



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 6 / 2 0 0 5

(Pleno)

La Laguna, a 21 de diciembre de 2005.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y se establecen los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias (EXP. 335/2005 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 9 de diciembre de 2005, en virtud de lo previsto en los arts. 11.1.B.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita, Dictamen en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y se establecen los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias.

2. La solicitud de Dictamen viene acompañada de, entre otros, los preceptivos informes de legalidad, acierto y oportunidad de la Dirección General de Comercio, de fechas 16 de noviembre de 2005 y 28 de noviembre de 2005; del Servicio Jurídico, de fechas 24 de octubre de 2005 y 18 de noviembre de 2005; de las Comisiones Insulares de Comercio de las Islas de La Gomera, Tenerife, La Palma, El Hierro, Lanzarote, Fuerteventura y Gran Canaria; de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, de 24.11.2005; de la Inspección General de Servicios, de 28 de noviembre de 2005; y de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial. Se ha dado cumplimiento tanto al trámite de audiencia como al trámite formal de acompañar a la solicitud de Dictamen el certificado de los Acuerdos

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

gubernativos de toma en consideración del Proyecto de Decreto y de solicitud de Dictamen a este Consejo.

Se cumplen, pues, los requisitos de orden formal que la legislación de aplicación dispone para el conocimiento de iniciativas normativas como la que se dictamina.

II

1. El referido Proyecto de Decreto (PD) se dirige a desarrollar, fundamentalmente, determinaciones de la Ley 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la Licencia Comercial Específica (LLCE); que, a su vez, desarrolla normas de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de carácter básico.

Es preceptiva la solicitud de Dictamen, habida cuenta que la propuesta normativa de que se trata es un Proyecto de Reglamento de carácter ejecutivo, según lo antes expresado. En todo caso y en lo que eventualmente excediera tal pretensión en orden a desarrollar bases normativas estatales en la materia a regular, también habría de requerirse el Dictamen previo [cfr. art. 11.1.B.b) de la Ley del Consejo Consultivo, en relación con los arts. 32 y 15.2 del Estatuto de Autonomía y 33 de la Ley autonómica 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias].

Todo ello, naturalmente, con el debido sometimiento tanto a las normas legales a desarrollar, como al principio de reserva de ley, en su caso.

Y es que, además, se pretende el desarrollo reglamentario de un texto legal que afecta al derecho fundamental de libertad de empresa reconocido por el art. 38 de la Constitución, en cuanto impone para el ejercicio de determinada modalidad -la explotación de los denominados grandes establecimientos comerciales- la obtención previa de una licencia. La STC 227/1993, de 3 de julio, mantiene la constitucionalidad de la apertura condicionada de estos centros comerciales de gran superficie que no vulnera el derecho a la libertad de empresa o a la unidad del mercado nacional ni a la libertad de establecimientos; principio de libertad de empresa que se ejerce dentro de un marco configurado de reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente y organizan el territorio.

Y, precisamente, en este caso existe Ley autonómica objeto directo de desarrollo.

2. Este Consejo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones en relación con la materia a que se contrae la norma reglamentaria propuesta: El procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y el establecimiento de los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias. En efecto, el Dictamen 54/1997, de 28 de mayo, tuvo por objeto el Proyecto del posterior Decreto 158/1998, de 10 de septiembre, por el que se regulaba el procedimiento de concesión de la licencia comercial para los grandes establecimientos comerciales; el Dictamen 187/2002, de 18 de diciembre, se centró en el análisis de el entonces Proyecto de la Ley 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la Licencia Comercial Específica; y el Dictamen 58/2003, el Proyecto del Decreto 54/2003, de 30 de abril, por el que se modificó el Decreto 237/1998, de 18 de diciembre, por el que se aprobaban los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias.

Debe indicarse, en relación con el citado tracto normativo, que mediante Ley 4/1994, de 25 de abril, se aprobó la Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias (LOAC), cuyos arts. 14, 16 y 17 regulaban aspectos concernientes a las licencias de apertura de establecimientos comerciales y a los criterios de equipamiento comercial. El citado art. 14 fue desarrollado por el citado Decreto 158/1998 y los arts. 16 y 17 lo fueron por el Decreto 237/1998, modificado posteriormente por el Decreto 54/2003. Mediante la citada Ley 10/2003 se derogaron los arts. 14 a 18 y 47.8 LOAC en los que aquellos Decretos encontraban su parámetro de validez material. No obstante lo cual, estos no fueron expresamente derogados, por lo que han seguido vigentes y aplicados hasta la fecha en todo lo que no se opusieran a la citada Ley 10/2003, de 3 de abril, tal como vino a señalar, con distinta fundamentación, la Sentencia 767/2002, de 5 de junio, recurso nº 85/99, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, en relación con la impugnación del Decreto 237/1998, de 18 de diciembre. Exactamente, hasta que entre en vigor la norma reglamentaria que ahora se encuentra sometida a Dictamen, pues su disposición derogatoria deroga, justamente, los citados Decretos 158/1998, de 10 de septiembre, 237/1998, de 18 de noviembre, y 54/2003, de 30 de abril.

III

1. La norma proyectada tiene por objeto, según el art. 1 del PD, establecer: A. El procedimiento de concesión de licencia comercial específica, y, B. Los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias que se tendrán en cuenta para su otorgamiento. Se trata, pues, de determinar si la norma reglamentaria propuesta, en lo que concierne a las aludidas materias a las que se refiere, se sitúa dentro del parámetro legal de aplicación, integrado por leyes de diverso ámbito, tanto del Estado como de la Comunidad Autónoma de Canarias. Así, por un lado, es referencia de validez del Proyecto de Decreto, la citada Ley 7/1996, de 15 de enero; arts. 2, 3, 6.1 y 2, y 7, por tratarse de preceptos con la consideración de normativa básica dictada al amparo del art. 149.1.13ª CE, según la disposición final única, apartado cuarto, de la Ley 7/1996, y también las citadas autonómicas 4/1994, de 25 de abril, arts. 13, 16 y 18 y, más concretamente, la Ley 10/2003, de 3 de abril, que deroga los citados arts. 16 y 18, y que tiene por objeto precisamente la Licencia Comercial Específica.

2. Por lo que atañe al régimen de competencias existentes en la materia, nos remitimos a lo que este Consejo expuso en su Dictamen 187/2002, que tuvo por objeto el Proyecto de la citada Ley 10/2003:

“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, 149.1.11ª y 13ª de la Constitución [art. 31.3 y 4 del Estatuto de Autonomía, EAC]”.

Existe en esta materia 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. 149.1.18ª de la Constitución, CE), aunque, en este caso, no son de consideración. El solapamiento de títulos -carácter interdisciplinario de la materia, señala 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 del contenido de la disposición

final única de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), que distingue los diversos niveles de intervención normativa (reglas, 6ª y 8ª del art. 149.1 de la CE; regla 21ª del art. 149.1 de la Constitución; regla 13ª del art. 149.1 y 1ª y 18ª del art. 149.1 de la CE) y de aplicación la normativa estatal restante en defecto de legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas.

En todo caso, la reserva de ley que la Constitución establece, art. 51.3, para la ordenación del comercio interior se acata, en este caso, con la formulación del texto prenormativo de rango reglamentario, Proyecto de Decreto, que se somete a la consideración de este Consejo.

El Tribunal Constitucional ha ido depurando la delimitación de una y otra clase de materias y, consecuentemente, de títulos mediante, entre otras, 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, 227/1993, 264/1993, 124/2003 y 157/2004. 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. Ello determina que la defensa de la competencia quede "al menos en parte incluida en la de comercio interior".

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, de 22 de junio) a los efectos de adscribir una cuestión concreta -o su expresión normativa- a uno u otro título competencial de orden material.

Del mismo modo, la normativa básica del Estado no vulnera competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en las materias de comercio interior y urbanismo. Así, la exigencia de un informe preceptivo y no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia, si dicho informe se refiere a licencias comerciales específicas para grandes establecimientos cuando su instalación pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico (STC 124/2003, de 19 de julio). En los demás casos, la emisión de dicho informe debe considerarse una facultad ejecutiva que corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud de su competencia exclusiva sobre comercio interior.

Tampoco existe vulneración del principio de autonomía municipal, por la autorización especial que responde al carácter supramunicipal de los intereses derivados por la instalación de este tipo de centros comerciales (STC 264/1993, de 22 de junio). En consecuencia, atendiendo al contenido del Proyecto de Decreto, éste se ajusta a la distribución de competencias que, en materia de comercio interior, establece la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Canarias y la normativa aplicable.

IV

1. Por lo que atañe al procedimiento de la licencia comercial específica, de la legislación aplicable resulta que la misma se exige a los que obtengan la calificación de "gran establecimiento" en las modalidades de: A. "Centros comerciales"; B. "Grandes establecimientos comerciales"; C. "Establecimientos comerciales de descuento duro y establecimientos dedicados total o preferentemente a la venta de saldo"; y, D. "Establecimientos comerciales titularidad de empresas o grupos de empresas con gran implantación comercial", cuyos requisitos fijan las Comunidades Autónomas (art. 2.3 LOCM) y su apertura está sujeta a una licencia comercial específica cuyo otorgamiento corresponderá a la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que ésta pueda también someter a autorización administrativa otros supuestos de la actividad comercial (art. 6.1 LOCM). Tal licencia es concedida por la Administración autonómica (arts. 6.1 y 7 LOCM) con ponderación *especial* del equipamiento comercial de la zona afectada -definido en el art. 6.3 LOCM- y los efectos en "la estructura comercial de aquélla" (art. 6.2 LOCM), definidos tales efectos en el art. 6.4 LOCM, previo informe preceptivo "en todo caso" del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 6.2 LOCM, segundo párrafo). Tales contenidos, básicos se acatan en la ley territorial (Ley 10/2003, de 3 de abril) con este alcance:

La licencia se concederá con carácter previo al otorgamiento de las preceptivas licencias urbanísticas, de apertura, modificación, ampliación y traslado de los establecimientos antes aludidos (art. 1 LLCE); clasificados en los términos de los arts. 2 y 3 LLCE, con especial referencia a los dedicados al denominado descuento duro y venta a saldo (art. 4 LLCE) y a los de titularidad de empresas o grupos de empresas con una gran implantación comercial (art.5 LLCE), que se definen en el art. 6 LLCE; grupo de empresas conforme a los "criterios para el otorgamiento de las licencias comerciales específicas" (art. 7 LLCE); y el procedimiento relativo a las licencias comerciales específicas (art. 8 LLCE), destacando la intervención del denominado Servicio Canario de Defensa de la Competencia cuya creación debiera haber acontecido antes del 24 de julio de 2003 (disposición adicional cuarta LLCE). Finalmente, regula la caducidad de la licencia comercial específica (art. 9 LLCE), su revocación (art. 10 LLCE), su transmisión (art. 11 LLCE) y el régimen sancionador (art. 12 LLCE).

2. El Proyecto de Decreto se desarrolla, pues, dentro de los parámetros materiales de habilitación legal aplicable.

La habilitación legal para ordenar el objeto que se pretende (art. 1 PD) se encuentra, por lo que al procedimiento de otorgamiento de la licencia se refiere, en el art. 8.2 LLCE, en el que se establece que "reglamentariamente se regulará el contenido de la solicitud de las licencias comerciales específicas y la documentación que deberá ser acompañada por el solicitante, así como el procedimiento que se deberá tramitar para su otorgamiento", con las especificaciones que se enumeran en el art. 8.2 [a), b), c) d), e) y f)] y 8.3 de la Ley.

Por lo que atañe al procedimiento de concesión de la licencia específica, la ordenación propuesta se ajusta al parámetro de aplicación.

Así, el art. 2 PD reitera el art. 1 LLCE. El art. 3 PD -que distingue dentro de los grandes establecimientos comerciales entre grandes establecimientos comerciales polivalentes (A. Hipermercado, B. Gran Almacén y C. Otros grandes establecimientos) y grandes establecimientos comerciales especializados (A. Supermercados; B. Equipamiento personal; C. Equipamiento para el hogar de venta de productos para el hogar y electrodomésticos; D. Muebles; E. Establecimiento especializado en material de construcción, saneamiento, ferretería, bricolaje; y F. Otros equipamientos no contemplados en los apartados anteriores o pertenecientes a otros sectores)- no es

sino desarrollo y concreción del art. 3.2 LLCE, que habla, justamente, de “otros grandes establecimientos polivalentes”. El art. 4 PD define los conceptos de “superficie útil de venta al público” -a que se refiere el art. 3 LLCE- y “superficie edificada o construida y superficie de aparcamientos”. El art. 5 PD define la “población de hecho” a que se refiere el art. 3.1 y 2 LLCE. El art. 6.1 PD “Otorgamiento de la Licencia específica” acata el art. 8.1 LLCE, por lo que no suscita reparo alguno. El art. 6.2 PD se ajusta al art. 1.1 LLCE.

El art. 8 PD guarda relación con el art. 8.2 LLCE, que dispone que reglamentariamente se regulará el contenido de la solicitud de las licencias comerciales específicas y de la documentación que deberá ser acompañada por el solicitante. Y el art. 9.1, 2, 3 y 5 PD se adecua a lo ordenado en el art. 8 LLCE, en cuanto al desarrollo reglamentario de la tramitación para su resolución.

En cuanto a los arts. 8.1.f), 10.2.g) y 11.1.h) PD, se debería sustituir la frase “disponibilidad del suelo” por la *disponibilidad del bien*.

Nada hay que objetar al procedimiento especial (para los establecimientos dedicados a la venta de saldos con superficie útil de venta al público igual o inferior a trescientos metros cuadrados) previsto en el art. 10 PD, ni al procedimiento de concesión para establecimientos comerciales de titularidad de empresas o grupos de empresas con una gran implantación comercial (art. 11 PD).

El art. 13 PD concreta el contenido del “informe de impacto social y económico”, aunque tanto la Ley básica (art. 6.2 LOCM) como la Ley autonómica (art. 5.4 LLCE) sólo contemplan el preceptivo informe en relación con efectos que se produzcan en la “estructura comercial”.

Y el art. 14 PD, transmisión de la licencia comercial específica, desarrolla el art. 11 LLCE.

3. Los criterios generales establecidos por el Proyecto de Decreto obedecen a razones de política económica. No obstante, el Ordenamiento jurídico impone algunos límites a este respecto y, en su consecuencia, la necesidad de atender también a ciertos principios.

La Constitución, en primer término, reconoce la libertad de empresa (art. 38 CE) como derecho fundamental (art. 53.2). Los derechos fundamentales pueden tener límites tanto generales como específicos (así en el supuesto de la libertad de

empresa: El mismo art. 38), siempre con base en todo caso en la ley (art. 53.2 CE); pero es claro que también existen “límites a los límites”: Los establecidos en su caso han de ser interpretados en fase de aplicación restrictivamente (como consecuencia del principio *favor libertatis*); y en todo caso han de responder a criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Por otro lado, la Jurisprudencia comunitaria impone igualmente la satisfacción de estas mismas exigencias en la materia que nos ocupa y garantiza la vigencia de los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2003 y 27 de octubre de 2005).

En cualquier caso, y satisfechas estas exigencias, es lo cierto también que el Derecho admite la planificación de la actividad comercial como técnica jurídica (posible, incluso, al margen de la propiamente urbanística, aunque han de propiciarse en tal caso los adecuados mecanismos de coordinación) como límite a la libertad de empresa que no es un derecho absolutamente incondicionado; y, por consiguiente, cierto es el establecimiento de criterios ordenadores de dicha actividad desde los poderes públicos. Y el expediente aportado por la Administración en este caso pone asimismo de relieve que la norma proyectada no obedece a un mero voluntarismo puramente selectivo: Por un lado, acredita una alta participación administrativa y social en el curso de la elaboración del Proyecto de Decreto y, por otro lado, descansa además sobre un amplio material en defensa de los planteamientos que finalmente acoge.

Por lo que concierne a la ordenación proyectada en relación con los criterios generales de equipamiento comercial -previstos en el art. 7 LLCE-, tampoco hay que objetar nada al respecto. En realidad, la regulación que a tales criterios se dedica en la norma proyectada (arts. 15 a 19 PD) es reproducción del Decreto 237/1998 (arts. 7 a 11), salvo matices (zona de atracción comercial I: Municipios y áreas periurbanas que se sustituye por Municipios y áreas metropolitanas) que se explica por la derogación que tendrá lugar una vez que el Proyecto de Decreto quede aprobado, salvo determinados añadidos como “efectos sobre el empleo” [art. 16.d) PD] o como la incorporación de algunos Municipios en la Zona de Atracción Comercial, grado II, San Bartolomé [art. 18.2.f) PD] y una sexta zona de Atracción Comercial de Grado III, Yaiza [art. 18.3.f) PD]; o la modificación del índice del art. 19.2.A.2 (de 0.07 a 0.04 m²) y un parcial desarrollo de previsión legal [art. 19.2.A.9 y 10 PD] en relación con los establecimientos de descuento duro o de saldo.

4. Por lo que atañe a la parte final del Proyecto de Decreto dictaminado, en su disposición transitoria primera, cabría mantenerse que tanto los criterios y niveles de saturación, como el procedimiento a seguir respecto a las solicitudes de licencia en trámite, fuesen los establecidos en las normas vigentes, en el momento de presentarse dichas solicitudes.

Desde luego, no se ignora que el Derecho transitorio es una prescripción dirigida a facilitar el tránsito de una normativa a otra mediante la fijación del régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes, o bien, a establecer una regulación sustantiva propia para algunas situaciones pendientes de modo que, aunque sea jurídicamente admisible, ello pudiera generar otro tipo de acciones jurídicas.

En definitiva, el objeto de una norma transitoria no debería perjudicar derechos o estados anteriores, resultantes de presentación de solicitudes admitidas a trámite y con un contenido conforme al Derecho vigente, resolviéndose la cuestión correctamente según la teoría *tempus regit actum*, con aplicación de la norma vigente en el tiempo en que el hecho fue jurídicamente realizado. Sin que a ello obste, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, que la nueva norma excluya expresamente la eficacia de la anterior regulación, o bien, conceda la facultad de poder optar entre los dos regímenes jurídicos.

La disposición transitoria segunda repite lo dispuesto en los arts. 5 y 6 LLCE, señalando el plazo de un mes para comunicar a la Dirección General competente en materia de comercio la relación de establecimientos, su ubicación y superficie. Se reitera el alcance de la expresión "grupo de empresas", de manera literal, art. 6 LLCE, sin incluir en este concepto, a través de la norma reglamentaria objeto de análisis, otros supuestos que pongan de manifiesto un evidente grado de dependencia entre empresas, enseñas o establecimientos.

C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y se establecen los criterios generales de equipamiento comercial de Canarias, se ajusta al marco jurídico normativo de aplicación y contraste.