



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 187/2002

(Pleno)

La Laguna, a 18 de diciembre de 2002.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Ley regulador de la licencia comercial específica (EXP. 170/2002 PL)**.

FUNDAMENTOS

I

Mediante escrito de 10 de diciembre de 2002, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno interesa, en virtud de lo previsto en los arts. 11.1.A.b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias [LCCC], preceptivo Dictamen por el procedimiento de urgencia del art. 20.3 LCCC, en relación con el Anteproyecto de Ley [APL] por el que se pretende regular la licencia comercial específica.

La solicitud de Dictamen viene acompañada de, entre otros, los preceptivos informes de legalidad acierto y oportunidad de la Dirección General de la Dirección General de Comercio; del Servicio Jurídico; del Consejo Económico y Social; así como del preceptivo certificado de los acuerdos gubernativos de toma en consideración del APL y de solicitud de Dictamen a este Consejo.

Se cumplen, pues, los requisitos de orden formal que la legislación de aplicación dispone para iniciativas normativas como la que se dictamina, salvo en lo que se refiere al extremo que en el fundamento siguiente se trata.

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

II

El instrumento normativo recibido, como se ha expresado, tiene la condición de Anteproyecto de Ley.

En relación con el grado de cumplimiento por el Gobierno del trámite de consulta imprescindible, que preceptivamente corresponde sea observado de forma plenamente ajustada a lo determinado legalmente al respecto, este Consejo ha expresado reiteradamente que, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.1 Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC) y en el art. 11.1.A.b) LCCC, el objeto del Dictamen a recabar en esta materia no debe ser un Anteproyecto de Ley, sino un Proyecto, con todas las consecuencias inherentes, en relación con el carácter del instrumento que ha de ser analizado jurídicamente, a fin de que el ejercicio de la facultad de iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno no se encuentre afectado por vicios formales derivados de la inobservancia de la expresada obligación estatutaria y legalmente establecida. Lo que se vuelve a manifestar en interés del propio órgano gubernativo y, en todo caso, del Parlamento como poder estatutario competente para valorar este aspecto y también para acordar, en su caso, la procedencia de volver a someter el instrumento prenormativo a la consideración del Consejo Consultivo.

Por las razones señaladas, la previsión legal de que el Proyecto de Ley se remita al Consejo para ser dictaminado antes de la aprobación definitiva por el Gobierno, no permite el entendimiento de que el objeto del Dictamen sea un Anteproyecto de Ley.

III

1. La Comunidad Autónoma cuenta con competencias en materia de "comercio interior, defensa del consumidor y usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia" y de "ordenación y planificación de la actividad económica en el ejercicio de sus competencias", que han de ejercitarse "de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria y crediticia estatal y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131, 149.1.11 y 13 de la Constitución" [Art. 31.3 y 4 del Estatuto de Autonomía, EAC].

Existe en esta materia una múltiple incidencia de títulos competenciales y no sólo los expresados de manera directa o indirecta por el tenor estatutario, sino también los referentes a materia civil, mercantil y hasta procesal, que corresponden

constitucionalmente al Estado (art. 149.1.18 de la Constitución, CE), aunque en este caso no son de consideración. El solapamiento de títulos -carácter pluri o interdisciplinario de la materia, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 71/1982- exige determinar en cada caso a cuál de ellos se ha de reconducir una determinada cuestión a regular, lo que se evidencia de la lectura de la disposición final única de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), que distingue los distintos niveles de intervención normativa de uno y otro Ente territorial.

En todo caso, la reserva de ley que la Constitución impone [art. 51.3] para la ordenación del comercio interior se salvaguarda, es patente, en este supuesto mediante la formulación del texto prenormativo de rango legal que se somete a la consideración del Consejo.

2. El TC ha ido depurando la delimitación de una y otra clase de materias y, consecuentemente, de títulos mediante las Sentencias 71/1982, 95/1984, 91/1985, 69/1988, 152/1988, 88/1986, 15/1989, 225/1993, 227/1993, 264/1993, y 208/1999. Sin pretender ser exhaustivos, de tal doctrina se desprende la dificultad de aislar unos y otros conceptos, aunque resulta claro que la defensa de la competencia persigue impedir conductas empresariales que traten de obstaculizar el desarrollo de la competencia en el mercado, conectándose así con el comercio interior y la defensa de los usuarios y consumidores.

Según la STC 208/1999, la aludida defensa de la competencia tiene por objeto "la ordenación o el buen funcionamiento del mercado", haciendo posible que la competencia sea eficaz y suficiente, e impidiendo posiciones dominantes de determinadas empresas, pues la "libertad de empresa y la economía de mercado se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales" del mercado [STC 208/1999]. Ello determina que la defensa de la competencia queda "al menos en parte incluida en la de comercio interior" [STC 208/1999].

La defensa del consumidor tiene por objeto, justamente, la defensa del ciudadano como receptor de determinados productos, aunque es obvio que una ordenación adecuada de la competencia afecta a los consumidores; y, al contrario, la defensa de los consumidores obliga muchas veces a limitar las conductas empresariales en el mercado. Por ello, será siempre necesario acudir a "criterios teleológicos" [STC 264/1993] a los efectos de adscribir una cuestión concreta -o su expresión normativa- a uno u otro título competencial de orden material.

Definidos en tales términos tanto el objeto, como los límites de los títulos competenciales determinantes en este supuesto, sobre el trasfondo de la libertad de empresa y la economía de mercado constitucionalmente garantizadas, parece claro que en general el PL, en cuanto procede a regular las cuestiones previstas en la LOCM, con carácter básico, sobre la licencia específica de los grandes establecimientos comerciales, se ajusta a las competencias autonómicas habilitantes al efecto y a los límites estatutariamente previstos a su ejercicio, ordenando la misma sobre la base de criterios que figuran en la PPL y en la propia LOCM y, en ese sentido, la concurrencia de las empresas en el mercado, incluyendo en algún caso límites porcentuales a su grado de participación en el mismo.

IV

Así, se proyecta la regulación legal de la mencionada licencia comercial específica a la que se refiere el art. 6 LOCM, de carácter básico [disposición final única LOCM], al ser un asunto que se reconduce a la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.13 CE. Según el mencionado precepto legal básico, la "apertura de grandes establecimientos comerciales estará sujeta a una licencia comercial específica, cuyo otorgamiento corresponderá a la Administración autonómica". Asimismo, es la Comunidad Autónoma la competente para establecer los "requisitos en virtud de los cuales se otorgará la calificación de gran establecimiento" [art. 2.3 LOCM, asimismo básico].

La propia Ley, sin embargo, incorpora una condición objetiva o material, al decir que "en todo caso, tendrán esta consideración (...) los establecimientos comerciales que destinándose al comercio al por menor de cualquier clase de arts., tenga una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados" [art. 2.3 LOCM]. Precepto cuya incorporación a la Ley sólo puede tener un sentido: que diga lo que diga la Comunidad, será gran establecimiento -a los que la propia Ley anuda la concesión de la licencia específica- aquellos con una superficie superior a los 2.500 m².

Cabe, pues, que la Comunidad otorgue la calificación de gran establecimiento a algunos con una superficie menor, aunque habrá que convenirse que el gran establecimiento hace referencia a un concepto comercial y mercantil distinto -si no opuesto- al denominado pequeño comercio.

El PL contempla las siguientes categorías de establecimientos a los que se exige licencia específica: Centros comerciales; grandes establecimientos; establecimientos comerciales de descuento duro; establecimientos dedicados total o preferentemente a la venta de saldo; y establecimientos con gran implantación comercial.

Dado que la LOCM anuda la exigencia de licencia específica a los grandes establecimientos, de las cuatro categorías de establecimientos a los que el PL somete a la necesidad de contar con dicha previa licencia comercial sólo dos de ellas son integrables en el mencionado concepto de gran establecimiento: la que denomina de tal manera, así como los centros comerciales, en los que la superficie de venta total de los establecimientos integrados en ellos supere los 6.000 metros cuadrados.

La tercera categoría a la que se trata al extender el mismo régimen de exigencia de licencia específica corresponde a los establecimientos que se dediquen al descuento duro o a la venta a saldo [art. 1.c PL], para los que basta una superficie superior a 400 m² [art. 4.1.A.a) y 2 PL] o ni siquiera esa superficie, pues las cuatro condiciones que se exigen en tal precepto no son acumulativas, bastando con cumplir "al menos dos", pudiendo no ser justamente la de la superficie mínima.

Y por último, la cuarta categoría sometida a la necesidad de obtención previa de este tipo de licencia, la de los establecimientos con gran implantación comercial [art. 5 PL], concierne a que sean explotados por personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades comerciales dentro de la Comunidad Autónoma Canaria en establecimientos que, en su conjunto, superen un total de 25.000 metros cuadrados de superficie.

Respecto a las dos últimas categorías señaladas, aunque la previsión del último inciso del apartado 1 del art. 6 de la LOCM está referida a la posibilidad de someter a "autorización administrativa" autonómica otros supuestos relacionados con la actividad comercial, que podría ser distinta de la licencia comercial específica, la competencia autonómica cubre también la opción elegida en el PL de aplicarles el mismo régimen, concebido en la norma estatal básica sólo para la instalación de grandes superficies.

En cualquier caso, la legislación autonómica vigente sobre la materia ha efectuado una plural y no uniforme interpretación del concepto gran establecimiento, categoría en la que caben establecimiento de cualquier tipo y

utilizándose criterios tan dispares como superficie, volumen de negocio, o número de trabajadores.

V

Resueltas las eventuales dudas de adecuación de carácter general, quedando también despejada la concerniente a la constitucionalidad de que tal licencia especial preceda y se superponga a las licencias municipales, particularmente en relación con el respeto a la autonomía local constitucionalmente garantizada (SSTC 262 y 264/93), al haber formulado al PL las siguientes observaciones:

1. La transmisión no autorizada se configura como supuesto de revocación sin indemnización [art. 10.c) PL] y como supuesto sancionable [art. 12.1 PL]. Dado que es posible la transmisibilidad de las licencias previa autorización administrativa "que se otorgará tras la tramitación del correspondiente procedimiento conforme a los **criterios que se establezcan reglamentariamente**" [art. 11], la norma debe completarse con la determinación de dichos criterios o fijación de una cláusula de cierre, en orden a que el establecimiento reglamentario de aquéllos se ciña adecuadamente a las previsiones de la legislación básica o autonómica al respecto, sin incurrir en un supuesto de deslegalización no conforme constitucionalmente dada la reserva legal en la materia.

2. Disposición adicional única. Se crea el denominado censo de establecimientos comerciales, al que se atribuye "carácter meramente interno". La publicidad de la actuación administrativa es la regla del sistema, con las excepciones del art. 106.b) CE. Al decir "meramente interno", se da a entender que su acceso es restringido para los ciudadanos o, incluso, a los propios interesados. Pues bien, el régimen jurídico y acceso a los Registros está regulado en el art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y a sus previsiones habrá que estar, de modo que, si dicho censo se trata de configurar sin el alcance de un Registro o con el de uno que sirva a fines exclusivamente estadísticos, dentro del ámbito de la función estadística pública (art. 37.6 d) LRJAP-PAC), debe ser así determinado explícitamente.

3. Disposiciones transitorias primera y tercera. Pese a la distinta intitulación de estas transitorias, en ambos casos se trata de licencias en tramitación. En realidad, el supuesto contemplado en la disposición transitoria tercera es una excepción a la regulación de la primera, pues se aplicaría la nueva regulación al supuesto que

contempla, aunque expresamente no se dice. Incluso podría ser el contenido de una disposición adicional, pues el primer efecto que se contempla es el archivo del expediente. No estaría de más, por cierto, la previsión de que tal circunstancia se ha de poner en conocimiento previo de los interesados a los efectos de, en su caso, reformular los términos de su solicitud inicial.

4. Otras observaciones de ajuste técnico normativo:

a) Disposición transitoria octava. Su contenido (aplicación temporal de la legalidad vigente hasta que se proceda al desarrollo reglamentario de la ley que resulte) ya se encuentra implícitamente contemplado en la disposición final primera PL.

b) Debe considerarse que no sea computable, en relación con el otorgamiento de la licencia comercial específica para cualquiera de las categorías que el PL pretende someter a dicha exigencia, la superficie de los establecimientos de ocio y restauración que existan instalados o se proyecten ubicarse dentro del perímetro de que se trate.

c) El art. 3.1 PL habla de población de hecho como criterio delimitador, de difícil concreción. Debe precisarse el concepto o los medios para su concreción.

d) En el art. 3.2 PL se habla de unos "grandes establecimientos polivalentes", sin que se precise tal concepto.

e) Art. 4. El PL fija un criterio objetivo para los establecimientos de descuento duro [30%], por lo que parece digno de consideración que igual criterio se siga para los establecimientos dedicados a la venta de saldo.

f) En el art. 3 la superficie útil es de "exposición y venta" y en el art. 5, en cambio, tal superficie sólo lo es de venta.

CONCLUSIONES

1.- El texto prenormativo dictaminado se ajusta al orden constitucional y estatutario, respetando el sistema de distribución competencial establecido, que permite a la C.A.C. regular la materia sobre que versa el proyecto analizado.

2.- En el Fundamento V se formulan determinadas observaciones al articulado.