

IPN 09/2009 REFORMA DE LA LEY DEL COMERCIO MINORISTA

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), vista la solicitud de informe presentada por el Director General de Política Comercial en relación al *Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias*, ha aprobado el presente informe sobre el mencionado proyecto normativo en su sesión de 6 de mayo de 2009.

La solicitud en cuestión se recibió en la CNC en fecha 4 de mayo de 2009, adjuntándose la versión del Anteproyecto que se ha sometido a audiencia pública, así como sus memorias justificativa y económica.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). También afecta el Anteproyecto remitido a competencias de la Comisión Nacional de la Competencia expresamente establecidas en la vigente LORCOMIN, así como en la LDC.

El Consejo ha decidido, asimismo, proceder a la publicación de este informe a los veinte días de su remisión al órgano solicitante, en virtud del artículo 27.3.c) de la mencionada Ley.

1. ANTECEDENTES

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es una norma comunitaria que busca la consolidación en el ámbito de la Unión Europea de un mercado interior en el que la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales esté plenamente garantizada. Este objetivo, ya contenido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, adquirió mayor relevancia a partir del Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, donde se estableció el objetivo estratégico de convertir a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con más y mejores empleos y con mayor cohesión social.

La futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, viene a transponer a nuestro ordenamiento los nuevos requerimientos establecidos por la Directiva 2006/123/CE. Junto a esta nueva regulación de carácter general de los servicios, la adecuación de nuestro ordenamiento a la citada Directiva hace necesaria la modificación de otras leyes, y más en particular a los efectos que nos ocupa, de la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio

minorista. A diferencia del resto de normas legales de ámbito estatal afectadas por la Directiva de Servicios, se ha decidido realizar la adecuación de la Ley mencionada de manera separada mediante el Anteproyecto de Ley que se remite en esta ocasión.

El objetivo que persigue la Ley de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias, es incrementar el valor que genera la distribución comercial mediante la liberalización de la prestación de los servicios y la supresión de las cargas para las empresas. Para ello la futura ley parte del principio de libertad de empresa, y busca facilitar el establecimiento de servicios en el ámbito de la distribución comercial, a la vez que garantizar la coexistencia entre el pequeño y mediano comercio y los grandes establecimientos.

2. CONTENIDO

El llamado Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996 del Comercio Minorista y otras normas complementarias (que en realidad sólo reforma la mencionada Ley, aunque deroga aspectos de alguna otra norma), contiene determinadas modificaciones que, de acuerdo con su Exposición de Motivos, se articulan en torno a dos aspectos fundamentales:

- En primer término se modifica la regulación existente en materia de establecimientos comerciales, para eliminar cualquier traba injustificada que pueda afectar a la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.
- En segundo lugar se introducen modificaciones a la Ley 7/1996 en materia de inspección y sanciones.

El APL se compone de un artículo único que se divide en diez apartados, una disposición adicional, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales, todo ello precedido de una exposición de motivos.

El apartado primero introduce cambios en la definición que hasta ahora existía de establecimientos comerciales.

El apartado segundo contiene la modificación más significativa de la nueva regulación, al establecer que con carácter general la instalación de establecimientos no quedara sujeta a autorización administrativa. No obstante, se establece la posibilidad de que las legislaciones autonómicas instauren regímenes de autorización cuando concurren, de manera clara e inequívoca, razones imperiosas de interés general, sin que dicho régimen de autorización pueda fundarse en razones económicas.

La regulación proyectada precisa que los requisitos para la concesión de dichas autorizaciones deben atender conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, y prohíbe que en dicho otorgamiento sean tenidos en cuenta requisitos de naturaleza económica.

Por otra parte, en el apartado tercero se procede a una simplificación y actualización de la regulación existente de los Registros de Ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

En el apartado cuarto y quinto se establece una modificación de la regulación existente en venta automática, derivada de la eliminación de la previa autorización administrativa por la autoridad competente que requería la Ley 7/1996.

El apartado sexto contiene modificaciones en el ejercicio de la venta ambulante, para adecuar las autorizaciones administrativas de carácter municipal a la nueva regulación de la Directiva de Servicios.

En el apartado séptimo se contemplan cambios en el régimen de franquicia para dar cumplimiento al mandato de simplificación administrativa contenido en la Directiva de Servicios.

Por último, los apartados octavo, noveno y décimo vienen a establecer modificaciones significativas en materia de inspecciones y sanciones. La nueva regulación, partiendo del respeto a las competencias autonómicas en la materia, busca adecuar la cuantía de las sanciones a la realidad económica del momento y de la empresa.

En cuanto a la parte dispositiva, lo más significativo es lo establecido en la disposición adicional, que contempla la posibilidad de que en el supuesto de sanción por parte de las instituciones comunitarias, la Administración Pública competente se responsabilice de la sanción en la parte que le sea imputable, para lo cual se establece el principio de compensación de deudas con cargo a las transferencias financieras que reciba la Comunidad Autónoma en cuestión.

3. OBSERVACIONES

3.1 La reforma de la LORCOMIN para la CNC

Como se ha dicho, el presente APL tiene por objetivo la adecuación de la normativa estatal en materia de comercio a la Directiva de Servicios.

La CNC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los elementos y principios que debería incorporar dicha reforma en su reciente Documento *La Reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios*, publicado en abril de 2009. Este documento incide en una serie de aspectos que resulta necesario reformar a juicio de la CNC, prestándose particular interés al tratamiento del régimen de autorización para la apertura de establecimientos comerciales y, en particular, de Grandes Superficies o Grandes Establecimientos Comerciales, contenido en los artículos 2, 6 y 7 de la LORCOMIN.

Así, en cuanto a dicho **régimen de autorización para la apertura de grandes superficies comerciales**, los puntos principales que defiende la CNC y que se desarrollan en dicho documento son:

1. El carácter restrictivo de la competencia de la actual licencia comercial autonómica regulada en el art.6 de la LORCOMIN. En particular la CNC considera que “[...] *la obligación de contar con esta licencia comercial restringe la competencia al establecer una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limitar el número de posibles competidores y permitir así la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. De esta forma, las Comunidades Autónomas intervienen en la configuración de la oferta comercial, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos de ordenación de la actividad económica, o de proteger o promover el comercio tradicional. Así, la segunda licencia comercial provoca distorsiones en las estrategias de implantación o de expansión de las empresas que pueden preferir abrir establecimientos a los que, por su menor superficie, se puede acceder sin necesidad de licencia, favoreciéndose con ello determinados formatos comerciales (los “medianos”) en detrimento de los más grandes.*”

2. La insostenibilidad de fundamentar la licencia autonómica de apertura de grandes establecimientos en motivos de carácter económico, que actualmente se encuentran insertos en el art. 6.2 de la LORCOMIN, así como en relación con otros formatos comerciales. Estos motivos están expresamente prohibidos por la Directiva de Servicios y la futura (aún en proyecto) Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, *Ley Paraguas*). La CNC considera que la sumisión de la licencia a dichos criterios “*supone una grave injerencia sobre el principio de libertad de mercado, dado que debe ser precisamente en el contexto de confrontación de oferta y demanda donde se dirima cuál es el adecuado equipamiento comercial, como resultado de la revelación por parte de los consumidores de sus preferencias a este respecto*”.

3. La conveniencia de eliminar la licencia comercial específica para grandes establecimientos comerciales. La CNC considera que “*habida cuenta de que la*

existencia de la licencia autonómica obedece precisamente a motivos de control de la oferta comercial por parte de esa Administración, una vez que no resulta aplicable ese criterio para determinar la existencia de la licencia, debe derogarse la obligación de obtener una licencia comercial específica para la implantación, modificación o transmisión de un gran establecimiento comercial”.

4. La necesidad de fundamentar el establecimiento excepcional de una licencia específica para grandes superficies en razones de interés general no protegidas por otras administraciones, y de evitar que la autorización produzca daños desproporcionados a la libertad de empresa. Manifiesta la CNC que “*de considerarse pertinente la posible instauración de un régimen de autorización, dicho ejercicio de evaluación debería realizarse de la manera más precisa posible, interpretando de forma restrictiva las razones imperiosas de interés general que fundamentarían tanto la necesidad de la autorización como los requisitos en que se basaría su otorgamiento, limitándolas a las verdaderamente relevantes a estos efectos. Estas razones de interés general deberían ser distintas de las ya protegidas por la existencia, en su caso, de licencias municipales y hacerse explícitas en el texto con carácter taxativo, sin que resulte admisible que dichos fines de interés general sirvan para amparar encubiertamente un control de la oferta comercial”.*

En relación con el respeto al principio de proporcionalidad, la CNC expone que “*la instauración de restricciones al establecimiento afecta negativamente a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. En consecuencia, se debe ser cauteloso en la defensa a sus expensas de otros objetivos de interés general, algunos de los cuales, como la protección del medio ambiente o la conservación del patrimonio histórico y artístico, cuentan, a nivel constitucional, con un ámbito de protección inferior al de la libertad de empresa. El principio de proporcionalidad requiere en nuestro caso que, en defensa de determinados intereses generales, no se dañen en mayor proporción otros intereses generales como la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE”.*

5. La pertinencia de eliminar de la LORCOMIN la definición de “gran establecimiento comercial”. Se concluye en el documento referido que “*en la medida en que la definición de gran establecimiento comercial debe entenderse en conjunción con la necesidad de solicitar dicha licencia comercial específica, de no existir dicha licencia, la definición tendría escasa virtualidad. Por tanto, de eliminarse la obligación de licencia específica para los grandes establecimientos, el concepto de gran establecimiento comercial resultaría intrascendente, debiendo eliminarse del texto de la LORCOMIN dicha definición”.*

El Consejo de la CNC también ha identificado **otras reformas que resultan necesarias a la luz del proceso de transposición de la Directiva de Servicios:**

- Así, se demanda la reconsideración de otros regímenes de autorización específicos, como el de la instalación de máquinas para la venta automática (art. 49 LORCOMIN), y del ejercicio de la venta ambulante (art. 54 LORCOMIN). La CNC considera que nueva Ley debe asegurar que el otorgamiento de dichas autorizaciones se realiza de acuerdo a lo establecido en la Directiva de Servicios y su norma de transposición, debiendo incluirse las referencias pertinentes a las condiciones que debe cumplir el procedimiento de autorización.
- También estima la CNC que debe eliminarse la obligación de inscribirse en determinados registros para prestar una determinada actividad. Es el caso del Registro de ventas a distancia (art. 38 LORCOMIN) y del Registro de franquiciadores (art. 62 LORCOMIN). Debería eliminarse dicha obligación de inscripción, sustituyéndose en su caso por obligaciones de comunicación ex post del inicio de la actividad.

Finalmente, la CNC considera, y así se desarrolla ampliamente en el documento mencionado, que **la necesidad de liberalizar este sector trasciende, el mero ejercicio de transposición de la Directiva de Servicios**, destacando que, en particular, resultaría altamente conveniente aprovechar el impulso de reforma actual para, entre otras actuaciones:

- Eliminar la prohibición de venta de mercaderías en establecimientos financieros (art.8 LORCOMIN). La CNC estima que es ésta una restricción a la competencia cuya razón de ser, la protección del pequeño comercio especializado, carece de justificación, debiendo regir por defecto el principio de no discriminación de formatos comerciales. Por añadidura, esta medida ha resultado hasta cierto punto ineficaz, al encontrarse hoy en día ampliamente extendida dicha venta de mercaderías en establecimientos financieros, sean éstas vinculadas o no a un producto financiero.
- Modificar el régimen de fijación de precios por parte del Gobierno (art. 13 LORCOMIN). La CNC considera que el catálogo de motivos con arreglo a los cuales la Administración puede regular el precio debería someterse a un examen de su justificación y proporcionalidad, y resultar lo suficientemente precisos y tasados, evitando alusiones tales como “la ausencia de competencia efectiva” que aparece en alguno de sus apartados.
- Eliminar la regulación de la prohibición de venta a pérdida (art. 14 LORCOMIN). Esta figura ya está presente en la Ley de Competencia Desleal y la regulación de la LORCOMIN supone una protección cualificada que no se justifica en la mera defensa de la competencia o

de los consumidores. En consecuencia, la CNC propone que persista únicamente la regulación de la Ley de Competencia Desleal, que regula suficientemente los supuestos en que cabe reputar prohibida la venta a pérdida.

- Eliminar la restricción de las rebajas a períodos determinados (art. 25 LORCOMIN). La imposibilidad de que los operadores decidan la fecha de inicio de las rebajas, así como la extensión del mismo, constituye en opinión de la CNC una importante restricción al comportamiento en el comercio minorista, en detrimento de la variedad y diversidad de la oferta, al introducir un elemento adicional de coordinación entre operadores. Se considera que, si bien deben mantenerse los requisitos generales que los comerciantes deben cumplir en la temporada de rebajas, la determinación de dichos períodos debería dejarse a la voluntad de cada operador.

3.2 El Anteproyecto de Ley remitido por el MITYC

El APL de modificación de la LORCOMIN que ahora se examina constituye la plasmación concreta de la reforma anticipada en el documento de la CNC.

Desde un punto de vista general, se aprecia que algunas de las preocupaciones manifestadas en el documento antes aludido se solucionan en el texto redactado, como la regulación de determinados registros o la eliminación del régimen de autorización previa para la venta automática.

Sin embargo, los aspectos más importantes de dichas preocupaciones no han encontrado el mismo eco y, en particular, las reformas que la CNC demandaba encaminadas a superar el ejercicio estricto de adecuación a la Directiva de Servicios y que se citan en el apartado anterior. La CNC mantiene dicha petición y se remite al documento referido para una justificación profunda de la necesidad de dichas reformas.

De la misma manera, se considera que el tratamiento de la venta ambulante es mejorable, en aras de su adaptación a la Directiva. Así, se debería precisar en mayor medida cuál es el interés general protegido con arreglo al cual se van a determinar los criterios de otorgamiento de la autorización. También debería mencionarse expresamente la sumisión de dichos criterios al principio de proporcionalidad. Finalmente, se debería ajustar el ámbito temporal de la autorización al período estrictamente necesario para la amortización de las inversiones y la remuneración equitativa de los capitales invertidos, sin que quepa extender más allá de este período la autorización.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que **el elemento más importante de la reforma es la modificación del régimen de licencia comercial**

específica para las grandes superficies. En este sentido, las líneas principales de la reforma son:

- Se establece la no sujeción de instalaciones de establecimientos comerciales a régimen de autorización comercial.
- Se establece la posibilidad de que las legislaciones autonómicas instauren regímenes de autorización cuando concurren, de manera clara e inequívoca, razones imperiosas de interés general.
- Los requisitos para el otorgamiento de dichas autorizaciones deben atender conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial.
- Se prohíben las razones de índole económica para justificar la existencia del régimen de autorización, así como los requisitos de naturaleza económica para su otorgamiento.
- Se establece expresamente (en la Disposición Adicional Única) la compensación de deudas de las Administraciones Públicas competentes hacia el Estado en caso de incumplimiento de esta Ley o del Derecho comunitario afectado.

En principio, **se comparte la pertinencia de mencionar expresamente la no sujeción de la instalación de establecimientos a autorización comercial.** La CNC ha manifestado reiteradamente su preferencia por esta opción, por considerarla menos restrictiva de la libertad de empresa por principio. Esta formulación tiene carácter general y, por tanto, se entiende aplicable a todos los formatos comerciales, incluyendo, por ejemplo, las tiendas de descuento o los “grandes establecimientos”.

En segundo lugar, también **se valora positivamente la eliminación de las razones económicas para establecer el régimen de autorización y de los criterios económicos para determinar los requisitos de las autorizaciones,** elementos insostenibles de acuerdo con la Directiva de Servicios y que han originado la iniciación de actuaciones por parte de la Comisión Europea por incumplimiento del derecho comunitario, que en algún caso ya ha culminado en una demanda contra España ante el Tribunal de Justicia¹.

Asimismo, en congruencia con la imposibilidad de justificar la autorización en razones económicas, y de someter el otorgamiento de las mismas a criterios de valoración económica, **se acepta la decisión de eliminar la necesidad de obtener informe –no vinculante- por parte de la respectiva Autoridad de Competencia,** que figura en el segundo párrafo del apartado 6.2 vigente, dentro del procedimiento de autorización, por la decisiva razón de que en el

¹ Vid. Dictamen motivado de la Comisión Europea de 17 de octubre de 2007 y posterior demanda interpuesta por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la UE de 16 de septiembre de 2008, así como la carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 5 de junio de 2008.

nuevo modelo el objetivo que ha de prevalecer es el de la eficiencia del mercado.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, a partir de ahora, la Administración responsable de otorgar o denegar la autorización no podrá tener en cuenta criterios de oferta ni de demanda comercial, ni los efectos económicos, posibles o reales, de la apertura, ni la referencia a objetivos de programación económica. En consecuencia, el informe de la Autoridad de Competencia pierde su finalidad principal, cual era la de contribuir al análisis de las consecuencias económicas de la apertura de una gran superficie comercial, en concreto mediante la evaluación del impacto de la misma sobre la competencia. Debe resaltarse que, en esta actividad de informe sobre grandes superficies, la práctica totalidad de los informes emitidos por el antiguo TDC o la actual CNC no han encontrado problemas de competencia en nuevas aperturas².

Con independencia de todo ello, la CNC entiende que **las previsiones del APL podrían tener un alcance muy limitado en relación con la modificación de la situación actual, y resultar insuficientes a la hora de eliminar el principal riesgo que ha fundamentado la crítica de la CNC y antes del TDC hacia el sistema de segundas licencias comerciales: el potencial cierre del mercado a los operadores interesados en la instalación de nuevos establecimientos comerciales, en particular grandes establecimientos.**

Fundamentalmente, **la nueva formulación deja a la determinación de las distintas legislaciones autonómicas, en términos absolutos, la posibilidad de instaurar este tipo de regímenes de autorización y sus detalles.** Y lo hace, sin hacer mención explícita al carácter excepcional de esta posibilidad y sin acotar en todo lo necesario las posibilidades normativas de estas legislaciones a la hora de establecer regímenes o requisitos restrictivos de la competencia, más allá de la prohibición de utilizar razones o criterios económicos para la instauración del régimen o el otorgamiento de autorizaciones, respectivamente. Simplemente se alude a la necesidad de que la regulación autonómica justifique el régimen de autorización en razones imperiosas de interés general “relacionadas con la distribución comercial”, -destacando a título de ejemplo algunos de los motivos que pueden ser considerados como tales-, y a la aplicación del test de proporcionalidad en la regulación de las distintas Comunidades Autónomas.

² Tan sólo en una ocasión entre 1.400 expedientes informados a las Comunidades Autónomas, y con carácter transitorio, en relación con la apertura de un PRYCA en Alicante, el antiguo TDC apreció que la instalación de una gran superficie podía comportar problemas de competencia, debido a que la apertura suponía el agotamiento de la posibilidad de instalar grandes superficies en la zona de influencia, de acuerdo con la política comercial de la Comunidad Autónoma valenciana, y todas las grandes superficies existentes pertenecían al mismo grupo empresarial. En consecuencia, el TDC decidió sujetar su visto bueno a la apertura a que esa Comunidad Autónoma permitiese nuevas aperturas, lo cual sucedió poco tiempo después.

En otros proyectos normativos relacionados con la transposición de la Directiva de Servicios, el órgano proponente ha invocado su intención de transponer la Directiva de manera ambiciosa, e incluso una vocación de ir más allá de la misma para eliminar restricciones injustificadas a la competencia. Este Consejo entiende que un enfoque similar en esta ocasión tendría que haber conducido a la eliminación expresa, de plano, de la posibilidad de estas autorizaciones.

Esta es la opción que la CNC ha venido defendiendo y que se expone ampliamente en el mencionado Documento de posición. Al estar prohibidos por la Directiva de Servicios el establecimiento de regímenes de autorización con arreglo a estos criterios de ordenación comercial que causan un serio perjuicio a la libre competencia así como a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento, tras la transposición de la Directiva, este régimen pierde su fundamentación jurídica y su razón de ser.

Es cierto que la CNC apuntaba en el citado Documento que sólo si, de manera excepcional, se encontrasen razones de imperioso interés general suficientemente justificadas, y sólo de resultar ello proporcionado en relación con el daño causado a la libertad de empresa, podría plantearse la instauración de un régimen de autorización.

En este sentido, este Consejo considera que la fundamentación para permitir el establecimiento de licencias comerciales para determinados establecimientos no resulta admisible ni en base a su necesidad ni con arreglo a su proporcionalidad.

Así, carece de justificación la necesidad de tal régimen de autorización en los términos en que lo hace el APL y su memoria . En primer lugar, y a pesar de la consabida imposibilidad de fundamentar el establecimiento de regímenes de autorización en criterios económicos, no dejan de advertirse resabios de la voluntad de ordenar el mercado en la justificación del modelo escogido. Ya en la propia Exposición de Motivos se deja traslucir que el APL tiene como objetivo garantizar la coexistencia de los diferentes modelos comerciales, buscando una suerte de efecto redistributivo entre los distintos formatos comerciales que ya no debería tener cabida. La memoria justificativa menciona esta finalidad sin ambages, estableciendo además que *“el pequeño y mediano comercio, junto con los grandes establecimientos comerciales, han de desarrollarse de manera paralela para que este sector mantenga su papel fundamental como motor económico “*, cuando desde ahora el único motor ha de ser el de la eficiencia del mercado.

A este respecto, también debe recordarse que, con independencia de que esta justificación, -que es a la que precisamente y de forma primordial alude la LORCOMIN en sus términos actualmente vigentes-, muy difícilmente pudiera

resultar aceptable, dicha medida se ha revelado ineficaz en la protección del formato pequeño comercio, logrando al contrario una proliferación de formatos comerciales de mediano tamaño que suponen una amenaza mucho más fuerte para la viabilidad de aquél³.

Por añadidura, se intenta justificar el intervencionismo en materia comercial en la relación existente entre política comercial y determinados intereses generales como la protección del medio ambiente o del entorno urbano, en virtud del impacto ambiental o territorial de determinado tipo de establecimientos. A este respecto, la exposición de motivos alude vagamente a los “*estudios de la doctrina científica*”, y la memoria justificativa directamente da por hecho que “*los grandes establecimientos deben condicionarse a la obtención de una autorización que controle el uso del suelo que requieren, los problemas de tráfico y de seguridad que puedan generar las aglomeraciones y los daños al medioambiente que su actividad ocasione*”.

De nuevo, este Consejo considera que la justificación facilitada acerca de la validez de las razones señaladas es insuficiente, toda vez que tanto la legislación sectorial como el sistema municipal de licencias ya garantizan adecuadamente la protección de dichos intereses generales sin necesidad de establecer una licencia comercial. Han de ser las normativas correspondientes (medio ambiente, patrimonio histórico y artístico y urbanismo) distintas de la distribución comercial las que protejan estos intereses, para no discriminar dicha actividad en relación con otras, y ser consecuentes con la no sujeción de las instalaciones comerciales al régimen de autorización, según se establece con carácter general.

En todo caso, debe destacarse que el APL no acota de manera restrictiva las razones de interés general con arreglo a las cuales cupiera justificar el régimen a las mencionadas expresamente, sino que las explicita a título de ejemplo, entre otras posibles razones “relacionadas con la distribución comercial”, sin proporcionar un catálogo cerrado para éstas, lo que resulta inadmisibles.

Por añadidura, tampoco considera este Consejo que, con independencia de que existiese un motivo de interés general diferenciado que fuese necesario proteger con esta licencia comercial, resulte acreditado que el establecimiento de esta licencia superaría el juicio de proporcionalidad, dado el cambio trascendental producido tanto en el modelo como en el objetivo de la regulación.

En la valoración de dicho daño a la libertad de empresa que suponen estas licencias (derecho constitucional protegible ex art. 38 CE) se deben tener en cuenta todos los intereses generales en juego y realizar una ponderación de cuál es el que tiene que prevalecer, para determinar que resulta justificado

³ Vid. el aludido Documento de posición, páginas 2 a 5.

dicho régimen. En este sentido, se debe ser cauteloso en defender, a expensas de la libertad de empresa, otros objetivos de interés general, algunos de los cuales, como precisamente la protección del medio ambiente o la conservación del patrimonio histórico y artístico, cuentan, a nivel constitucional, con un ámbito de protección inferior al de la libertad de empresa⁴.

Pues bien, la CNC considera que el daño a la libertad de empresa y, en definitiva, al consumidor, que podría llegar a producirse mediante la instauración de un régimen de autorización comercial que pudiera conducir a un cierre del mercado, no compensa al beneficio que pudiera derivarse de la protección de otros intereses generales.

Además, la vaga remisión a la legislación autonómica que opera la regulación propuesta supone en cierta medida una inhibición a favor de la dispersión a nivel normativo de la regulación sobre licencias comerciales, dejando la puerta abierta al mantenimiento injustificado del sistema actual de licencias, y ello a pesar del principio general de no establecimiento de regímenes de autorización que el APL enuncia.

Así, la opción escogida puede implicar que un número no despreciable de Comunidades Autónomas, si no todas ellas, opte por el establecimiento de estos regímenes de autorización, utilizando razones inapropiadas para justificar la existencia de la autorización, o introduciendo soslayadamente criterios de valoración económica en el propio ámbito de aplicación del régimen de autorización (tales como sujetar a autorización la apertura de establecimientos de tamaño mediano), que causen un daño desproporcionado a la libertad de empresa en relación con el interés general que se pretenda proteger. La posibilidad de tal opción se deduce también de la experiencia de lo sucedido con la LORCOMIN, en la que la exigencia de la licencia para los grandes establecimientos comerciales llegó a extenderse a las pequeñas tiendas de confección e, incluso, a los establecimientos mayoristas como los “cash & carry”.

En definitiva, ante este incierto panorama la CNC concluye que es preferible la supresión, de plano, de dicho régimen en la LORCOMIN, en beneficio de la seguridad jurídica, de la eficiencia en los mercados y de los consumidores.

Desde la CNC se entiende, además, que esta opción no supone merma de la habilitación competencial de las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior, pudiendo encontrar amparo en el art. 149.1.13 de la

⁴ Así, la libertad de empresa se configura como un auténtico derecho, que vincula directamente a ciudadanos y poderes públicos, mientras que la protección del medio ambiente o la conservación del patrimonio histórico y artístico son principios rectores de la política social y económica, que sólo pueden ser invocados en la medida en que los desarrollen las leyes, de acuerdo con el art. 53.3 CE.

Constitución (que habilita al Estado para dictar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Incluso podría contemplarse la posibilidad de recurrir a fórmulas hasta ahora no exploradas con éxito, tales como la ley de armonización. Este instrumento ha sido propuesto por el propio Consejo de Estado en su informe sobre la Ley Paraguas para asegurar una correcta transposición de la Directiva, habida cuenta de la existencia de potestades normativas de distinto alcance, en aras de garantizar el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición⁵.

En atención a todo lo anterior, este Consejo propone la siguiente redacción del artículo 6:

“Artículo 6. Instalación de establecimientos.

La instalación de establecimientos en ningún caso estará sujeta a régimen de autorización comercial”.

6 de Mayo de 2009

⁵Ver el Dictamen del Consejo de Estado nº 99/2009 (ECONOMÍA Y HACIENDA), aprobado el 18-3-2009, apartado de observaciones a la Disposición Derogatoria Única.