



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 2 / 2 0 1 3

(Pleno)

La Laguna, a 10 de junio de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del acuerdo de interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a los arts. 27 y 28 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (EXP. 177/2013 RI)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Presupuestos de la solicitud de Dictamen.

a) Solicitud y carácter del Dictamen.

El Presidente del Gobierno de Canarias, mediante escrito de 19 de abril de 2013 (RE de 25 de abril), interesó la emisión de preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.C.a), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el Acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 27 y 28 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

De conformidad con el art. 21 LCCC, el Gobierno, al tiempo que adopta el acuerdo de interposición del recurso, solicita simultáneamente el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias.

La solicitud viene acompañada del preceptivo certificado (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio) del Acuerdo gubernativo, adoptado en sesión celebrada el día 11 de abril de 2013.

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

Obra, asimismo, en las actuaciones el preceptivo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico (art. 20.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero), emitido el 11 de abril de 2013.

b) Legitimación del Gobierno de Canarias.

El art. 162.1.a) de la Constitución Española (CE) reconoce legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Asimismo, el art. 32.2 LOTC atribuye legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto, si se trata de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado, que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía.

Igualmente, la legitimación del Gobierno de Canarias para interponer recurso de inconstitucionalidad resulta de los artículos 15.4 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EA) y 23 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 199/1987 considera que *“la Comunidad Autónoma que recurre contra una Ley del Estado, está legitimada para actuar no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que regula, en la medida que en el ejercicio o despliegue de las funciones que le corresponden puede verse afectado -como textualmente dispone el art. 32.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal- por la norma recurrida”*.

El Gobierno de Canarias ha considerado que los arts. 27 y 28 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad vulneran el bloque de constitucionalidad, por lo que se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra dichos artículos del referido Real Decreto-Ley.

c) Plazo de interposición del recurso.

1. El ya citado Real Decreto-Ley 20/2012 se publicó en el BOE número 168, de 14 de julio de 2012. De conformidad con lo dispuesto en el art. 33.1 LOTC, se dispone de un plazo de tres meses para interponer el recurso a contar desde la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley que se recurra. Ahora bien, conforme con el art. 33.2 LOTC el plazo de tres meses se amplía a nueve si se reúne la Comisión

Bilateral de Cooperación, se adopta acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias y dicho acuerdo es puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley.

En este caso, de conformidad con el citado art. 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el Gobierno de Canarias planteó la apertura de negociaciones, lo que se formalizó mediante acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias de 4 de octubre de 2012 (BOC y BOE de 31 de octubre) dando conocimiento del mismo al Tribunal Constitucional conforme prescribe su ley orgánica. Durante el plazo de seis meses habilitado para las negociaciones se han intentado en el marco de la Comisión Bilateral de Cooperación, habiéndose reunido al efecto el grupo de trabajo constituido a tal fin sin resultado positivo, adoptándose el acuerdo para la interposición del recurso antes del vencimiento del plazo de interposición del mismo.

2. Procede, de manera preliminar, realizar una observación de carácter formal, como ya hiciéramos en anteriores ocasiones sobre recursos de inconstitucionalidad, en relación con el hecho, legalmente previsto por otra parte, de que el Gobierno haya solicitado el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo simultáneamente con el acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad.

La Ley de este Consejo (art. 21) permite al Gobierno la solicitud simultánea. Sin embargo, no impone esa solicitud simultánea. El Consejo Consultivo es un órgano al que corresponde pronunciarse con carácter previo acerca de la constitucionalidad de las leyes y de garantía de las competencias de la Comunidad Autónoma. La regla, pues, es que tal actuación sea, en cuanto previa, materialmente eficaz e institucionalmente coherente. En este sentido, en el apartado 3 del Acuerdo del Gobierno se solicita simultáneamente Dictamen preceptivo a este Consejo *“respecto de la interposición del recurso de referencia”*, simultaneidad que permite también el art. 9.3 del Reglamento y Organización de este Consejo, si bien, añade el citado precepto, *“para que pueda disponerse del mismo con antelación suficiente que permita el conocimiento de su contenido por el órgano solicitante”*. Sin embargo, como también expusimos en los Dictámenes 523/2012, 591/2012, 50/2013 y 59/2013, dicha simultaneidad difícilmente se podrá alcanzar ya que por providencia de fecha 7 de mayo de 2013 y publicada en el Boletín Oficial del Estado número 117 de 16 de mayo de 2013, el Pleno del TC acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Canarias contra los preceptos ya

señalados del RDL 20/2012. En definitiva, la solicitud de Dictamen simultáneamente a la adopción del acuerdo de interposición tiene una indudable incidencia en la efectividad del pronunciamiento de este Consejo.

d) Objeto del Dictamen.

Como se ha indicado, se interesa Dictamen sobre el Acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad respecto a los arts. 27 y 28 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

II

Fundamento del recurso de inconstitucionalidad.

El Acuerdo del Gobierno de interposición del recurso de referencia analiza los artículos 27 y 28 del Real Decreto-Ley 20/2012, al ser modificativos de otras disposiciones, desde la perspectiva del alcance de los títulos competenciales que amparan aquellos preceptos y los que vienen a modificar.

Así, a tenor de lo establecido en la disposición final cuarta del RD-Ley 20/2012, los arts. 27 y 28, que se insertan en el título V, rubricado "*Medidas de liberalización comercial y de fomento de la internacionalización empresarial*", se han dictado al amparo del art. 149.1.13ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

1) Por su parte, el art. 27 viene a modificar determinados preceptos de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales (LHC), que fue dictada al amparo, también, del art. 149.1.13ª CE, si bien, respecto a ella, reconoce la competencia autonómica en materia de comercio interior, que, para Canarias, se determina en el art. 31.3 EAC.

El art. 27, en su apartado uno, modifica el art. 3.1 de la LHC, en relación con el horario global, de forma que, si bien continúa reconociendo la capacidad autonómica de intervención, sin embargo, según el Acuerdo de Gobierno, la reduce a unos límites tales que la convierten prácticamente en inexistente, al pasar de 72 horas mínimas a 90 horas mínimas.

El apartado dos del art. 27 modifica en el art. 4.5 de la LHC, señalando que para la determinación de los domingos y festivos de apertura a los que se refieren los apartados 1 y 2 del referido artículo, las Comunidades Autónomas deberán atender de forma prioritaria al atractivo comercial de los días para los consumidores, de

acuerdo con los criterios que se establecen en la norma. Respecto de esta regulación, entiende el Acuerdo que, además de no ser cuestión de política económica, sino de materia comercial, y, por ende, la competencia es plenamente autonómica en la determinación del atractivo comercial de ciertos domingos y festivos para los consumidores. El establecimiento de los criterios a los que se ha de someter la determinación por la Comunidad Autónoma de los domingos y festivos de atractivo comercial es tan amplio y de tal naturaleza que desvirtúa la competencia autonómica. A lo que se añade que la propia norma no señala cómo se han de aplicar tales criterios, llevando su aplicación cumulativa a una extremada reducción de la competencia autonómica.

Además, se señalan las dificultades que comporta la aplicación del criterio sobre apertura en domingos y festivos correspondientes a los periodos de rebajas [letra b) del art. 4.5], pues, dada la modificación del art. 25 de la Ley de Ordenación del Comercio minorista operada por el propio Real Decreto-Ley, los periodos de rebajas y su duración dependen de la voluntad de los comerciantes.

También se fundamenta en el Acuerdo de Gobierno la inconstitucionalidad del art. 27 en relación con su apartado tres, en cuanto al suprimir el antiguo apartado 3 del art. 5 de la LHC, relativo a las competencias autonómicas para incrementar o reducir la superficie de determinados establecimientos con régimen especial de horarios. Esta norma supone la eliminación del límite mínimo de 150 metros cuadrados, pero también cualquier referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas, que se hallaba, según el Acuerdo, en el ámbito propio de la competencia en materia de comercio interior, como se señalaba en el fundamento del precepto suprimido de la LHC: *"por razones de política comercial (...)"*, y en el de su modificación por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre: *"Las Comunidades Autónomas podrán modificar lo dispuesto en el apartado anterior en función de sus necesidades comerciales (...)"*.

Asimismo, se argumenta el carácter inconstitucional del apartado tres del art. 27 en su modificación del art. 5.4 de la LHC, en cuanto a la determinación de las zonas de gran afluencia turística, pues, si bien se atribuye a las Comunidades Autónomas, se señala que se considerarán tales las áreas coincidentes con la totalidad del municipio o parte del mismo en las que concurra alguna de las circunstancias establecidas en la norma. Respecto de ello, entiende el Acuerdo que no puede sustraerse de la competencia en materia turística ni a los efectos de libertad de

horarios, por lo que los criterios fijados en la norma dejan a las Comunidades Autónomas reducidas a órganos ejecutivos, debiendo entenderse que sólo caben en defecto de los que aquéllas establezcan.

Por último, en relación con el apartado cuarto del art. 27, modificativo de la disposición adicional primera de la LHC, estableciendo que *“En caso de que las Comunidades Autónomas decidan no hacer uso de la opción que les confiere el apartado 1 del art. 3, se entenderá que los comerciantes disponen de plena libertad para determinar las horas de apertura de sus establecimientos”*, señala el Acuerdo que tal disposición adicional tiene carácter supletorio, por lo que debe reputarse inválida por aplicación de la doctrina de la STC 61/1997.

2) En lo que respecta al art. 28 del Real Decreto-Ley, éste viene a modificar determinados preceptos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista. El Acuerdo de Gobierno, una vez sentado que el amparo competencial de esta Ley es diverso, señala que ésta se dictó inicialmente como legislación supletoria, con carácter general, aun con algunos títulos competenciales específicos: legislación civil y mercantil, en lo que se refiere al derecho privado de los contratos; derecho mercantil de la competencia; normas básicas de planificación de la actividad económica; condiciones básicas de igualdad y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. A la vista de la jurisprudencia constitucional que declara, sobre todo a partir de las STC 118/1996 y 61/1997, que el Estado no puede establecer normas con carácter supletorio allí donde no tenga competencia material y se modificó la cobertura competencial, tal es así que los artículos 18, 20, 26, 27, 28.2 y 31.1 no tienen cobertura específica, por lo que sin perjuicio de su validez constitucional siguen teniendo, como mucho, carácter supletorio como figura en la actual disposición final única; los artículos 25, 28.1 Y 31,2 se amparan en la competencia exclusiva del Estado para regular el derecho mercantil de la competencia, pero se estableció así con anterioridad a la STC 208/1999 que situaba la materia de defensa de la competencia en comercio interior y, por tanto, en el orden de competencias de las comunidades autónomas, sin perjuicio de los supuestos de supraterritorialidad de las operaciones que afectaban a mercados de ámbito superior a una comunidad autónoma y que fueron recogidas en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, y finalmente en la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En todos estos casos, por tanto, el único título formal a favor del Estado es el del artículo 149.1.13 CE pero, entiende el Acuerdo de Gobierno, esa superposición indiscriminada de títulos ha dejado algunas incoherencias, que se señalan en el referido Acuerdo:

“Así, el artículo 18 de la Ley 7/1996 -apartado uno del artículo 28 del Real Decreto-Ley- es supletorio en sus tres primeros apartados, que definen el concepto de las actividades de promoción de ventas, de forma que la Comunidad Autónoma está capacitada para regular estas materias por su competencia en comercio interior. Pero carecería de competencias en el nuevo artículo 4, referido a la posibilidad de simultanear las actividades de promoción de ventas en un mismo establecimiento, que estaría en el artículo 149.1.13ª CE, con el efecto contradictorio, y de difícil lógica jurídica, de que el régimen sustantivo de las actividades de promoción de ventas sería de competencia autonómica mientras que el accidental estaría reservado a la normativa de planificación económica.

El artículo 28.1 de la Ley 7/1996 -apartado seis del artículo 28 del Real Decreto-Ley-, que define la venta de saldos, se dicta por el Estado en su momento justificándolo en su competencia en materia de defensa de la competencia, que en este caso no tiene justificación que se extraiga de la competencia autonómica de conformidad con la STC 208/1999, pero el apartado 2 de ese artículo, el que efectúa la parte negativa de la definición, es supletorio y, lo que constituye la innovación del Real Decreto-Ley, el apartado 3, que era supletorio, se suprime por razones de la planificación económica, lo que obviamente es inviable en términos jurídicos, porque si el Estado no es competente para establecer medidas supletorias tampoco lo es para suprimirlas.

El artículo 31.1 de la Ley 7/1996 -apartado siete del artículo 28 del Real Decreto-Ley-, era también supletorio cuando establecía la duración máxima de la venta en liquidación en tres meses y la extendía a un año en caso de cesación total de la actividad y se ha convertido en medida de planificación económica cuando suprime el plazo de tres meses y deja toda la venta en liquidación remitida al plazo de un año. Está claro que no hay razones de política económica para ello. Pero el artículo 31.2, que se amparaba en razones de defensa de la competencia, poco justificable con los límites que se han visto, eleva su cobertura a planificación económica para modular los efectos de la prohibición de ejercer el comercio a quienes hayan efectuado un proceso de venta en liquidación”.

III

Consideraciones sobre la procedencia del recurso de inconstitucionalidad.

1. Si bien no se señala en el Acuerdo de interposición, este Consejo Consultivo comparte el criterio del informe del Servicio Jurídico obrante en el expediente que se nos remite, sobre la vulneración del art. 86.1 CE, en la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012, al menos en lo que respecta a los arts. 27 y 28.

Y es que, además de los límites materiales que el art. 86.1 CE impone al ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa, disponiendo que no podrán los decretos leyes afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general, este artículo subordina el ejercicio de esta excepcional facultad legislativa que se concede al Gobierno al cumplimiento de un presupuesto habilitante: la "extraordinaria y urgente necesidad".

El art. 86 CE habilita, desde luego, al Gobierno para dictar, mediante decreto-Ley, normas con fuerza de Ley, pero en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa, y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime. Entre los que se incluyen, en lo que aquí importa, la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, esto es, una situación "de extraordinaria y urgente necesidad" (STC 137/2011).

El art. 86 CE limita el uso del Decreto ley a los supuestos de "extraordinaria y urgente necesidad". La utilización de este instrumento normativo descansa en última instancia en un juicio político o de oportunidad que, sin embargo, puede ser controlado por el Tribunal Constitucional, tanto en sus elementos internos como en sus límites externos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero; 137/2003, de 3 de julio; 189/2005; de 7 de julio; 329/2005, de 15 de diciembre; 568/2007, de 28 de marzo; 31/2011, de 17 de marzo, y 137/2011, de 14 de septiembre).

El Decreto-ley es un instrumento constitucionalmente previsto para hacer frente a "situaciones concretas (...) que, por razones difíciles de prever, requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el

procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes" (SSTC 6/1983, de 4 de febrero; 11/2002, de 17 de enero; y 137/2003, de 3 de julio). Con tales fundamentos, ha sido instrumento utilizado de forma correcta ante situaciones de "coyunturas económicas problemáticas" (SSTC 23/1993, de 21 de enero; 6/1983, de 4 de febrero; STC 111/1983, de 2 de diciembre; 29/1986, de 20 de febrero; 60/1986, de 20 de mayo; 23/1993, de 21 de enero; 182/1997, de 28 de octubre; y 137/2003, de 3 de julio).

En razón de su naturaleza excepcional, el Decreto ley no puede contener -aun respetando los requisitos y límites constitucionales- cualquier género de disposiciones, sino aquella conexas con las razones de su origen. Por eso, no puede contener las que "por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad" (STC 29/1982 de 31 de mayo). Esta necesidad de congruencia debe resultar del preámbulo, del debate parlamentario de convalidación, del propio expediente de elaboración y de los objetivos de la norma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo; 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero; y 137/2003, de 3 de julio).

Tampoco puede contener normas "con vocación de mayor alcance". Deben ser "medidas concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter, no pueden alterar la estructura del Ordenamiento" (SSTC 41/1983, de 18 de mayo; 111/1983, de 2 de diciembre; 29/1986, de 20 de febrero; y 60/1986, de 20 de mayo), aunque hay casos en los que el Decreto ley puede producir una modificación estructural "indispensable" (STC 29/1982, de 31 de mayo).

En cuanto a los límites de índole material, según el art. 86 CE resulta que las normas del Decreto ley "no podrán afectar" al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas o al Derecho electoral general. El concepto *afectar* o *afección* ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional de forma restrictiva, "de modo tal que ni reduzca a la nada" el Decreto-ley -que es un instrumento normativo previsto por la Constitución- ni permita que por Decreto-ley se regulen los ámbitos exentos. El límite se encuentra

en la *estructura o contenido esenciales* de tales instituciones, derechos y normas, por lo que la excepción “no alcanza a otros aspectos accidentales o singulares de las mismas (STC 60/1986, de 20 de mayo).

Sin embargo, en el presente caso, no se aprecia, pero tampoco se justifica en el Real Decreto-Ley, más allá de la tan mentada y recurrente “crisis económica”, la concurrencia de la “extraordinaria y urgente necesidad” exigida por el art. 86.1 CE. Pero no porque, como se señala en el informe del Servicio Jurídico, la situación de crisis económica comenzó hace cinco años, de manera que no parece en sí misma una justificación para la adopción de medidas urgentes para paliar la misma cinco años después, y ello porque entendemos que el mantenimiento de la situación de crisis sí puede requerir la adopción de medidas urgentes y extraordinarias a lo largo de toda su duración en función de las circunstancias en que se concrete la situación de la crisis en cada momento. Ahora bien, son las medidas concretas adoptadas en el Real Decreto-Ley 20/2012, las que no obedecen a los presupuestos habilitantes para la utilización de tal instrumento normativo.

Así, en el preámbulo del Real Decreto-Ley, al exponerse la estrategia a llevar a cabo para superar la situación de crisis señala: *“la mencionada estrategia pivota principalmente sobre dos ejes: la consolidación fiscal y el impulso de nuevas reformas estructurales. Las medidas de ajuste fiscal son imprescindibles en este momento como refuerzos de las ya incluidas en la última Actualización del Programa de Estabilidad y Crecimiento 2012-2015 (...)”*, de lo que se infiere que existe ya una planificación a medio plazo, ya trazada para esta materia; que el Real Decreto-Ley no viene a abordar de manera urgente una situación excepcional, sino que *“refuerza”* unas medidas ya existentes, y revela que también mediante el Real Decreto-Ley se introducen una serie de reformas estructurales, así las llama, por lo que no puede entenderse que concurra la excepcionalidad ni la urgencia precisa para dictar esta norma.

Asimismo, se justifica en el Real Decreto-Ley que *“las nuevas reformas estructurales son también claves no solo para garantizar que nuestro país flexibiliza su estructura productiva y se prepara de modo óptimo para la siguiente fase expansiva del ciclo, sino para generar crecimiento adicional y compensar parcialmente de esta forma el impacto restrictivo de la política fiscal a corto plazo. A medio plazo, los dos tipos de reformas combinarán efectos en la misma dirección y serán inequívocamente positivas para recuperar el crecimiento de la economía, de la producción y del empleo”*. De ello se concluye, una vez más, que el Real Decreto-Ley

aborda una serie de medidas que no responden a la pretensión que le es propia a un Decreto ley, de subvenir a una situación excepcional y urgente, sino que responden a unos objetivos que implican una reforma de la economía con vistas al futuro mediato, otorgando una vigencia indeterminada a la norma impugnada, lo cual pugna contra el carácter coyuntural que caracteriza al Real Decreto-Ley, cuya aprobación responderá a las circunstancias urgentes y extraordinarias que lo motivaron.

Especialmente claro se observa en las medidas de los arts. 27 y 28, cuya implementación no goza de la inmediatez que requiere la urgencia de un decreto-ley.

Así, la disposición adicional undécima, sobre la declaración de zonas de gran afluencia turística, regulada en el art. 5 de la Ley 1/2004 (LHC), en la nueva redacción dada por el art. 27, apartado tres del RDL, difiere la entrada en vigor del RDL seis meses.

Por su parte, la disposición transitoria decimocuarta prescribe que los calendarios de domingos y festivos de apertura, así como los de horarios y los de rebajas, se mantienen vigentes hasta el 31 de diciembre de 2012, por lo que la efectividad de la nueva regulación introducida por los arts. 27 apartado dos y 28 del RDL se iniciaría a partir de esa fecha.

Dado que el art. 86 CE exige el elemento de la urgencia en la adopción de las medidas para acabar de conformar el presupuesto habilitante de los decretos-leyes, es decir, la necesidad de *“una acción normativa inmediata”* que no puede esperar ni siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3), no puede entenderse que cumpla tal requisito una regulación cuya implementación se prevé sin carácter inmediato a la aprobación de la norma.

2. En lo referente a la fundamentación de la inconstitucionalidad de los arts. 27 y 28 del Real Decreto-Ley, hemos de referirnos, con carácter previo, al marco normativo en el que se insertan estas normas.

La regulación del RDL 20/2012 se sitúa dentro de un proceso de liberalización de los horarios comerciales iniciado con el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, de medidas de política económica, cuyo art. 5, de carácter básico, estableció la libertad de fijación por los empresarios del horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales y de los días y el número de horas de actividad semanal, sin perjuicio, no obstante, de las competencias de las comunidades autónomas.

Posteriormente, se aprobó el Real Decreto-Ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de los horarios comerciales, norma en la que se plasma un modelo basado, por un lado, en la fijación de unos mínimos que debía respetar la regulación de las comunidades autónomas (72 horas era el horario mínimo de apertura global durante los días laborables de la semana y al menos ocho domingos o festivos de apertura al año) y, por otro, en el establecimiento de un régimen de libertad de horarios en relación con determinados tipos de establecimientos comerciales. Esta regulación, que se mantuvo en la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, fue modificada mediante el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en los mercados de bienes y servicios en el sentido recogido por el actual Real Decreto-Ley 20/2012, pues en su art. 43 estableció un mínimo de apertura de 90 horas durante los días laborables de la semana y, a partir de 2004, de doce domingos o festivos. Este RDL 6/2000 sería declarado inconstitucional posteriormente, si bien por ser contrario al art. 86.1 CE (STC 31/2011).

El marco normativo actualmente vigente se halla en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, que volvió al establecimiento del mínimo de apertura semanal de 72 horas y el mínimo de domingos o festivos de ocho.

En cuanto a las medidas del Real Decreto-Ley en relación con las ventas también se inscriben en un proceso liberalizador iniciado por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, cuya modificación se aborda a través del art. 28 del Real Decreto-Ley 20/2012.

Pues bien, sentado el marco normativo en el que se inserta el Real Decreto-Ley 20/2012, se analiza si son fundados los motivos de inconstitucionalidad que afectan a los artículos 27 y 28 de este RDL.

Para ello, es necesario identificar los títulos competenciales que se ven implicados en cada precepto y en los preceptos por ellos modificados, pues la disposición final cuarta del RDL señala que los preceptos del título V se dictan al amparo únicamente del artículo 149.1.13ª CE, que atribuye al Estado la competencia sobre "*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*".

a) En cuanto al art. 27 del RDL, que modifica determinadas disposiciones de la LHC, hemos de indicar que, ciertamente, Canarias ostenta competencia en materia de comercio interior, pudiendo dictar normas sobre horarios comerciales, si bien la regulación autonómica está condicionada por las medidas estatales dictadas en virtud de la competencia estatal del art. 149.1.13ª CE, dado que la competencia

autonómica sobre comercio interior no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de este subsector [STC 225/1993, FJ 3.d]. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que estas medidas, en el caso de perseguir un objetivo de "política económica general", tienen el carácter de norma básica, lo que implica la consiguiente restricción de la competencia autonómica, siempre que la normativa básica "no llegue a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad" [STC 284/1993, FJ 4.c)].

El apartado uno del art. 27 modifica el art. 3.1 de la Ley 1/2004 y establece que el horario global en el que los comercios podrán desarrollar su actividad en días laborables no podrá ser restringido por las comunidades autónomas a menos de 90 horas, en lugar de las 72 horas que fijaba la anterior regulación [avalada por la STC 26/2012 (FJ 7), que la consideró una medida formal y materialmente básica]. Este Consejo Consultivo considera que, a pesar de lo que se sostiene en el Acuerdo de Gobierno, esta norma no retrae totalmente las competencias autonómicas, pues si bien reduce el margen de actuación, no agota, sin embargo, el desarrollo normativo por la Comunidad Autónoma. De hecho, éste fue el límite establecido en el Real Decreto-ley 2/1985, que sería declarado inconstitucional por vulneración del art. 86.1, pero no por vulneración de competencias autonómicas.

El apartado dos del art. 27 modifica el art. 4 de la Ley 1/2004, estableciendo que el número mínimo de domingos y festivos en que los comercios pueden estar abiertos es de dieciséis, pudiendo las comunidades autónomas incrementar o disminuir esta cifra, pero no por debajo de diez, y el horario de los domingos o festivos será determinado por cada comerciante (regulación que también fue avalada por la STC 26/2012 (FJ 8)). Por otro lado, la determinación de los domingos o festivos, con los mínimos señalados, corresponde a cada comunidad autónoma de acuerdo con unos criterios fijados en el propio artículo 4.5 de la Ley 1/2004.

Del mismo modo, el número mínimo de domingos o festivos fijado en la norma estatal básica también permite el desarrollo por parte de la Comunidad Autónoma, por lo que, desde este punto de vista la regulación no debe considerarse inconstitucional.

El art. 27 del RDL 20/2012, de 13 de julio, Modificación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, Dos, da nueva redacción al art. 4 de la citada Ley 1/2004, señalando en su numeral 5 que para la determinación de los domingos y festivos de apertura a

las que se refieren los apartados 1 y 2, las Comunidades Autónomas deberán atender de forma prioritaria al atractivo comercial, de los días para los consumidores, de acuerdo con arreglo a los criterios que se fijan.

El atractivo comercial se establece, por lo tanto, como elemento prioritario para la determinación de los domingos y festivos. Ello no significa que la Comunidad Autónoma de Canarias no pueda establecer otros criterios, siempre que éstos sean subsidiarios.

Por lo tanto, si se interpreta que los criterios que se establecen no son “*numerus clausus*” y que la Comunidad Autónoma de Canarias puede completarlos o incrementarlos, la norma, en tal supuesto, no vulneraría la distribución de competencias.

Si por el contrario, se considera que los mencionados criterios son únicos la norma debería estimarse inconstitucional, ya que ello supondría *de facto* impedir la Comunidad Autónoma de Canarias el desarrollo de la regla jurídica conforme a sus competencias, por lo que sería contraria al orden constitucional de distribución de competencias.

El apartado tres del art. 27 da una nueva redacción al art. 5 de la Ley 1/2004. Este artículo suprime cualquier referencia a las competencias de las Comunidades Autónomas para aumentar o disminuir la superficie de determinados establecimientos con régimen especial de horarios, eliminando asimismo el límite mínimo de 150 metros cuadrados, estableciendo el régimen de plena libertad para estos establecimientos.

Además, entre los establecimientos de régimen especial de horarios se señalan los situados en “zonas de gran afluencia turística”, señalando el apartado 4 la competencia autonómica en cuanto corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación de tales zonas. El apartado 4 atribuye a las Comunidades Autónomas, a propuesta de los correspondientes Ayuntamientos, la determinación de dichas zonas, este apartado y el siguiente establecen con exhaustividad las circunstancias que deben concurrir para determinar estas zonas.

Todo ello, sin perjuicio de entender que en este aspecto el RDL al establecer las bases deja escaso margen a la competencia autonómica en materia de comercio interior en la fijación de las circunstancias que han de concurrir para la determinación de las zonas de gran afluencia turística. Sin embargo, aunque limitada la competencia de la Comunidad Autónoma, dado el tenor de la letra g) del punto 4

de la nueva redacción del art. 5 de la Ley 1/2004, permite a ésta (a la Comunidad Autónoma de Canarias) establecer “las circunstancias especiales que así lo justifiquen”.

Los apartados cuatro y cinco del art. 27 RDL 20/2012 vienen a modificar la redacción de las disposiciones adicionales primera y segunda, respectivamente, de la LHC, estableciendo una cláusula, según la cual, en el caso de que las Comunidades Autónomas no hagan uso de la facultad establecida en el RDL para establecer el horario global de los días laborables (apartado 4), y para determinar los domingos y festivos de apertura (apartado 5), se entenderá que los comerciantes disponen de plena libertad horaria para su determinación.

Para este Consejo Consultivo, estas disposiciones no vulneran el orden constitucionalmente establecido, pues no es norma supletoria ex art. 149.3 CE, que es a la que se refiere la STC 61/1997, citada en el Acuerdo de Gobierno, sino que se limitan a concluir que, de no establecer la Comunidad Autónoma su competencia en esta materia de horarios comerciales, los comerciantes podrán disponer libremente acerca de los horarios y sobre los domingos y festivos, facultad sometida a los topes fijados por la normativa del Estado.

b) En cuanto al art. 28, como ya se ha señalado, modifica la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

A diferencia del art. 27, que modifica una norma dictada con el mismo título competencial que le sirve de soporte a su propia aprobación, el art. 149.1.13ª, en el caso del art. 28, a pesar de haberse dictado éste al amparo del art. 149.1.13ª CE, supone la modificación de una ley en cuya aprobación confluyen distintos títulos competenciales. Se analiza el contenido del art. 28 y su cobertura competencial.

Tal y como se infiere de la Disposición Final única de la Ley 7/1996, los arts. 18, 20, 26, 27, 28.2 y 31.1 no tienen cobertura específica, siendo, en todo caso, de aplicación supletoria, tal y como se señala en el último inciso de la disposición final.

Por su parte, los arts. 25, 28.1 y 31.2, a tenor de lo dispuesto en la referida disposición, fueron dictados al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular el derecho mercantil de la competencia, resultante de la regla 6ª del art. 149.1 de la Constitución. Mas, en relación con ello ha de recordarse que la STC 208/1999, de 11 de noviembre, posterior a la referida ley, dio lugar a la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y

las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. En la Exposición de Motivos de esta Ley se señala el contenido de la STC que la justifica, en la que se reconoce que la materia de “defensa de la competencia”, como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución, por lo que, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos, entendiendo la referida sentencia que es la competencia en materia de “comercio interior”, la que abarca la competencia relacionada con la “defensa de la competencia”. Ahora bien, la STC señala también que el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Por ello, considera el Tribunal Constitucional que no sólo la formación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, correspondiéndole las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, procede analizar el contenido del art. 28 del RDL 20/2012.

El apartado uno añade un apartado 4 al art. 18 de la Ley 7/1996, que atribuye la consideración de actividades de promoción de ventas a las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa, permitiendo, el nuevo apartado 4, que en un mismo comercio puedan simultanearse las actividades de promoción de ventas, excepto la venta por liquidación.

Esta adición se halla en la competencia estatal, sin que se alteren las competencias de nuestra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que Canarias, siga teniendo competencia respecto del resto de la materia del art. 18 de la Ley 7/1996.

El apartado dos, por su parte, añade un apartado 3 al art. 20 de la citada ley, referido a la constancia de reducción de precios, en el que se dispone que en ningún caso la utilización de las actividades de promoción de ventas podrá condicionarse a la existencia de una reducción porcentual mínima o máxima.

Se trata de una medida encaminada a la defensa de la competencia, por lo que, dados los términos de la STC 208/1999 (FJ 5), esta competencia pertenecería al Estado en cuanto *“al Estado, en virtud de su competencia específica “ex” art. 149.1.13ª le corresponde articular los mecanismos de coordinación que estime necesarios. Además, al Estado, en virtud de sus competencias normativas, puede y debe articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional (...)”*.

El apartado tres modifica el art. 25 de la Ley 7/1996, que fijaba las temporadas de rebajas y su duración, otorgando a cada comerciante la capacidad de decidir libremente los periodos de rebajas y su duración.

Esta regulación queda amparada por la competencia estatal del art. 149.1.13ª, en cuanto planificación de la economía en su vertiente de liberalización de la misma. No se observa, pues, vulneración del orden competencial establecido en la Constitución.

El apartado cuatro viene a suprimir los requisitos que fijaba el art. 26.1 de la Ley 7/1996, limitándose a señalar que los artículos objeto de venta en rebajas deberán haber estado incluidos con anterioridad en la oferta habitual de ventas.

No es contrario al orden constitucional, al poder ser regulado por el Estado en base a la distribución de competencias establecido en el art. 149.1.13ª.

El apartado cinco contiene la definición de las “ventas en promoción o en oferta” e introduce una modificación al art. 27 de la Ley 7/1996, al añadirle el inciso: *“los artículos que vayan a comercializarse como productos en promoción podrán adquirirse con este exclusivo fin”*, a la redacción anterior que establecía que *“los productos en promoción no podrán estar deteriorados, ni tampoco ser de peor calidad que los mismos productos que vayan a ser objeto de futura oferta ordinaria a precio normal”*.

El apartado cinco del art. 28 de este Real Decreto-Ley modifica el art. 27.2 de la Ley 7/1996, siendo una materia regulada por la protección de consumidores y usuarios, por lo que sería competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, (ya que se refiere a las características de los artículos y calidad de los mismos), sin que pueda ser regulada por el Estado en base a lo establecido en el art. 149.1.13ª de la Constitución Española.

El apartado seis contiene la definición de la "venta de saldos", modificando el art. 28 de la Ley 7/1996, suprimiendo el apartado 3, que establecía que *"tampoco cabe calificar como venta de saldos aquella en que los productos no pertenecieran al comerciante seis meses antes de la fecha de comienzo de este tipo de actividad comercial, excepción hecha de los establecimientos dedicados específicamente al referido sistema de venta"*.

Estos dos apartados, cinco y seis, del artículo 28 del RDL 20/2012 que regulan la venta en promoción o en oferta y la venta de saldos pueden ser regulados por el Estado en base a lo establecido en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, por lo que no vulnerarían el orden constitucional de distribución de competencias, con las observaciones anteriormente realizadas en relación a la nueva redacción del art. 27.2 de la Ley 7/1996.

Finalmente, el apartado siete modifica el art. 31 de la Ley 7/1996, estableciendo, en el punto 1, que la duración máxima de la venta en liquidación debe ser de un año. El punto 2 del nuevo art. 31 dispone que *"no procederá efectuar una nueva liquidación en el mismo establecimiento de productos similares a la anterior en el curso de los tres años siguientes, excepto cuando esta última tenga lugar en ejecución de decisión judicial o administrativa, por cesación total de la actividad o por causa de fuerza mayor"*.

El último apartado del art. 28 RDL, modificativo del art. 31 de la Ley 7/1996, respeta el orden constitucional de competencias. Y ello porque, en relación con el apartado primero, relativo a la duración de la venta en liquidación, ha venido señalando la doctrina constitucional que las normas que establecen un marco temporal imperativo para el desarrollo de modalidades específicas de venta deben considerarse integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia y su aprobación corresponde al Estado *ex artículo 149.1.13ª CE (STC 228/1993, FJ 6; 157/2004, FJ 9, y 106/2009, FJ 2)*. Y, en relación con el apartado segundo, en el que se establece la prohibición de efectuar una nueva liquidación de productos similares en los tres años siguientes, la STC 88/1986 consideró que excede de las competencias autonómicas establecer tal limitación, porque suponía impedir el ejercicio de una actividad comercial durante un periodo, lo cual equivalía a *"una interdicción del ejercicio del comercio con su contenido propio (...) de clara competencia estatal, a tenor del art. 149.1.6 CE"* (FJ 8.f). Por lo que el apartado siete del art. 28 RDL 20/2012 tampoco se considera contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

CONCLUSIONES

1. El apartado dos del artículo 27 del RDL 20/2012, que modifica el artículo 4.5 de la Ley 1/2004 de 21 de diciembre de horarios comerciales no encuentra amparo en el artículo 149.1.13ª CE, vulnerando las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias que ostenta en materia de defensa del consumidor y del usuario (art. 31.3 EAC).

- Al apartado cinco del artículo 28 del RDL 20/2012, que modifica el artículo 27.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, se formulan determinadas observaciones (Fundamento III de este Dictamen).

2. Sobre la utilización del instrumento normativo empleado (Real Decreto-Ley), se formulan los reparos que se citan en el Fundamento III de este Dictamen.