que la Comunidad Autónoma nunca tendrá competencia, y con ella su Gobierno, para ejecutar Leyes estatales, por contra no lo es menos que puede tenerla, como sucede en este supuesto, para desarrollar legislativamente la normativa básica estatal en la materia que nos ocupa. Pero esa facultad de desarrollo normativo, que puede admitirse que sea ejercida por Ley o por Reglamento salvo que el asunto concreto a regular esté sometido a reserva legal, es evidentemente distinta a la ejecución de una Ley, tanto formal como materialmente.

Así, no viene limitada por los preceptos específicos de la normativa que desarrolla, sino por el carácter básico, en la concepción constitucional que ha de tener la misma, cabiendo lógicamente no sólo mayor amplitud de actuación, sino la calificación propiamente política y normativamente innovadora de ésta. Y, además, puede ejercitarse discrecionalmente y en el ámbito autorizado por el Estatuto o, en su caso, Norma de transferencia, tanto lo haga el Parlamento autonómico, por Ley, como el Gobierno de la Comunidad Autónoma, por Reglamento.

Norma reglamentaria que, sin duda y sin problema constitucional, ha de ser calificada de autónoma y no de ejecutiva en la terminología al uso para distinguir entre Reglamentos por su conexión con la Ley y, consiguientemente, en relación con la habilitación gubernativa para ejercer su potestad reglamentaria. Razón por la que ha de advertirse que es erróneo afirmar no sólo que en nuestro Ordenamiento Constitucional los Reglamentos producidos en ejercicio de una competencia de desarrollo normativo de bases normativas estatales, por cierto que legislativas o no, son Reglamentos ejecutivos de las Leyes estatales que establecen aquéllas, sino también que los únicos Reglamentos que pueden afectar los derechos y situaciones de los ciudadanos o desarrollar las normas legales, de orden básico, son los ejecutivos, pues es claro que cabe el Reglamento autónomo de orden jurídico-sustantivo o externo.

Esto es, es indiscutible que pese a usarse el término "desarrollo", un tanto equívoco como se ve en esta materia, la Ley o el Decreto que aprueban normas reguladoras de cierto asunto en desarrollo de bases estatales no ejecutan la normativa legal o reglamentaria correspondiente. Como tampoco lo hace un Decreto-Legislativo respecto a su Ley de Bases.

En particular, conviene reiterar que materialmente no pueden equipararse el Reglamento ejecutivo al de desarrollo, pues la operación que realizan uno y otro es diferente. En efecto, aun cuando se suela decir también respecto al primero que desarrolla la Ley que ejecuta, es obvio que lo hace, a partir de ella y limitada por ella, complementando, pormenorizando y concretando sus normas, mientras el de desarrollo normativo, que se llama Reglamento por ser norma secundaria al establecerse por el Gobierno mediante Decreto, no hace tal cosa, sino que, a partir de cierta norma calificada de básica contenida en una Ley o inducida del Ordenamiento Jurídico, establece una ordenación normativamente general y competencialmente autónoma.

No obstante, esta posibilidad de actuación de desarrollo por vía reglamentaria de la Comunidad Autónoma, además de estar supeditada a lo que, en su día, decida hacer al respecto el Legislativo autonómico, pues la Ley que establezca en la materia se impone al Reglamento establecido por el Gobierno por su superior fuerza formal activa y pasiva, tiene, según se apuntó precedentemente, el límite de no poder hacerse en asuntos con reserva de Ley. Así, aconteciendo ello en nuestro caso, si la



base normativa a desarrollar regula un derecho fundamental, como es la libertad de empresa (cfr. artículos 38 y 53.1 de la Constitución), es claro que el Reglamento autonómico de desarrollo, aparte de no poder suplantar, reiterar o tocar esa normativa estatal, al igual que no puede hacerlo una Ley autonómica, tampoco puede regular sustancial o esencialmente esta materia, por estar reservado ello a la Ley, aunque aquí sea la autonómica.

En fin, cabe añadir que la problemática de adecuación jurídica de un Reglamento de ejecución y de un Reglamento de desarrollo de base normativa, aún cuando en ambos casos existe Ley de por medio, es sustancialmente distinta. En el primer caso se trata de investigar si la Norma secundaria se ajusta a la primaria en sus concretas determinaciones normativas, tanto las sustantivas a complementar como las habilitantes de su producción, sin entrar a analizar, o no habiéndolo de hacer primordial y determinantemente, si la Comunidad Autónoma tiene competencia material para que su Gobierno pueda ejercer su potestad reglamentaria en la materia, habida cuenta que su Ley ha asumido que ello es así y ordena a aquél a que actúe.

En cambio, en el segundo, debiéndose controlar el ajuste de la normativa a la base desarrollada y, por tanto, su adecuación constitucional mas que exactamente legal, es fundamental conocer ante todo si existe esa facultad de desarrollo en la materia a ordenar, no habiendo la antedicha necesaria habilitación-obligación ni la estricta limitación-condición sustantiva entre Ley y Reglamento porque la Norma autonómica, aunque reglamentaria, se conecta con la base normativa en similar situación que la primaria aprobada al respecto por Ley autonómica.

En resumidas cuentas, la preceptividad de la solicitud de un Dictamen sobre un Reglamento de desarrollo y no meramente ejecutivo ha de determinarse de igual manera que la de una Ley de desarrollo, apareciendo cuando ésta o aquél pretenden regular una materia respecto a la que la Ley reguladora de la función consultiva y de su Organismo realizador lo exige o prevé. Y ello, sin perjuicio de que, ciertamente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo en conexión con el artículo 22.3 de la Ley orgánica 3/80, del Consejo de Estado, sea preceptiva sin duda la indicada solicitud respecto al Reglamento que nos ocupa en cuanto ejecute una Ley autonómica.

B) Finalmente, y pese a que se aduzca que ello ha sido reconocido o mantenido por el Tribunal Constitucional, al igual que lo rebatido anteriormente lo sea por el Tribunal Supremo en diversas de sus Sentencias, es necesario aclarar, incluso eventualmente contra semejante doctrina, que la producción de Reglamentos, tanto ejecutivos como autónomos, no es una actuación administrativa, especialmente cuando se hace en conexión con una normativa legal que se desarrolla en "ejecución" o en desarrollo de base normativa, no realizándose aquella a través de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, sin tenerse que atender al efecto exigencias propias del régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas, cual sería la solicitud de Dictamen.

Así, por muy amplio que se pretenda entender el término "Administraciones Públicas" usado en el artículo 149.1.18 de la Constitución, no es admisible constitucionalmente que se confundan aquéllas a efecto o fin alguno, particularmente competencial y con el propósito antedicho, con Estado o Comunidad Autónoma, ni tampoco con el Parlamento o el Gobierno de uno o de otra. En este sentido, es evidente que el procedimiento de ejercicio de la potestad reglamentaria no es un procedimiento administrativo, común o especial, sino que es uno de orden puramente político y normativo, máxime en el supuesto antes referido, afectando a una facultad de orden político a ejercer por un órgano asimismo político y con un fin no menos político. Lo que ha de tener reflejo tanto en la competencia o contenido de su ordenación, como en la concreta cuestión del control previo y no vinculante de dicho ejercicio.

En principio, ha de observarse que el titular de la potestad reglamentaria en el Gobierno y no la Administración, bien diferenciados constitucionalmente en particular a este fin, con todo lo que ello supone. Y, por supuesto, la intervención de apoyo administrativo en el ejercicio de esa potestad por su titular no transforma a éste en Administración o a aquélla y al procedimiento de su actuación en administrativos, actuando el Gobierno y realizándose una función gubernativa, de igual forma que no puede tener tal calificación o inteligencia la actuación gubernativa o, sobre todo, parlamentaria en la tramitación y aprobación de Proyectos o de Propositiones de Ley, pese a que en ambos supuestos intervengan aparatos administrativos.

Es técnicamente incorrecto y constitucionalmente desajustado, afirmar que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva para ordenar la potestad reglamentaria del Gobierno, y establecer el procedimiento para dictar por éste sus Reglamentos en ejercicio de aquella, y a renglón seguido decir que tal procedimiento es administrativo y que la regulación autonómica, por esa razón derivada del artículo 149.1.18 de la Constitución, ha de respetar ciertas bases estatales al respecto. Por eso, no pueden estar sujetas a base normativa alguna sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

A mayor abundamiento, conviene igualmente recordar que las especialidades mencionadas en la norma constitucional primeramente citada se refieren al procedimiento administrativo común, materia de competencia exclusiva estatal en su integridad, mientras que es en relación con los denominados procedimientos administrativos especiales donde podría tener sentido una determinación general de procedimiento deducible de la antedicha norma que debiera respetar la Comunidad Autónoma al regular esos procedimientos especiales propios de su organización; entre los que, siquiera fuese por esta causa, no es incluible el de producción reglamentaria.

En definitiva, no existe obligación constitucional de que el legislador estatal o el autonómico deban prever la forzosa realización de la función consultiva por el Consejo de Estado sobre los Reglamentos estatales o, en su caso, del Consejo Consultivo sobre los autonómicos. Otra cosa es que, en efecto, tanto la Ley del primero como la del segundo dispongan la obligatoriedad del Gobierno respectivo de solicitar Dictamen de uno u otro sobre los correspondientes Reglamentos, ejecutivos o autónomos, pudiéndolo ciertamente hacer dentro de la Constitución y hasta pudiéndose sostener que es razonable tal control sobre dichos Reglamentos en interés tanto de los ciudadanos, obviamente sometidos a ellos e interesados en que se ajusten a las normas primarias o básicas afectadas, como del propio Parlamento cuya Ley se desarrolla o se ejecuta.

Pero esta eventualidad, por muy procedente y conveniente que sea, no puede en absoluto servir para calificar una Norma de desarrollo, aunque fuere reglamentaria, de Reglamento de ejecución, o bien, un procedimiento no administrativo de otro de esa naturaleza; ni un argumento finalista puede, per se, alterar el carácter de ese

procedimiento o de tal Norma, la competencia a actuar en cada caso o, en fin, la inteligencia de la norma de la LOCE supuestamente aplicable.

En esta línea, aún asumiendo que en este punto tuviera naturaleza básica la Ley orgánica del Consejo de Estado (LOCE), eventualidad constitucionalmente discutible sin perjuicio de su aplicabilidad en relación con el artículo 149.1.18, CE y en ausencia de normativa autonómica al efecto, es lo cierto que su artículo 22.3, sin duda heredero de una situación jurídico-política en la que no existían normas autonómicas, de desarrollo o no, y había una sola fuente normativa, se refiere explícitamente a Reglamentos propiamente ejecutivos, pero no a Normas autonómicas de desarrollo de normas básicas. Sin que a todo ello obste que, por deficiencia técnica y desconocimiento del presente Ordenamiento constitucional, se siga llamando disposiciones administrativas a los Reglamentos, en particular a los gubernativos y aprobados por Decreto, cuando son sin duda políticos por su autor y los normativos, como son los ejecutivos y los de desarrollo, inciden básicamente sobre los ciudadanos y no fundamentalmente sobre la Administración.

2. Por otra parte, y aunque ello no se refleje en sus Conclusiones, entiendo incorrecto que el Dictamen se extienda en su análisis más allá del objeto concreto sobre el que se solicita. Ante todo porque, significativamente, el Reglamento de este Organismo exige que la solicitud concrete debidamente ese objeto. Pero, además, porque se compadece mal con la función consultiva, entendida como control previo de la legalidad de una actuación proyectada, normativa como la presente o no, que no puede ser, por definición, tal función sobre actos ya realizados, ni puede ser confundida o asimilada con otras de tipo asesor o jurisdiccional, que no tiene este Organismo, por naturaleza.

Y no cabe defender forzosamente esta extralimitación en función de que el Consejo Consultivo ha de actuar velando por la observancia del Ordenamiento Jurídico o porque, a veces, se le solicita que se pronuncie sobre la adecuación estatutaria de regímenes jurídicos vigentes. No sólo porque no es esto último lo que aquí se recaba, sino porque ese deber de vela ha de hacerse en íntima relación con la realización de la función solicitada.

Por consiguiente, el argumento antedicho no vale para sostener que este Organismo puede aprovechar la solicitud de dictaminar un cierto Proyecto normativo para pronunciarse sobre la adecuación de normas vigentes en la materia, conectadas

al mismo de una y otra forma, máxime cuando se pretenden sustituir por las proyectadas. Y mucho menos le autoriza a que indique al Gobierno solicitante la conveniencia de que elimine esa supuesta ilegalidad que a su juicio existe.

En todo caso, forzoso es señalar que, si bien es cierto que la ausencia de solicitud preceptiva del Dictamen es un vicio formal en la producción del acto normativo del que se trate, generador de la invalidez de éste y, por tanto, de la normativa que aprueba, sin embargo no parece que en el presente supuesto pueda decirse que la regulación reglamentaria a sustituir presente un vicio material de adecuación a la vista de la normativa legal aplicable a respetar.

Al menos, ello no puede inducirse de la, a mi entender, prolija pero confusa argumentación del Dictamen al respecto, no siendo en particular de recibo sostener que dicha regulación lo padece por vulnerar o alterar en algún precepto la Ley que ejecuta. Esto es, aparte de que ello no sería propiamente un defecto "material", sino formal, es incorrecto aducir, vista la normativa objetada y el marco jurídico a respetar, que los supuestos que se mencionan implican el desconocimiento de la norma primaria a "desarrollar" o una extralimitación reglamentaria de la habilitación legal para proceder en esta materia, ni suponer la quiebra de autonomía local alguna constitucionalmente garantizable.

3. En cuanto a lo que concierne al resto de las objeciones al Proyecto dictaminado plasmadas en las Conclusiones cuarta y quinta del Dictamen, al hilo del orden de su exposición y de su fundamentación en los correlativos Fundamentos de aquél, es preciso explicitar las siguientes observaciones:

- No es objetable la ordenación del artículo 4.1 del Proyecto, particularmente por la razón aducida en el Dictamen. Desde luego, que el Informe de la Comisión Insular de Comercio se base en el de impacto económico y social exigido, por demás correctamente según se admite, por el artículo 1 del mismo Proyecto, no sólo es coherente con ello, mientras que precisamente sería lo que pretende el Dictamen, sino que es evidente que esta cuestión para nada vulnera o es contraria a lo ordenado en los artículos 6.2, LOCU o 16.2, LOAC; sin que, por demás, lo mantenido por el Dictamen al respecto sea exigencia de lo previsto en los artículos 103.1 de la Constitución, 3.1 de la Ley 30/92 o 26 de la Ley autonómica 14/90.

Más concretamente, es claro que, previéndose las debidas garantías y condiciones al efecto cual aquí sucede, la ordenación reglamentaria sobre el Informe de impacto a producir y presentar respeta las normas antedichas, siendo también procedente consiguientemente que, producido y presentado el mismo, la Comisión Insular, en este contexto y al fin del que se trata y de conformidad precisamente con las previsiones de la LOCU y de la LOAC al respecto, emita su parecer en base a ese Informe inicial. Y ello, pese a ser evidente que, incidiendo en la materia otras normas a tener en cuenta por la Comisión en su actuación, ésta deba atender asimismo sus determinaciones y subsiguientes exigencias o condicionamientos. Cosa a la que no obsta, ni mucho menos impide, la norma objetada, que no puede pretenderse que recuerde esta circunstancia necesariamente, ni es preciso jurídicamente que lo haga.

- Al deducirse lo incorrecto de la objeción hecha en este punto de modo inmediato con la mera lectura del precepto objetado y/o de su inteligencia en el conjunto normativo en el que se integra, tanto de este Proyecto como de la entera normativa sobre la materia que nos ocupa, basta señalar sin más que el artículo 4.2 de aquél no contradice en nada el principio de seguridad jurídica, máxime, justamente, contemplado lo prevenido en los artículos 6.2, LOCU y 16.1, LOAC.

Es obvio que, no siempre defectos de técnica normativa generan problemas de seguridad jurídica. Y, en este caso, además de ser harto discutible afirmar, sobre todo por un Organismo de la naturaleza del Consejo Consultivo, que la opción adoptada por el Proyecto en este tema es un supuesto defecto de esa clase, ocurre que aquella no produce objetivamente problema alguno de seguridad jurídica o, si se prefiere, vulneración de este principio constitucional. Por demás, es erróneo técnicamente analizar la presencia de este problema en función del rango de la norma conexas con la eventualmente afectada por él, pues la seguridad jurídica nada tiene que ver con ello, relacionándose la estabilidad normativa por rango con la eficacia o permanencia de la regulación en cuestión, pero no con su respeto al principio de referencia.

- No puede compartirse plenamente la objeción hecha a los apartados 3 y 7 del artículo 5 del Proyecto, siquiera sea porque, en el peor de los casos, serían contrarios al principio de interdicción de la arbitrariedad, por cierto que de la Administración en este caso, pero no al de legalidad. Así, la norma básica a atender, contenida en el artículo 71, Ley 30/92, permite una actuación administrativa parecida a la que se

cuestiona, aunque ciertamente en relación con la presentación de la solicitud ante el órgano competente al efecto.

Sin embargo, dicha norma básica, u otra aprobada por la misma Ley, no prohíbe que algo parecido se haga luego a lo largo del procedimiento, cabiendo la posibilidad no extraña o extraordinaria de que ello sea pertinente al caso o necesario para decidir. Es mas, esta eventualidad puede conectarse con lo previsto en los artículos 76 y 78 de la mencionada Ley, de manera que, en definitiva, bastaría una redacción algo mas precisa y/o ajustada de los preceptos de que se trata para que se acomodasen plenamente a las exigencias de los principios aludidos, en especial del primeramente citado.

- En esta línea, resulta improcedente afirmar que el artículo 5.8 del Proyecto vulnera el derecho de audiencia de los interesados, teniendo una posible lectura este precepto que lo hace no contradictorio con la exigencia de garantizar este trámite y, en consecuencia, de respetar el artículo 84, Ley 30/92. Ciertamente, contra lo considerado por el Dictamen, no parece que la pretensión normativa de la regulación proyectada sea eliminar la existencia de la vista y audiencia en este procedimiento, ni su literalidad permite presuponer que el órgano actuante, además de deber realizar la actuación que establece, está habilitado por él para eludir aquélla.

- Quizás más cuestionable sea el precepto del artículo 5.9 del Proyecto, aunque no está tan claro como pretende el Dictamen que su mandato vulnere los artículos 43 y 44, Ley 30/92. Así, podría discutirse la naturaleza del apartado c) del número 2 del artículo 43 citado, cabiendo entender, al contrario que hace el Dictamen, que no es una norma de cierre que se añade a los supuestos previstos explícitamente en los apartados anteriores, respetándolos, sino una norma general advirtiendo que, tanto en los supuestos anteriores como en cualesquiera otros, no puede entenderse la existencia de silencio positivo cuando la específica normativa ordenadora de cada caso lo niegue expresamente.

En realidad, esta lectura resulta no sólo técnica o lógicamente posible, sino mas respetuosa de la procedencia o exigencia aún que pueda presentar, en relación con el interés público a defender en un contexto comercial o de medio ambiente y con la apreciación del supuesto en cada territorio o situación, la negación del indicado

silencio en determinadas circunstancias o supuestos prevista explícitamente por la específica normativa, incluyendo aquéllos en los que, de no existir esta concreta previsión en contrario, en principio se daría por determinación legal ese silencio. En todo caso, no se acierta a comprender como y en que vulnera esta regulación proyectada el artículo 44.2, Ley 30/92.

- Finalmente, tampoco considero correcto sostener que las disposición transitoria del Proyecto pugna con los artículos 38, 51.3 y 53.1 de la Constitución o, extrañamente, con el artículo 2.3 del Código Civil. Es evidente que la normativa a establecer no vulnera el derecho a la libertad de empresa en absoluto, pero tampoco supone, actuando en ejecución de norma autonómica y, se dice, de norma básica estatal, la conculcación del principio de reserva legal en este punto.

En este contexto y con semejante presupuesto, es lo cierto que el tenor literal del precepto y, sobre todo, su finalidad parecen indicar suficientemente lo inapropiado o, en cualquier caso, incoherente y desproporcionado de la crítica del Dictamen al respecto.