

¿CUÁNDO COMPRAR EN GALICIA? LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LOS HORARIOS COMERCIALES TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY DEL PARLAMENTO DE GALICIA 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE HORARIOS COMERCIALES

Carlos Padrós Reig*

Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen

Recientemente se han aprobado tanto por parte del Estado como por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia respectivas leyes de regulación de los horarios comerciales. A pesar de que no se producen diferencias sustanciales en relación al régimen general que vuelve al modelo de 1996, rechazándose por ello la liberalización total, es interesante analizar la regulación de los regímenes especiales. Se pueden dividir los regímenes especiales entre las tiendas que pueden abrir por razón del producto que venden; los establecimientos con una localización especial y las tiendas con una dimensión reducida, tanto generalistas como dedicadas a la venta de productos de consumo cotidiano.

Palabras clave: Comercio interior, Galicia, horarios comerciales, régimen especial

Abstract

Recently we have assisted to the passing of several Acts (both at national and regional level) regulating Sunday Trading. We study the normative regime of Galicia. In spite of the fact that there are no substantial differences in relation to the general regulation that reverts to the old 1996 model, it is worth noting the refusal to adopt a complete liberalisation on the matter. The article is devoted to analyze the current regulation of exceptional opening cases. We can divide this especial regulation among the stores that can open on account of the product that they sell; establishments with an especial location and; stores with a reduced dimension, both offering the sale of consumer goods or groceries.

Keywords: Shops Act, Sunday trading, Galicia, especial opening regulation

Recibido: 01/02/07. Aceptado: 15/05/07

* Profesor titular de Derecho Administrativo

1. Introducción

Tradicionalmente, la regulación de los horarios comerciales ha sido objeto de un intenso debate constitucional entre el Estado y las Comunidades.¹ En lo que refiere a este aspecto, varias SSTC (STC 225/1993; 228/1993; 264/1993 y 284/1993)² procedieron a un refrendo de la capacidad normativa estatal y la correspondiente inconstitucionalidad de la regulación autonómica. A su vez, sin embargo, algunas Comunidades Autónomas recurrieron contra el Real Decreto-Ley 6/2000 al mismo tiempo que aprobaban sus normas de horarios: Illes Balears (Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial), Cantabria (Ley 1/2002, de 26 de febrero, de comercio) y Extremadura (Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio) contra las cuales el Estado ha interpuesto sendos recursos.

El último episodio se ha producido con la aprobación casi simultánea de la Ley estatal 1/2004 y la Ley catalana 8/2004, cuyas contradicciones se han salvado mediante un acuerdo de modificación de ambas.

A este debate constitucional se añade una considerable inestabilidad legislativa en el esfuerzo por encontrar un equilibrio entre modelos reguladores. En 20 años se han aprobado cuatro normas fundamentales con sus características propias: Real Decreto Ley 2/1985; Real Decreto Ley 22/1993; Ley 2/1996 y Ley 1/2004. Mientras que la legislación de 1985 establecía un régimen de libertad, la de 1993 volvía a la senda restrictiva. Por su parte, la Ley 2/1996 partía de un compromiso de liberalización gradual durante un período transitorio hasta 2001.³ La actualmente vigente Ley 1/2004 vuelve

¹ Como explica GOMEZ-REINO, a propósito de la Ley 2/1996, "la presentación de la Proposición de Ley de CiU en las Cortes Generales se debió, prioritariamente, a la necesidad de paliar las consecuencias derivadas de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, relativa al reconocimiento de la competencia estatal para establecer el régimen básico de los horarios comerciales, que en la formulación del Real Decreto-Ley 2/1985 no dejaba margen alguno a la intervención normativa de las Comunidades Autónomas" GOMEZ-REINO, E. Horarios comerciales y de oficinas de farmacia. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 31.

² También, aunque en menor medida al tratarse de cuestiones de inconstitucionalidad, vid. STC 124/2003 STC 254/2004 y AATC 110/2005, 111/2005, 112/2005, 114/2005 y 115/2005 así como la reciente STC 164/2006.

³ Este período transitorio se amplió hasta el 1 de enero de 2005 por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (artículo 43).

en cierta manera al modelo de 1996 (libertad con fuertes restricciones y capacidad de las Comunidades Autónomas de establecer un régimen restrictivo hasta cierto punto).

En este último aspecto, es interesante también introducir un nuevo razonamiento. Aunque pueden existir diferencias de política económica entre partidos de derecha y de izquierda, siendo los primeros más partidarios de la liberalización y el mercado y los segundos más partidarios de la intervención y la ordenación pública, en el tema de los horarios esta división hipotética se traslada al centro-periferia. Algunas Comunidades gobernadas por partidos conservadores han utilizado la legislación estatal para situarse en la parte más restrictiva de la regulación. La diferencia de enfoque se encuentra pues entre los intereses nacionales y los intereses locales (siendo CiU la máxima expresión de ese clientelismo local). Así, prácticamente todas las Comunidades (excepto tal vez Valencia y Madrid) han transformado los límites mínimos estatales para la apertura dominical en límites máximos. A más cercanía con el sector comercial mayor tendencia a la restricción. Las opciones no son, por ello, ideológicas, sino territoriales.

La intervención administrativa sobre los horarios comerciales, pues, presenta aspectos constitucionales, legales y de técnica administrativa lo suficientemente interesantes como para merecer atención. En estas páginas dedicaremos el análisis a ello, con especial énfasis en los contenidos de la Ley del Parlamento de Galicia 13/2006, de 27 de diciembre, de horarios comerciales. La Ley reconstruye algunos de los preceptos de la Ley gallega 10/1998, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia, declarados inconstitucionales por la STC 228/1993 de 9 de julio de 1993, a la vez que actualiza el régimen de horarios en consonancia con la Ley estatal 1/2004 de de 21 de diciembre, de horarios comerciales (modificada recientemente por medio de la Disposición Final 9ª de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios). Por su especial complejidad nos detendremos pormenorizadamente en la regulación del régimen especial de horarios.

2. Régimen general

La regulación que adopta la Ley gallega 13/2006 de 27 de diciembre no difiere sustancialmente de la hasta ahora vigente en el Decreto 365/1996 de 26 de

septiembre, por el que se regulan los horarios comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. Efectivamente la regulación, ahora derogada, establecía el régimen de libertad horaria de los comerciantes con las siguientes limitaciones:

- horario de días laborales entre las 8.00 y las 24.00 (se excluye por tanto la apertura nocturna)
- máximo de 72 horas semanales de apertura
- máximo de 8 domingos comerciales
- posibilidad de la Consellería de autorizar dos días más de apertura
- tiempo máximo de apertura los domingos o festivos de 12 horas

Todo ello se mantiene sustancialmente inalterado en la nueva Ley, con algunas matizaciones. Los días 24 y 31 de diciembre (ya sean hábiles o inhábiles), el cierre del establecimiento se adelanta cuatro horas hasta las 20.00. En los días 1 de enero, 1 de mayo, 17 de mayo, 25 de julio, y 25 de diciembre, los establecimientos deberán permanecer cerrados. Se impone pues una prohibición absoluta de actividad comercial para esas fechas, que sólo es excepcionable si coincide con la celebración del mercado tradicional de la población y para aquellos comercios radicados en el entorno inmediato del mismo.

También merece atención el establecimiento de un procedimiento administrativo para la determinación de los dos festivos extraordinarios que vienen a sumarse a los ocho ya previstos. Con la nueva Ley (art. 6.2.), resulta que:

“Con independencia de lo establecido en el apartado anterior y al objeto de proteger los intereses comerciales de los diferentes municipios, una vez publicadas en el Diario Oficial de Galicia las fechas a que hace referencia este artículo, cualquier ayuntamiento podrá solicitar de la consellería competente en materia de comercio, la modificación de dos fechas para su término municipal. Esta solicitud habrá de ser motivada y realizarse antes del 15 de noviembre, teniendo que presentarse acompañada de los informes emitidos por la cámara de comercio, industria y navegación de la zona y las organizaciones empresariales y sindicales del sector comercial más representativas. La consellería resolverá en el plazo de quince días, a contar desde la presentación de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin resolución expresa, se considerará estimada la petición. Con anterioridad al 15 de diciembre serán publicados en el Diario Oficial de Galicia los cambios que se hubieran aprobado”

Aunque en el fondo la previsión no es sustancialmente distinta de la ya prevista en el art. 3.3. del Decreto 365/1996, sí es destacable la regulación de un procedimiento de solicitud de ampliación de los 8 festivos así como el carácter municipal de la excepción. Podría decirse pues que el régimen de apertura dominical en Galicia se presenta como un 8+2 pero sólo para los municipios que así lo soliciten y motiven.

Por lo demás, cabe preguntarse si esta nueva normativa gallega coincide con las bases estatales dictadas en la Ley 1/2004. La cuestión más problemática reside en determinar la capacidad autonómica de imponer un horario máximo de apertura diaria como hace la Ley gallega (el llamado horario de coincidencia). Efectivamente, cumplidos los límites globales de horas y días festivos, aparece la duda acerca de la posibilidad de restringir el horario ordinario. Hay que tener en cuenta que la Ley estatal 1/2004 establece, en su artículo 1 el principio de libertad horaria del comerciante. Este principio puede calificarse como un principio general de ordenación de la economía. La libertad afecta a tres aspectos básicos:

- libertad de horario
- libertad de apertura en domingos y festivos
- libertad de número de horas diarias

Además, según lo que se dispone en el art. 3.2. Ley 1/2004,

“el horario de apertura y cierre dentro de los días laborables de la semana será libremente decidido por cada comerciante, respetando siempre el límite máximo del horario global que, en su caso, establezca cada Comunidad Autónoma.”.

Siendo esto así, el establecimiento de un horario entre las 8:00 y las 22:00 en el horario general (art. 4.3. Ley gallega 13/2006), y el establecimiento de un límite diario máximo (art. 4.2. Ley gallega 13/2006) puede incurrir en una restricción inconstitucional.⁴ Efectivamente, no se entiende por qué razones de ordenación comercial un establecimiento no puede permanecer abierto 14 horas diarias, abriendo a las 8 de la mañana y cerrando a las 10 de la noche de manera ininterrumpida de lunes a viernes. El cómputo global

⁴ Hay que decir que similar previsión existe en la ley catalana 8/2004 (limita el horario de coincidencia entre las 7:00 y las 22:00) y que la Comisión Bilateral Estado-Generalitat acordó interpretar ese precepto como constitucional y por ello no impugnarlo ante el Tribunal. Vide Comunicado de prensa del Departament de Comerç, Turisme i Consum de la Generalitat de Catalunya de 14 de septiembre de 2005.

semanal sumaría 70 horas pero se superarían las 12 horas diarias. Este aspecto puede, por tanto, ser contrario al principio de libre organización del horario en los días laborables, aspecto básico de la regulación estatal.

Finalmente, debemos mencionar la interesante posibilidad que el legislador gallego contempla respecto a la calificación excepcional de día hábil comercial por circunstancias de abastecimiento. Efectivamente, dado el nada racional calendario festivo español, con semanas que pueden llegar a acumular hasta tres festivos (por ejemplo, la festividad de la Inmaculada, el día de la Constitución y un domingo), se introduce una disposición adicional segunda que determina que:

“La consellería competente en materia de comercio podrá, excepcionalmente, de forma motivada y mediante consulta previa a las cámaras de comercio, industria y navegación, así como a las organizaciones empresariales y sindicales del sector comercial más representativas, declarar hábil comercialmente algún día, a mayores de los previstos en el texto legal, al objeto de evitar un posible desabastecimiento de la población, por la concurrencia de varios días comercialmente inhábiles o por haberse declarado laborable alguno de los días a que hace alusión el apartado 2 del artículo 5 y el apartado 3 del artículo 8 de la presente ley”⁵

3. Régimen especial

Junto con el régimen general basado en el principio de libertad horaria y de fijación por parte del Estado de un nivel máximo de restricción hasta donde pueden regular la Comunidades, aparece también la regulación de un régimen especial. De hecho, cabría reflexionar sobre la utilidad misma del establecimiento de un régimen especial si se impusiera de forma generalizada el principio de libertad. Así, la regulación del régimen especial viene condicionada por el mismo carácter restrictivo de las medidas de regulación. Dicho en otras palabras, cuanto más restrictiva sea la regulación sobre apertura y horarios, más justificación para el establecimiento de regulaciones sectoriales específicas. Continuando con este razonamiento, la desaparición de cualquier restricción supondría paralelamente la inutilidad de la regulación sectorial.

⁵ de hecho, no se entiende bien la mención a los días 24 y 31 de diciembre (apartado 3 del artículo 8) que son ordinariamente hábiles. Así, los días a que refiere la Disposición Adicional deben ser sólo 1 de enero, 1 de mayo, 17 de mayo, 25 de julio y 25 de julio).

En el mismo sentido, la inclusión en una norma estatal básica de la regulación de supuestos especiales supone un blindaje de los mismos respecto a las potestades restrictivas que puedan ejercer las Comunidades. Mientras que éstas pueden ampliar al máximo los supuestos de libertad y regímenes especiales, no pueden restringir los supuestos especiales en contra de lo establecido en la Ley. La cláusula de regulación de los sectores que aquí analizaremos debe funcionar pues como freno a la limitación autonómica.

También de modo introductorio podemos reflexionar sobre la existencia misma de los supuestos especiales. Resulta probado que las restricciones a cierto tipo de actividad comercial acaban resultando un inconveniente para el desarrollo de la ajetreada vida moderna. Si ello es así, la regulación de un régimen especial daría respuesta a los casos donde la libertad horaria no cuestionaría de manera global el modelo comercial deseable. De manera menos positiva, la regulación especial demostraría la dificultad de regular restrictivamente algo que la realidad desmiente. Los ciudadanos compramos (por voluntad o por obligación) fuera del horario y el calendario administrativamente fijado. Los regímenes especiales darían respuesta a los lobbies que han obtenido un mejor resultado convenciendo al regulador del carácter imprescindible de su tratamiento excepcional.

Esta especie de captura administrativa (el fenómeno del *rent seeking* en terminología anglosajona) se demostraría por el distinto tratamiento de cada sector que ofrecen las varias Comunidades.⁶ Así, donde tenga mayor fuerza el lobby de, por ejemplo, los comerciantes de artículos de confección de piel, se conseguiría el reconocimiento del régimen especial. Este sería el

⁶ BEUNZA y SANZ demuestran como la captura supone una disociación entre interés ciudadano general y actuación administrativa: "En la democracia hay muchos grupos de interés que persiguen los favores del Estado – en forma de aranceles, subvenciones, o regulaciones favorables con el objeto fundamental de restringir o incluso eliminar la competencia. Lo cierto es que el conjunto de la sociedad tiene más que perder con estas políticas que lo que puedan ganar los miembros del grupo de interés de que se trate. Pero las ganancias para la sociedad están muy dispersas, mientras que a los grupos de interés les va su fuente principal de ingresos en el envite, de forma que estarán dispuestos a invertir ingentes recursos para convencer al político. Cataluña, por ejemplo, la comunidad autónoma con mayor número de pequeños comerciantes, contaba hasta que el Tribunal Constitucional la anuló, con una de las regulaciones de horarios más estrictas de España, pese a que sus ciudadanos son contrarios a tal regulación en un 71,1%, por encima de la media nacional, que es del 63%". Beunza Ibáñez, D. y Sanz Pérez, C. "La regulación de los horarios comerciales" *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 3, 1994. p. 647

caso de Castilla y León, por ejemplo. Para hacer más transparente este fenómeno, la regulación autonómica deja abierta, en algunos casos, la posibilidad de reconocimiento de otros sectores específicos para el futuro. De esta manera, un colectivo gremial que deseara la aplicación de un régimen especial para su actividad comercial, podría tramitar la correspondiente solicitud. (vide Decreto valenciano 69/1999 de 4 de mayo). En ese supuesto, el legislador autonómico no quedaría vinculado por el régimen estatal, en el sentido que podría aplicar una excepción modulada, consistente en la apertura dominical parcial o la libertad horaria excluyendo el período nocturno.

Este fenómeno de diversidad reguladora, aunque algo chocante y con muy serios riesgos de derivación hacia intereses estrictamente particulares, permite también una interpretación positiva en el sentido de poder adaptar mejor cada modelo comercial a cada territorio. De esta forma, se cumpliría con el principio expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 según el cual, “esta norma permitirá que cada Comunidad Autónoma adecue su régimen de horarios a las características y al modelo de comercio de cada una de ellas”. La flexibilidad en la extensión (que no en la restricción) del régimen especial permitirá también a cada Comunidad dar respuesta a los hábitos de compra específicos de sus ciudadanos no sólo en lo que respecta al modelo general sino también en cuanto a la definición de los supuestos que merecen un tratamiento diferenciado.

En tercer lugar, como reflexión introductoria se debería considerar una aplicación extensiva del régimen especial puesto que éste concuerda con el principio general de libertad horaria de los establecimientos contemplado en el artículo 1 de la Ley. Si el principio general es el de libertad de cada comerciante, las restricciones que puedan establecer las Comunidades deberían interpretarse de manera estricta, es decir, sin posibilidad de analogías. Por el contrario, el régimen especial de libertad podría interpretarse de manera más abierta en el sentido de permitir que se acojan al mismo sectores que no se hallan específicamente incluidos en la enumeración sectorial pero que son afines con los especiales (por ejemplo, para los casos de Cataluña, Madrid o Galicia, se regula específicamente la aplicación del régimen de libre apertura para las churrerías, concepto que podría entenderse ya incluido dentro del más general relativo a la pastelería).⁷ Dicho de otra manera, aunque Cataluña,

⁷ Vid en general sobre el principio pro libertate, VILLAREJO GALENDE, H. *Régimen Jurídico de los horarios comerciales*. Comares, Granada, 1999, p. 363

Madrid y Galicia sean las únicas Comunidades que prevén el régimen especial para estos establecimientos, los churreros del resto de Comunidades parece que podrían abrir igualmente a voluntad si se interpreta de manera más amplia el concepto de establecimientos comerciales de pastelería o incluso el de comercios de platos preparados, sin forzar en demasía la interpretación de la Ley 1/2004. El mismo razonamiento es aplicable a las heladerías en Castilla y León.

En general, puede afirmarse que la regulación de regímenes especiales de la Ley 1/2004 se basa en el diseño normativo contenido en el artículo 43 del RDL 6/2000 de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. Como novedades, de manera sintética pueden destacarse:

- El régimen especial por razón de actividad se flexibiliza, de manera que ahora es suficiente que los establecimientos se dediquen “*principalmente*” a la venta de los productos privilegiados.
- Podrán acogerse al régimen especial las tiendas de hasta 300 m² que pertenezcan a empresas o a un grupo de distribución, siempre que éste tenga la consideración de PYME.
- En los establecimientos de alimentación y consumo cotidiano, se abre las puertas al incremento o reducción de la superficie mínima por parte de las Comunidades, con un límite objetivo fijado en los 150m².
- La superficie computable máxima de las tiendas de conveniencia tendrá en cuenta sólo la superficie dedicada a exposición y venta al público.
- Se mencionan expresamente los estancos como actividades cuyo horario comercial debe regirse por normativa específica.

A efectos de clarificar la exposición, dividiremos el análisis de los supuestos especiales en tres grandes subgrupos: por razón de la actividad, por razón de la zona y por razón de su dimensión. Esta clasificación, además, tiene un tratamiento jurídico diferenciado ya que no a todos los casos se aplica la libertad horaria general. Así, la división también podría trazarse no por el sujeto sino por el régimen aplicable, resultando una división entre: aquellas actividades a las que se aplica la libertad de horarios prescrita en la legislación estatal; aquellos establecimientos y actividades que se rigen por su normativa

específica; y finalmente aquellos establecimientos exentos de la aplicación de la normativa estatal y correspondientemente regulados por normativa autonómica (si la hubiere).

3.1. Régimen especial por razón de la actividad

Según el artículo 5.1. de la Ley 1/2004:

“Los establecimientos dedicados principalmente a la venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia, (...) tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional”

Destaca en primer lugar que la actividad comercial no debe ser exclusiva para los productos “privilegiados” sino que se trate de una comercialización principal (la Ley balear 11/2001 utiliza el término cuya oferta habitual esté preferentemente constituida por esos productos).⁸ De este modo, se permite una cierta flexibilidad para esos establecimientos. Esta flexibilidad no se recoge en muchas de las normas autonómicas. A título ilustrativo, el concepto de venta principal de la legislación estatal se convierte en “establecimientos dedicados exclusivamente” en la Ley cántabra. Ello no supone una mayor voluntad restrictiva de las Comunidades sino una falta de adaptación a la reforma de 2004 que incluye el concepto de dedicación principal, cosa que no se hacía anteriormente.

La Ley balear 11/2001, de 15 de junio, ofrece una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por actividad principal o actividad preferente: “se entenderá que existe oferta habitual predominante cuando el número de las referencias autorizadas supere en más de un 50% a las no autorizadas. Los domingos y festivos no podrán venderse otros artículos que no sean

⁸ Respecto a las llamadas “tiendas mixtas” el diputado socialista Mas Estela, defendiendo el proyecto de Ley afirma respecto al concepto de “principalmente” que, “todos sabemos que generalmente este tipo de establecimientos, cuando abren los domingos, venden otras cosas. Si decimos establecimientos dedicados a la venta de platos preparados ¿qué quiere decir? ¿Que podrán o que no podrán vender la botella de vino que acompaña al plato preparado? Todos sabemos que las pastelerías, por regla general, venden además fiambres, quesos, etcétera. Por tanto, el hecho de decir “dedicados principalmente”, intenta aclarar los términos para que luego no haya malos entendidos” Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisión de Industria, Turismo y Comercio. n. 127 de 3 noviembre 2004, p. 17.

aquellos que hayan justificado, en su caso, la consideración de establecimiento con libertad de apertura los días festivos” (art. 21.1.a.). Lo mismo puede decirse de la regulación madrileña.

Para nuestro caso, el art. 8.1.a) de la Ley gallega 13/2006 utiliza el concepto de “establecimientos dedicados esencialmente” lo que resulta algo más restrictivo. Efectivamente, una cosa es la dedicación principal (que admite la accesoria) y otra es la dedicación esencial (que admite también la secundaria pero en menor grado). En cualquier caso se trata de una cuestión terminológica menor y dónde se encuentra el caballo de batalla es en la definición misma de lo principal y lo accesorio, cuestión que no aborda la Ley).

3.1.1. Productos perecederos

Desde 1996 se han regulado como supuesto especial la venta de pan, pastelería y platos preparados, puesto que se trata de productos que deben consumirse de manera perentoria después de su preparación. Más complicada es en cambio la justificación para las flores y plantas. Si bien la flor cortada se marchita, parece claro que no debe venderse exactamente el mismo día. Existen en la actualidad cámaras de refrigeración que conservan perfectamente los productos hasta una semana. Más cuestionable es todavía el caso de las plantas.

Podría justificarse que la venta de pan debe gozar de un régimen de apertura especial puesto que se trata de un producto de primera necesidad. Ello es dudoso por cuanto se puede perfectamente realizar una comida sin ese producto y por cuanto los sistemas de congelado o pre-cocinado actuales permiten disponer siempre de pan en los hogares. La Ley 1/2004 se califica como básica en sus contenidos de manera que las Comunidades están obligadas a respetar el contenido objetivo del listado de productos especiales. De esta manera se levanta la duda que ofrecía la Ley valenciana 8/1997 que no recoge entre las excepciones a las panaderías. Al no calificar la Ley Orgánica 2/1996 sus preceptos como básicos pudiera parecer que las Comunidades tenían libertad para incluir o no en sus regulaciones los mismos productos. Con la nueva redacción se aclara este extremo de manera que la regulación estatal constituye un mínimo indisponible. Por tanto, en la medida en que el art. 8.1.a) de la Ley gallega 13/2006 recoge los establecimientos estatales (a los que añade las churrerías y los platos preparados) se respetaría la necesaria congruencia con la legislación estatal básica.

Respecto a los demás productos, parece que se trataría de una justificación más cultural que de otra índole: tenemos costumbre de comprar dulces los domingos y el día de la semana que más platos preparados se venden es también domingo. Con respecto las flores y plantas, se justificaría su régimen especial en determinadas zonas (hospitales o funerarias) pero resulta más difícil hacerlo más allá de la costumbre para los domingos y festivos.

3.1.2. Prensa

Por la característica misma de los productos, los establecimientos de venta de prensa deben poder contar con un régimen de apertura más amplio. Los días considerados festivos en el calendario laboral no suponen la no aparición de los periódicos y por ello la correspondiente necesidad de venderlos en tiendas o quioscos.

3.1.3. Combustibles y carburantes

Las estaciones de servicio se han convertido en los verdaderos centros comerciales 'francos' en nuestras ciudades. Cabe preguntarse si el régimen especial previsto incluye sólo al producto combustible en sí o incluye a la estación de servicio de forma general. Dicho en otras palabras, fuera del horario ordinario, ¿las estaciones de servicio pueden comercializar cualquier tipo de producto o sólo los carburantes? . Parece claro que la respuesta debe ser limitada a los productos estrictamente relacionados. Así, el régimen especial por razón de la actividad se limitará a ampliar el horario sólo para los combustibles y carburantes. Sea como fuere, la norma estatal regula los establecimientos y no los productos, así que una estación de servicio podrá ofrecer en horario extendido aquellos productos relacionados con el automóvil. Distinto es en cambio, la existencia de tiendas de conveniencia o mini supermercados integrados o anexos a las estaciones de servicio de grandes petroleras. Así, no es infrecuente ver tiendas Corte Inglés en las estaciones de servicio Repsol. En puridad, estas tiendas no forman parte de la estación de servicio y por tanto deberían sujetarse al régimen de las tiendas de conveniencia o a los pequeños establecimientos.

En este sentido, es destacable la clarificación que introduce la Ley gallega 13/2006 en cuanto establece en su artículo 8.1.c) que:

“En caso de que existan establecimientos comerciales cuya oferta principal no estuviera vinculada a la venta de combustibles y carburantes, se les aplicará, en cuanto a su horario, las limitaciones de los artículos 4 y 5”. (horario general y régimen de domingos y días festivos).⁹

3.1.4. Tiendas de conveniencia

El concepto de tienda de conveniencia proviene de una traducción incorrecta de la legislación inglesa, que prevé la existencia de establecimientos pequeños que ofrecen productos económicos y se sitúan en zonas céntricas y gozan de una amplia libertad horaria. Así, las “*convenience shops*” de la Shops Act de 1950 deberían traducirse por tiendas céntricas o tiendas prácticas y no por tiendas de conveniencia. Además, la regulación de la tienda no hace referencia, como en España, a los productos que en ella se venden sino a su situación y a las facilidades suplementarias que se ofrecen al consumidor, como es su dilatado horario.

Según el art. 5.4. de la Ley 1/2004:

“Se entenderá por tiendas de conveniencia aquellas que, con una superficie útil para la exposición y venta al público no superior a 500 metros cuadrados, permanezcan abiertas al público al menos dieciocho horas al día y distribuyan su oferta, en forma similar, entre libros, periódicos y revistas, artículos de alimentación, discos, videos, juguetes, regalos y artículos varios”

Las llamadas tiendas de conveniencia deben reunir pues tres requisitos:

- Una superficie comercial de hasta 500 m².
- Que estén abiertas al menos 18 horas al día.
- Que oferten productos culturales.

La superficie computable máxima de las tiendas de conveniencia tendrá en cuenta sólo la superficie dedicada a exposición y venta al público, aclaración técnica que introduce la Ley 1/2004 y que no constaba en la anterior regulación estatal.

El Decreto de Madrid 130/2002 establece de forma detallada como debe ser la distribución entre los productos de las tiendas de conveniencia para poder ser calificadas como tales, clarificando así el concepto de “*distribuir la oferta de forma similar*”:

⁹ Paréntesis añadido.

Cuadro 1. Distribución de productos en tiendas de conveniencia

Producto	Superficie
Libros, prensa, discos y videos	15 % - 35 %
Artículos de alimentación	30 % - 50 %
Juguetes, regalos y varios	15 % - 50 %

Aunque la combinación porcentual es flexible, hay que recordar que resulta obligatorio ofrecer todos los productos especificados. Se rechaza de este modo la enmienda que presentaba el grupo parlamentario catalán (CiU) que proponía que las tiendas de conveniencia distribuyeran su oferta “según determine la normativa de las Comunidades Autónomas”. Se rechaza igualmente la propuesta que imponía a las tiendas de conveniencia la obligación de abrir todos los días del año.

Resulta también muy interesante la disposición adoptada por el legislador gallego que intenta evitar que las tiendas de conveniencia se conviertan en tiendas de alimentación encubiertas. Para ello establece el art. 8.2. *in fine* que:

“La oferta alimentaria será menor del 30% de las referencias y del 25% de la superficie de exposición y venta del establecimiento”

3.1.5. Farmacias y estancos

Según el art. 5.6. de la Ley 1/2004

“Las oficinas de farmacia, así como los estancos, se registrarán por su normativa específica, aplicándose en su defecto las disposiciones de esta Ley”

La Disposición Adicional 5ª de la Ley 7/1996 establecía un régimen comercial especial para las expendedorías de tabaco y timbre (estancos) y para los establecimientos dedicados a la venta y expedición de productos farmacéuticos. Este régimen comercial diferenciado se justificaba tanto por el producto mismo como por la configuración del mercado minorista de tabaco. En el caso de las farmacias suponía el reconocimiento de estos establecimientos como un eslabón básico del sistema sanitario y no como una tienda más.

Puesto que estos establecimientos se sujetarían a un régimen comercial especial, era lógico que también en materia de horarios existiera un

tratamiento diferenciado. Sin embargo, la LO 2/1996 mencionaba exclusivamente las farmacias con lo cual se abría la duda acerca de la oportunidad de elaborar un régimen especial de horarios comerciales para los estancos o, como parecía, mantenerlos dentro del régimen general.¹⁰ Si la Ley hubiera querido que los estancos gozaran de un régimen horario especial, los hubiera incluido en la redacción del artículo 3 de la LO 2/1996 junto con las farmacias.

La reforma ahora emprendida por la Ley 1/2004 confirma la hipótesis del simple olvido de los estancos en la legislación precedente, de manera que ahora se confirma también un régimen de horario comercial especial por razón de la actividad para las expendidurías de tabaco y timbre.

Parecida remisión aparece en el art. 2.2. de la Ley gallega 13/2006:

“Quedan excluidas del ámbito de la presente ley aquellas actividades comerciales que, en razón de su objeto, estuvieran reguladas por una legislación especial; en particular, farmacias y estancos, a los cuales esta ley será de aplicación supletoria”.

Con respecto a los estancos, conviene acudir a la regulación del horario comercial que efectúa el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998 de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendidurías de tabaco y timbre. Efectivamente, la Ley 13/1998 procede a liberalizar el comercio mayorista de tabaco (fabricación, importación y distribución mayorista de labores del tabaco) a la vez que mantiene la comercialización final bajo el instituto concesional. Así, el estanco no constituye un sector comercial especial sino un concesionario del Estado sujeto a derechos y obligaciones.

Entre estas obligaciones, el artículo 29.g. de citado Real Decreto establece un régimen horario obligatorio con la finalidad de mantener unas condiciones de servicio al público adecuadas. Constituye por tanto una obligación de la expendiduría: “mantener la apertura del establecimiento durante el horario comercial que resulte más usual en la zona, con respeto en todo caso de la legislación vigente en cada momento”. Como vemos se produce una

¹⁰ Vide en general PADRÓS REIG C. la voz “Comercio y Consumidores” en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas* 1992; 1994 y; 1995-1996. Barcelona, varias fechas.

especie de remisión circular. La Ley 1/2004 establece que los estancos se regirán por su normativa específica y ésta fija un horario en relación a la legislación general sobre horarios. En principio, pues, un estanco no podría gozar de un régimen de libertad horaria mayor al de los comercios en general por razón de la actividad que desarrolla. En cambio, el Real Decreto 1199/1999 establece un horario mínimo de apertura: entre las 9.00h y las 13.30h por la mañana y las 17.00h y las 20.00h. excepto los sábados tarde y festivos. Los horarios que restrinjan la apertura respecto a los mínimos indicados requerirán la autorización del Comisionado para el mercado de Tabacos, previa justificación de su conveniencia.

En definitiva, la legislación especial sobre estancos no determina un régimen horario más extendido que el general sino que se limita a establecer un horario mínimo de 42 horas semanales y el cierre dominical y los sábados por la tarde. Nada impide extender ese horario de venta al público hasta el límite general de 72 horas y 12 domingos (8 si así lo determinan las Comunidades). A su vez, los estancos que estén radicados en zonas especiales podrán beneficiarse de su régimen horario (por ejemplo el estanco situado en la estación de Sans en Barcelona). También es destacable como la Ley 18/2005 de 26 de diciembre de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro y la publicidad de los productos del tabaco, no introduce modificaciones a este régimen horario especial.

Con respecto a las farmacias, poco puede añadirse al estudio monográfico del profesor GÓMEZ-REINO al que nos remitimos *in toto*.¹¹ Las farmacias cuentan con una legislación específica desde la aprobación de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia y la correspondiente normativa autonómica complementaria. La idea subyacente básica es la configuración de la actividad farmacéutica como un servicio sanitario y por ello debe poder prestar un servicio permanente y constante a los ciudadanos. El artículo 6.1. de la Ley 16/1997 establece literalmente que: “Las oficinas de farmacia prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencia y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia”.

¹¹ GÓMEZ REINO CARNOTA, E. *Horarios comerciales y de oficinas de farmacia*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

El Tribunal de Defensa de la Competencia ya se pronunció en su informe de 1995¹² sobre la restricción de apertura y los turnos de guardia estableciendo que debía primar la libertad empresarial frente a la regulación. En consecuencia, sólo cuando el ejercicio de la libertad mercantil no permita cubrir los objetivos sociales deberá aplicarse subsidiariamente la regulación que establece los turnos de guardia y los servicios de urgencia. De esta manera se reconoce que constituyen una realidad económica distinta las farmacias en grandes ciudades y las farmacias rurales, a los efectos de poder ofrecer una eficaz asistencia sanitaria.

Con ello, la ley recoge el principio de regulación mínima y libertad del farmacéutico para ampliar el mismo. Siguiendo la exposición de GÓMEZ-REINO, puede dividirse entre:

- **horario mínimo ordinario:** se aplica a todas las farmacias y depende de la regulación autonómica. Por ejemplo en el País Vasco se fija entre las 9.00h y las 22.00 h. y en Galicia de 9.00h a 14.00h y de 16.00h a 20.00 h. Se realiza igualmente un cómputo semanal mínimo. En el caso de Cataluña, las farmacias deben prestar una atención farmacéutica ordinaria de 1.800 horas anuales. A su vez el horario mínimo se divide entre horario mínimo obligatorio para todas las farmacias; horario obligatorio para las farmacias de una determinada área farmacéutica y horario ordinario obligatorio del ámbito municipal.
- **horario de urgencia:** son servicios que se realizan fuera del horario ordinario y se organizan normalmente en turnos rotatorios entre las farmacias. Se dispensan medicamentos y productos sanitarios prescritos con receta médica y aquellos que se consideren urgentes. La organización de los servicios en estos casos depende de los módulos de población a la que hay que atender con la finalidad de garantizar una adecuada accesibilidad.
- **horario libre:** cumplidos los horarios mínimo y de urgencia, las farmacias pueden ampliar libremente el horario hasta el punto que en las grandes ciudades se impone el modelo de las farmacias 24 horas. Este horario debe ser objeto de comunicación y debe mantenerse durante un período mínimo de un año.

¹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. La competencia en España: balance y nuevas perspectivas. Madrid, 1995

3.1.6. *Venta de productos culturales*

Según el art. 5.7. de la Ley 1/2004:

“Dentro de los límites marcados por la presente Ley, las Comunidades Autónomas podrán regular específicamente los horarios comerciales de los establecimientos dedicados exclusivamente a la venta de productos culturales, así como los que presten servicios de esta naturaleza”

En primer lugar, destaca la remisión estatal a la normativa autonómica. No estamos pues ante una regulación estatal básica sino ante la apertura de un espacio normativo a las Comunidades que en su actividad normativa deben respetar los mínimos estatales generales.

La idea inicial en la regulación de este tipo de actividad parece claramente que era la de fomentar una mayor libertad horaria de este tipo de establecimientos para fomentar la venta de dichos productos culturales. Así reza por ejemplo el BOGC de 26 de enero de 1995 cuando, en la tramitación parlamentaria de la LO 2/1996 se detalla que “se trata de facilitar al ciudadano el acceso a la cultura en sus diversas manifestaciones, teniendo en cuenta que la organización del tiempo libre de la sociedad contemporánea justifica un régimen diferenciado en la materia, para cuyo establecimiento resulta idóneo el nivel autonómico”. De esta manera se estaría dando cumplimiento al artículo 44 CE cuando establece que los poderes públicos facilitarán el acceso a la cultura. En este caso, un régimen horario más extenso serviría como mecanismo de acceso cultural.

Esta idea significaría una regulación básica estatal a favor de un régimen horario especial más flexible. Como indica REBOLLO PUIG, “la redacción del apartado permite a las Comunidades, no sólo ampliar el horario, sino también restringirlo más intensamente que cualquier otro comercio. Es más, por sorprendente que sea, en el fondo sólo sirve para esto último, sólo para que las Comunidades puedan establecer mayores limitaciones, porque para dar más libertad de horarios a estos establecimientos o a cualquier otro, no hace falta una previsión específica.”¹³

¹³ REBOLLO PUIG, M. “Comentario a la LO 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista” en *AAVV Comentarios a Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Civitas, Madrid, 1997, p. 668. Esta opinión concuerda con la enmienda presentada por el grupo parlamentario de Izquierda Unida (IV-IU-ICV) que expresa que “entendemos que no es preciso considerar esta excepción en la Ley, porque podría perjudicar

Además surge el problema de la definición misma de producto cultural que no recoge la Ley estatal. Así, hay que atender a las varias legislaciones autonómicas al respecto, que incluyen productos como: libros, música, periódicos, revistas, instrumentos musicales, vídeos, etc. Hay que recordar por ejemplo que parte del fracaso de la implantación de la cadena Virgin en España se debió a la imposibilidad de apertura dominical de sus establecimientos, impedimento que desaparecería con la regulación española a partir del año 1996.

La Ley castellano manchega 10/2005 prevé un régimen de libertad horaria para “los establecimientos dedicados en exclusiva a la venta de productos típicos culturales y productos de artesanía popular” (art. 6.1.d.) Por su parte, la Ley asturiana 10/2002 de 19 de noviembre autoriza la libertad horaria para los establecimientos que vendan productos culturales y de artesanía, restringiendo en cambio su ubicación a los cascos históricos de las ciudades, en las zonas comerciales tradicionales localizadas en el ensanche y en las áreas centrales de los cascos urbanos. (artículo 33.2.). De esta manera se mezclan la libertad por razón de las características del producto con la restricción por razón de la ubicación produciéndose una cierta incoherencia. Si se determina la conveniencia de fomentar el acceso a los productos culturales éste debería poder realizarse con independencia de la ubicación del negocio. También merece la pena mencionar como esta regulación asturiana incluye dentro de los productos culturales, la filatelia, la numismática, el comercio de antigüedades y los recuerdos.

El Decreto madrileño 130/2002 de 18 de julio permite la aplicación de este régimen especial por razón del producto a aquellos establecimientos que pese a comercializar otros productos tengan delimitado el acceso individualizado a estos productos por disponer de una sección específica. Este podría ser el caso de cadenas de establecimientos como VIPs o OpenCor.

Distinto es en cambio el enfoque de la Ley catalana 8/2004 de 23 de diciembre cuando prevé un régimen especial para los establecimientos relacionados con infraestructuras culturales o centros recreativos que vendan productos relacionados. Así podrían acogerse a esta especialidad los comercios

gravemente a librerías y papelerías. En realidad, la excepción está pensada para un número muy reducido de establecimientos” BOCG, Congreso de los Diputados, serie A n. 7-4 de 20 de octubre de 2004, p. 27.

situados en locales o recintos de afluencia turística como museos, monumentos y centros recreativos turísticos. No se trata por tanto de una regulación basada exclusivamente en el carácter cultural del producto sino en la autorización de venta de merchandising cultural.

La nueva ley gallega no contempla específicamente la venta de los productos culturales (sí lo hacía, en cambio, la Disposición adicional del Decreto gallego 365/1996 de 26 de septiembre).¹⁴ Sí existe, sin embargo, una mención similar a la catalana. Efectivamente, según el art. 8.1.f), se aplica un régimen especial de libertad horaria a:

“Los establecimientos comerciales ubicados en locales o recintos de afluencia turística, como museos, monumentos y centros recreativos turísticos, y a los cuales estén directamente vinculados por el producto comercializado”

En estos casos debe existir una vinculación entre radicación y producto de manera que no basta con la proximidad a estas infraestructuras culturales para gozar de mayor libertad horaria. Las tiendas allí situadas deben vender productos vinculados (culturales o no, pero vinculados al centro).

Finalmente, destaca también la regulación de la venta de libros el Día de las Letras Gallegas (art. 7):

“Se autoriza a los establecimientos dedicados a la venta de libros para que abran el día 17 de mayo de cada año, con ocasión de la celebración del Día de las Letras Gallegas”

3.1.7. Anecdótico sectorial

El régimen de horarios especiales en razón de la actividad comercial abre la puerta a un enorme casuismo autonómico. Estos son algunos ejemplos:

¹⁴ el dictamen del Consello Económico e Social de Galicia de 21 de junio de 2006 propuso la simplificación de los apartados 1 y 2 del artículo 7 del proyecto que regulaban separadamente el Día das Letras Galegas y la venta de libros y/o productos culturales relacionados con la referida celebración. El redactado final elimina la mención a los productos culturales.

 Cuadro 2. Supuestos especiales según Comunidad Autónoma

Churrerías	Madrid ; Cataluña; Galicia
Patatas fritas	Madrid
Bollería industrial	Madrid
Artículos de confección de piel	Castilla y León
Frutos secos	Castilla y León ; Madrid
Caramelos, dulces y asimilados	Castilla y León ; Madrid
Heladerías	Castilla y León
Tiendas de recuerdos típicos	Castilla y León

Al igual que las varias legislaciones autonómicas recogen supuestos especiales de apertura, también es destacable el olvido del legislador respecto a otros sectores como pueden ser videoclubs, cybercafés, centros de masaje, tiendas de autopistas, locutorios telefónicos, fruterías, etc. En la mayoría de los casos se trata de establecimientos de servicios y no propiamente de comercio de productos, con lo cual se abre la puerta al debate de la frontera servicio/producto en materia de comercio minorista. En este sentido, la Ley gallega utiliza una adecuada remisión entre la normativa de horarios y la de ordenación del comercio en cuanto a la definición de actividad comercial de carácter minorista.¹⁵

3.1.8. Venta de bebidas alcohólicas

Los establecimientos que vendan al por menor bebidas alcohólicas cuentan con un régimen de horarios especial que viene impuesto por normativas autonómicas específicas más que por la propia normativa de horarios. A título de ejemplo, el art. 30.4. de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 de 27 de junio, de drogodependencias y otros trastornos adictivos, esta-

¹⁵ el art. 2.1. de la Ley 13/2006 efectúa una remisión al artículo 2.1. de la Ley gallega 10/1998 de 20 de julio de Ordenación del comercio interior de Galicia, según el cual: "A efectos de esta Ley, se entiende por actividad comercial la realizada por personas físicas o jurídicas, consistente en colocar u ofrecer en el mercado productos naturales o elaborados por cuenta propia o ajena, así como aquellos servicios que de ella se deriven. (...) Será actividad comercial de carácter minorista el ejercicio profesional de adquisición de productos, en nombre y por cuenta propios, para su reventa al consumidor final. Igualmente tendrá este mismo carácter la venta realizada por los artesanos de sus productos de su propio taller."

blece un régimen de control de la oferta de bebidas alcohólicas: “No se permitirá la venta, suministro o distribución minorista de bebidas alcohólicas realizada a través de establecimientos de cualquier clase en los que no esté autorizado el consumo, la de carácter ambulante y la efectuada a distancia, cuando tengan lugar durante el horario nocturno que se determine por cada Corporación Local. En defecto de normativa local, se entenderá por horario nocturno el comprendido entre las veintidós y las ocho horas del día siguiente.”

En este caso, la aplicación de un régimen especial no podrá suponer un menoscabo al principio de prohibición recogido en la normativa sectorial. Ello es así incluso en los establecimientos como tiendas de conveniencia que pueden permanecer abiertos más allá del régimen general pero que están obligados a restringir la venta de alcohol (si lo tuvieren entre los productos a la venta) al horario específico.

Se trata pues en el caso de las bebidas alcohólicas de un régimen especial pero más restrictivo que el general, al revés de lo que sucede con los demás supuestos especiales. Así se desprende de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/2004 cuando establece que:

“Las Comunidades Autónomas podrán dictar las normas necesarias para que los ayuntamientos puedan acordar, por razones de orden público, el cierre, de manera singularizada, de establecimientos que vendan bebidas alcohólicas”.

En aplicación de esta previsión, el Decreto extremeño 199/2003 de 16 de diciembre establece en su artículo 5 que: “los establecimientos comerciales que incluyan en su oferta bebidas alcohólica, con independencia del tiempo que se hallen abiertos al público, no podrán expender este tipo de bebidas, en todo caso desde las 22 horas hasta las 7 horas del día siguiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 3/2002 de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura y en el artículo 13 de la Ley 2/2003, de 13 de marzo de la convivencia y el ocio de Extremadura”.

Cataluña utiliza esta previsión de manera extensiva puesto que la Ley catalana 8/2004 permite a los ayuntamientos decretar el cierre nocturno, no sólo de los establecimientos de venta de bebidas alcohólicas sino de cualquier establecimiento acogido a un régimen general. (artículo 2.4.). En este sentido, no es extraño que la Disposición adicional tercera de la Ley se introdujera por enmienda del grupo parlamentario ERC con un contenido aplicable no

sólo a los establecimientos de bebidas sino a cualquier establecimiento acogido a una exclusión del régimen general de horario comercial.

Mucho mejor se presenta el redactado del art. 10 de la Ley gallega 13/2006:

“Los ayuntamientos, en el ámbito de su término municipal, podrán acordar de manera singularizada, por razones de orden público, imponer a los establecimientos comerciales que incluyan en su oferta bebidas alcohólicas la prohibición de expender este tipo de bebidas desde las 22.00 horas hasta las 9 horas del día siguiente, con independencia del régimen de apertura que les fuera aplicable. (...)”

3.2. Régimen especial por razón de la zona comercial

art. 5.1. Ley 1/2004

“(las tiendas) instaladas en puntos fronterizos, en estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo y en zonas de gran afluencia turística tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional”

3.2.1. Puntos fronterizos.

Lo que deba entenderse por punto fronterizo no queda definido en ningún apartado de la normativa. Así, como ejemplo de la concreción autonómica del concepto podemos presentar el Decreto castellano leonés 277/2000 de 21 de diciembre. En su Anexo II especifica los municipios considerados puntos fronterizos en las provincias de Salamanca y Zamora.

3.2.2. Estaciones, puertos y aeropuertos

Con respecto a los puertos, debe acudir a la Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de puertos de Estado y de la Marina Mercante.¹⁶ Según el artículo 15.1 de esta Ley (hoy derogado), los puertos cuentan con con una Zona de Servicios que incluye “las superficies de tierra y agua necesarias para la

¹⁶ Vide en general PONS CÁNOVAS, F. El régimen jurídico de la ordenación de los espacios portuarios. Barcelona., CEDECS, 2001

ejecución de sus actividades, las destinadas a tareas complementarias y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria” Cada una de estas actividades debe preverse en un Plan de utilización de los espacios portuarios que incluirá los usos previstos para las diferentes zonas del puerto. Precisamente en desarrollo de este concepto se aprueba en 2003 la Ley 48/2003 de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general. En su artículo 94 se delimitan los usos y actividades permitidas en el dominio público portuario donde se incluyen los usos comerciales no complementarios del tráfico marítimo y portuario.

Finalmente, el artículo 59 de la Ley 27/1992 prevé que: “para el desarrollo en el ámbito portuario de actividades industriales, comerciales o de servicios al público será necesaria la correspondiente autorización de la Autoridad Portuaria”. Esta autorización debe basarse en la previsiones de un Plan de utilización de los espacios portuarios (artículo 96 de la Ley 48/2003)

En definitiva, en todos los casos, no se trata sólo de aplicar un régimen horario especial a las zonas adyacentes que puedan dar servicio a los viajeros sino de convertir espacios portuarios en verdaderos centros comerciales cuya apertura no dependa necesariamente del tráfico de pasajeros. En el caso de Barcelona, la zona del puerto conocida como Maremagnum se convierte en un centro comercial y recreativo separado físicamente de la zona de embarque de los buques de pasaje o cruceros turísticos. De hecho esta apreciación coincide con el examen del trámite parlamentario de ley 1/2004. Así, el informe de la ponencia sobre la iniciativa¹⁷ utiliza el término “estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo” en vez del de puerto. Mientras que en el primer caso el régimen especial del establecimiento se hace depender de la actividad de transporte, en el segundo, es mucho más amplia puesto que incluye aquéllos espacios delimitados como comerciales por el Plan de utilización específico.

Para evitar este fenómeno, el art. 8.1.b) in fine de la Ley gallega 13/2006 dispone que:

“En el supuesto de existencia de centros comerciales orientados a atraer una demanda comercial ajena a la propia de tales puntos de venta, se les

¹⁷ BOCG n. A-7-5 de 29 de octubre de 2004.

aplicará, en cuanto a su horario, las limitaciones de los artículos 4 y 5” (horario general y régimen de domingos y días festivos).¹⁸

3.2.3. Zonas de gran afluencia turística

Según el art. 5.5. de la Ley del Estado 1/2004

“La determinación de zonas turísticas a las que se refiere el punto 1 de este artículo, así como los períodos a que se circunscribe la aplicación de la libertad de apertura en las mismas, corresponderá a cada Comunidad Autónoma para su respectivo ámbito territorial”

A diferencia de lo que sucedía en la regulación del régimen especial por razón de actividad, para la consideración de un régimen especial por razón de tratarse de una zona de gran afluencia turística, se hará necesaria una previa declaración administrativa al respecto.¹⁹ La declaración autonómica de zona de gran afluencia turística no constituye un mero acto declarativo sino que configura el lapso temporal (de fecha a fecha según el carácter estacional) donde podrá aplicarse el régimen especial. Por tanto, el poder aplicar el régimen de mayor libertad por tratarse de una zona de gran afluencia turística se hace depender de una determinación autonómica.

Un buen ejemplo de regulación de las zonas turísticas puede buscarse en una Comunidad eminentemente turística como es Canarias. Así, el artículo 5 del Decreto 201/2002 de 20 de diciembre establece que se considerarán zonas de gran afluencia turística: aquellos lugares donde exista una gran afluencia de visitantes y aquellas zonas donde la media anual ponderada de la población de hecho supere a la de derecho.

Otra regulación destacable por proximidad a la actividad turística es la establecida en la Ley balear 11/2001. Si bien se contempla un régimen de libertad para los establecimientos de zonas turísticas, ésta no es total puesto que siempre deberá respetarse el tope máximo de 12 horas de apertura diaria. La regulación balear entraría en clara contradicción con la norma estatal que establece la plena libertad de “días y horas”. Además, la norma

¹⁸ Paréntesis añadido

¹⁹ la Consellería competente en materia de comercio es el órgano que tiene atribuida la competencia para aprobar o denegar la declaración de zona de gran afluencia turística, previo informe preceptivo de la Dirección General competente en materia de turismo.

restringe el período de aplicación del régimen especial a las fechas comprendidas entre el 15 de marzo y el 30 de octubre de cada año. De esta forma, Baleares, al igual que Madrid, establece un régimen especial de libertad de apertura, pero no de libertad horaria para las zonas turísticas.

La misma crítica, aunque en menor medida, puede extenderse al redactado del art. 8.3. de la ley gallega 13/2006:

“Los establecimientos ubicados en zonas de gran afluencia turística y los establecimientos a que se refiere la letra h) del apartado 1 (establecimientos comerciales de hasta 150m2) han de adelantar su horario de cierre a las 22.00 horas los días 24 y 31 de diciembre. Asimismo, tales establecimientos habrán de permanecer cerrados los días 1 de enero, 1 de mayo, 17 de mayo, 25 de julio, y 25 de diciembre”.²⁰

Es cierto que el legislador gallego restringe la libertad estatal de días y horas pero no de forma general sino solamente para 7 días especialmente señalados. En 5 de ellos, el régimen especial no permitirá ningún tipo de apertura, y en dos, se limita la libertad horaria.²¹

Como ya sucede de forma general, puede apreciarse como la declaración administrativa de zona de gran afluencia turística puede ser utilizada por las Comunidades de manera restrictiva, convirtiendo lo que en la legislación estatal era una oportunidad de mayor libertad horaria, en un supuesto de máxima restricción del mismo. Incluso pueden darse supuestos de extralimitación de las potestades autonómicas que denieguen la declaración de zona turística por motivos de oportunidad comercial más que por la definición objetiva misma de la zona. Así lo recoge el profesor REBOLLO PUIG cuando cita el ejemplo de la Orden castellano leonesa de 11 de agosto de 1995 que deniega una declaración de zona turística en la que se razonan diversos extremos –entre ellos el peligro de una posible competencia desleal– pero nada en absoluto sobre si realmente la zona podía comprenderse o no como una zona de gran afluencia turística. Ciertamente las Comunidades pueden fijar criterios sumamente restrictivos para acceder a la declaración, pero una vez fijados éstos en la legislación autonómica, el acto administrativo de declaración debería ser reglado, sin dar margen a discrecionalidad alguna.

²⁰ Paréntesis añadido

²¹ Este aspecto fue criticado en su día por el Dictamen del Consello Económico e Social de Galicia en ocasión del examen del anteproyecto de Ley de horarios comerciales. (dictamen de 21 de junio de 2006, Considerado 8º).

En definitiva, ante la falta de mayor especificación en la legislación estatal deben analizarse las distintas normas autonómicas para determinación de los requisitos objetivos y procedimentales para la declaración administrativa de zona de gran afluencia turística. Para el caso gallego, sería necesario acudir al Decreto 39/2001 de 1 de febrero por el cual se lleva a cabo una refundición de varias normas que regulaban respectivamente el Consejo Gallego de Turismo (Decreto 224/1998 de 17 de julio); la declaración de municipio turístico gallego (Decreto 239/1998 de 30 de julio); y la declaración de fiestas de interés turístico de Galicia (Decreto 203/1998 de 25 de junio). Aunque es cierto que no es exactamente lo mismo la declaración de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales que la declaración de municipio turístico prevista en la norma, por proximidad, deberían utilizarse los criterios y el procedimiento previstos en el Decreto 39/2001 también en materia de ordenación comercial.²²

a) requisitos objetivos

Como hemos visto, un sistema de cálculo de afluencia turística se realiza mediante la comparación entre los datos de población de derecho y los visitantes. En ningún caso se determina, sin embargo, a partir de que ratio se considerará una gran afluencia con lo cual se abre la puerta a una notable inseguridad jurídica. Se pueden encontrar ejemplos de perogrullada jurídica en varias normativas. Así, el artículo 5 del Decreto canario 201/2002 establece que será requisito para considerar una zona como de gran afluencia turística que sea un lugar en el que exista una gran afluencia de visitantes.

El Decreto aragonés 24/1995 de 21 de febrero, prevé un censo de municipios de gran afluencia turística. Junto con el criterio poblacional se prevé también la posibilidad de considerar otros ratios: relación de plazas hoteleras con respecto a la población de derecho; relación de equipamiento hotelero con relación a la población de derecho. De forma parecida la Ley catalana 8/2004 combina el criterio poblacional (media anual ponderada de población superior al de la población residente) con la existencia de número de alojamientos turísticos y segundas residencias superior a las viviendas de residencia primaria (artículo 3.1.).

²² El dictamen del Consello Económico e Social de Galicia de 21 de junio de 2006, advierte claramente que “el presente anteproyecto sometido a dictamen regula los horarios comerciales de Galicia y no debería entrar en la regulación de la determinación de los municipios turísticos regulada por el Decreto 39/2001 de 1 de febrero”. (Considerando 9º).

Para el artículo 9 del Decreto gallego 39/2001, podrán declararse como municipios turísticos gallegos:

“a) aquellos en los que por la afluencia periódica o estacional la media ponderada anual de población turística sea superior al 25% del número de vecinos o cuando el número de alojamientos turísticos y de segundas residencias sea superior al 50% del número de viviendas de residencia primaria.

b) los que acrediten contar dentro de su territorio con algún servicio turístico susceptible de producir una atracción turística de visitantes en una cantidad cinco veces superior a su población computada a lo largo de un año y repartida, al menos, en más de 30 días”

Resulta interesante también referir a la previsión que hace el Decreto valenciano 69/1999 por cuanto suministra elementos indiciarios que pueden tenerse en cuenta a la hora de calcular la afluencia de visitantes cuando no se dispongan de datos directos de población flotante. Así, según esta norma mediante un estudio técnico pueden recogerse los siguientes parámetros:

- Número de viviendas clasificadas según su uso como primera o segunda residencia.
- Número de plazas de alojamiento turístico hotelero o extrahotelero.
- Variaciones estacionales en los consumos medios de suministros de carácter público.
- Alteraciones estacionales en el volumen de residuos sólidos recogidos por los servicios municipales.

En lo que a nosotros interesa, el art. 9 de la Ley gallega 13/2006 no establece criterio objetivo alguno para determinar qué debe entenderse por “gran afluencia turística”, para lo que debemos acudir a la regulación de la declaración de municipio turístico contemplada en el Decreto 39/2001, de 1 de febrero.

Respecto al alcance territorial de este régimen especial, cabe preguntarse si debe coincidir el espacio de la zona comercial con el término municipal. En principio parece que difícilmente se podrán declarar zonas de gran afluencia intermunicipales. Como el procedimiento se inicia por solicitud de un ayuntamiento parece complicado resolver declarando una zona más amplia que la del término del municipio instante. Al contrario, puede declararse una parte del término como zona de gran afluencia. Este supuesto es especialmente plausible en los términos municipales que tengan pedanías

o núcleos de población diferenciados, unos, por ejemplo, en la costa y otros en el interior. El mismo supuesto se planteó respecto a la ciudad de Barcelona en relación a la declaración de la zona Barceloneta-Poble Nou como zona turística y fue denegado. A este respecto es interesante la previsión recogida en el artículo 15 de la Ley castellano manchega 7/1998 según el cual, “la zona turística podrá comprender todo o parte del término municipal o todo o parte del núcleo urbano. Podrá igualmente declararse para todo el año o para un período de tiempo determinado del mismo, pero no podrá discriminar entre tipos de establecimientos en función de su superficie o volumen de facturación”. En sentido diametralmente opuesto, aparece la regulación del Decreto de la Comunidad de Madrid 130/2002 de 18 de julio, cuyo artículo 34.1. permite que la declaración de zona turística sea “para la totalidad del comercio o para un tipo de actividad comercial en concreto”. Al combinar un criterio zonal con uno de actividad, parece que Madrid restringiría la regulación estatal más allá de lo razonable.²³

La regulación gallega se une al criterio de la declaración parcial puesto que el art. 9.1. recoge que la propuesta de declaración habrá de especificar si la exclusión de las restricciones horarias se pide para la totalidad del municipio o sólo para una parte del mismo. De esta manera, parece que se cierra la posibilidad a una declaración generalizada de zona de gran afluencia turística. Efectivamente, el Decreto 65/2004 de 25 de marzo procedió a declarar toda la Comunidad Autónoma de Galicia como zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales para los días 4 de abril, 18 de julio, 1 de agosto y 15 de agosto, con motivo de la celebración del Año Xubilar 2004.

b) requisitos procedimentales

El procedimiento debe instarse en la mayoría de los casos por parte de los municipios. No pueden por tanto instar el procedimiento quienes serán beneficiarios de la declaración misma, lo cual no deja de ser anómalo pues quien tiene el interés legítimo no puede ser parte en el procedimiento. En la Ley de Cantabria 1/2002 se prevé que puedan presentar informe “la asociación o asociaciones de comerciantes con mayor implantación en el municipio”.

²³ En opinión del profesor REBOLLO PUIG, “Lo que no resulta posible, en ningún caso, es conceder la libertad de horarios sólo a ciertos tipos de establecimientos comprendidos en una zona turística”. REBOLLO PUIG, M. “Comentario a la LO 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista” en *AAVV Comentarios a Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Civitas, Madrid, 1997

La Ley de Castilla-La Mancha 7/1998 de 15 de octubre, de comercio minorista añade un requisito procedimental extraordinario para instar la solicitud de declaración como es la necesidad de adoptar un acuerdo municipal por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación. Igual disposición aparece en el art. 9.1. de la ley gallega 13/2006.

Se prevé también la posibilidad de declaración administrativa de oficio. Así la Comunidad de Aragón establece la creación de un Censo de Municipios de gran afluencia turística en el seno de la Dirección General de Comercio cuya inclusión puede realizar la misma Administración sin participación alguna de los municipios.

En este procedimiento participa también las asociaciones empresariales o las Cámaras de Comercio. Como muestra, el artículo 5 del Decreto canario 201/2002 “corresponderá al Consejero competente en materia de comercio determinar, a solicitud de la Consejería competente en materia de turismo o del Ayuntamiento correspondiente, previo informe de la citada Consejería, y oídas las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la provincia, así como las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas del ámbito de la Comunidad Autónoma, las zonas que tengan la condición de gran afluencia turística (...)” Algunas Comunidades prevén también la participación de entidades supramunicipales (Consejos comarcales en el caso de Cataluña o la Federación de Municipios de Madrid en el caso de esa Comunidad). Estos informes, aunque no son vinculantes para la decisión final, gozan de un notable peso. Como botón de muestra, la Orden de la Consejería de Industria y Comercio del Gobierno de Canarias de 23 de enero de 1998 deniega la solicitud del municipio de la Frontera (El Hierro) que contaba con las características objetivas de gran afluencia turística y el informe favorable de la Consejería de Turismo.²⁴

²⁴ Según la Orden de 23 de enero de 1998: “cumplido el trámite de audiencia a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Santa Cruz de Tenerife, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas en el ámbito de esta Comunidad Autónoma. Resultando que como consecuencia del trámite de audiencia se emiten informes desfavorables a la excepción al régimen general de horarios comerciales por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, por la Unión General de Trabajadores y por la CEPYME-El Hierro e informe favorable de la Unión de Consumidores de España, el Consejero de Industria y Comercio, en uso de sus atribuciones dispone desestimar la petición del Ayuntamiento de La Frontera de excepción, con carácter definitivo, al régimen general establecido en el Decreto territorial 24/1994 de 4 de marzo”.

En esta misma línea puede contemplarse la regulación procedimental gallega. Efectivamente, el art. 9.1. de la Ley 13/2006 establece la preceptividad de los siguientes informes en el expediente de declaración de zona de gran afluencia turística:

- Informe de la Cámara de comercio del ámbito territorial afectado.
- Informe de las asociaciones o agrupaciones de comerciantes minoristas más representativas del sector comercial en el ámbito territorial afectado.
- Informe de las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas en el ámbito territorial afectado.
- Informe de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito territorial afectado.

La mayoría de las normas autonómicas contemplan un régimen de silencio administrativo positivo para este tipo de solicitudes así como un plazo de entre dos y tres meses para resolver (tres meses en el caso gallego). El Decreto de Castilla y León 227/2000 limita la presentación de solicitudes para la declaración de zona turística al mes de enero de cada año. Los horarios comerciales de las zonas declaradas de gran afluencia se entenderán automáticamente prorrogados de manera indefinida. No hace falta, pues, instar la declaración para cada año. En Galicia, la declaración tendrá una vigencia de 5 años prorrogables si se mantienen las mismas condiciones que motivaron la declaración. Si en ese período de tiempo variaran las condiciones, se prevé un procedimiento de modificación de la resolución dictada (art. 9.3.) o de revocación (art. 9.6.), según los casos.

Según la Disposición transitoria primera de la Ley 1/2004 tendrán la consideración de zonas de gran afluencia turística las que ya la tuvieran en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley. La tramitación parlamentaria rechazó una interesante enmienda del grupo parlamentario catalán (CiU) que proponía que en ausencia de normativa autonómica correspondería directamente a los municipios la determinación del régimen de apertura turística.

Finalmente, no cabe confundir la determinación de las zonas de gran afluencia turística con las actividades que se desarrollen en establecimientos hoteleros. Esta distinción se acoge en la regulación que efectúa la Ley gallega 13/2006 (al igual que la catalana 8/2004) de horarios comerciales. Según

el legislador gallego (art. 8.1.g.) se aplicará un régimen excepcional a: “los establecimientos comerciales ubicados en establecimientos hoteleros siempre que la actividad que desarrollen tenga carácter permanente y no se pueda acceder directamente desde la calle”. En realidad se trata más de un servicio comercial ofertado por el establecimiento hotelero a sus clientes que no una actividad sujeta a las normas generales de comercio.

No se incluyen, por tanto, en el supuesto excepcional por afluencia turística las actividades comerciales desarrolladas ocasionalmente en salas de hoteles o similares, como pueden ser reuniones promocionales de un determinado producto que se sujetarán al régimen ordinario. En cambio, el Parlamento de Navarra adopta un régimen diametralmente opuesto para estos casos: “también tendrán plena libertad para fijar los días y horas de apertura los locales comerciales para la celebración en los mismos de exposiciones, certámenes comerciales para la actividad de lanzamiento de un nuevo producto, siempre que no se venda y que se comunique como mínimo con un mes de antelación a la fecha prevista de su realización al Departamento competente en materia de certámenes” (artículo 35.2. de la Ley foral 17/2001 de 12 de julio).

3.2.4. *Mercados ambulantes y ferias*

El grupo parlamentario catalán (CiU) en el Senado presentó una enmienda para incluir como régimen especial las “zonas situadas alrededor de los mercados tradicionales de pluri oferta de venta no sedentaria que se celebren en festivo” A pesar de que no se recogen en la normativa estatal, numerosas normas autonómicas exceptúan del régimen restrictivo general las actividades comerciales que se desarrollen en mercados ambulantes y ferias. Por ejemplo, este es el caso del Decreto aragonés.

Más completa y problemática es la regulación que presenta la Ley asturiana 10/2002 de 19 de noviembre, de comercio interior. Junto con la posibilidad de aplicación de un régimen especial de mayor libertad a las actividades de mercados se establece la extensión de ese régimen a todo el comercio con una doble restricción: que la mayoría del comercio lo acuerde y que permanezca cerrado al día siguiente. Según el literal del artículo 33.3. “Los pequeños y medianos establecimientos situados en localidades en las que tengan lugar mercados y ferias que tradicionalmente se celebren en domingos

y festivos podrán permanecer abiertos el mismo horario del mercado o feria, previo acuerdo de la mayoría del comercio local, siempre y cuando permanezcan cerrados al día siguiente”.

Igualmente destacable es la regulación adoptada por la Comunidad Autónoma de Galicia en su ley 13/2006. El art. 8.1.e. se asemeja al ejemplo asturiano en cuanto la extensión de la libertad horaria a todo el comercio del entorno inmediato. Junto con ello, se establece que:

“Los ayuntamientos han de autorizar la apertura de estos establecimientos, así como la delimitación del área correspondiente. Para la delimitación del área de apertura se requerirá informe previo favorable de la cámara de comercio, industria y navegación de la zona, así como de las organizaciones empresariales y sindicales del sector comercial más representativas. La autorización así acordada ha de ser comunicada a la Dirección General de Comercio. Si no existiera acuerdo entre las referidas entidades, respecto a la delimitación del área de apertura, será la Dirección General de Comercio quien autorice tal delimitación, previa valoración objetiva de los informes emitidos por dichas entidades”. (art. 8.1.e).

El fuerte arraigo de los mercados tradicionales en muchas Comunidades (y entre ellas Galicia), lleva a efectuar una previsión de prevalencia de la libertad de apertura para los establecimientos comerciales de hasta 150m² radicados en el área de mercado incluso para los días festivos absolutos. Efectivamente, según dispone el apartado segundo del art. 8.3. de la Ley gallega,

“No obstante lo anterior (obligación de cierre los días 1 de enero, 1 de mayo, 17 de mayo, 25 de julio y 25 de diciembre), en el caso de los establecimientos referidos en la letra h) del apartado 1 (establecimientos comerciales de hasta 150m²) en que alguno de los cinco días de cierre obligatorio coincida con la celebración de feria o mercado tradicional, en el pueblo en que estén ubicados, podrán proceder a la apertura de sus establecimientos, dentro del horario habitual del mercado”

3.3. Régimen especial por la dimensión del establecimiento

La reforma operada por el RDL 6/2000 de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios modificó la Ley Orgánica 2/1996 de 15 de enero, complementaria de la Ley de Ordenación del Comercio minorista, en el sentido de permitir

la aplicación de un régimen especial a los establecimientos de dimensión reducida. Ahora, la Ley 1/2004 introduce nuevas posibilidades de regulación para las Comunidades sobre la base de ese régimen especial.

3.3.1. Establecimientos de menos de 300 m².

Según el art. 5.2. de la Ley 1/2004:

“También tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional los establecimientos de venta de reducida dimensión distintos de los anteriores que dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público inferior a 300 metros cuadrados, excluidos los pertenecientes a empresas o grupos de distribución que no tengan la consideración de pequeña y mediana empresa según la legislación vigente o que operen bajo el mismo nombre comercial de dichos grupos o empresas”

En definitiva, se trata de una excepción por razón de la dimensión con plena libertad de apertura y horaria siempre que no se trate de un grupo de distribución o – como novedad – aún cuando se trate de un grupo, que éste sea considerado como pequeña o mediana empresa. La excepción no se circunscribe por razón del producto sino que cualquier establecimiento de esas dimensiones podrá beneficiarse del régimen especial con independencia del producto que comercialice. Como reflexiona el Diputado Herrera del grupo parlamentario IV-IU-ICV, “ampliar como hace el proyecto de Ley, el supuesto de excepción horaria a todos los establecimientos con superficie inferior a 300m² conllevaría, en la práctica, a la aplicación generalizada de libertad de horarios comerciales”. Este es efectivamente el régimen aprobado sin diferir sustancialmente del previsto en el RDL 6/2000 de 23 de junio.

Para el legislador cántabro, se consideraba que la actividad pertenece a un grupo de distribución si el titular posee participación de al menos un 25% de al menos 5 establecimientos cuya superficie conjunta de exposición y venta supere los 2.500 m². Como vemos, es una fórmula compleja que une el número de establecimientos con la superficie total y con el porcentaje de participación. La modificación efectuada en la Ley cántabra 1/2002 de 26 de enero de comercio interior mediante la Ley 7/2004 de 27 de diciembre, deroga este sistema para indicar una menos problemática remisión a la legislación vigente. Igual de sencilla es la fórmula empleada por el Decreto canario que

establece que para la consideración como grupo se utilizará la definición de la Ley 4/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.

El Decreto de Madrid 130/2002 de 18 de julio enumera los criterios que deben utilizarse para considerar que nos hallamos ante un “grupo de distribución”:

- El volumen de negocio anual del conjunto de establecimientos exceda de 40 millones € o un balance superior a 27 millones €.
- Que tenga más de 250 trabajadores.
- Que el establecimiento esté vinculado a empresas con las características anteriores.

En cuanto al concepto de PYME, según la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2004 “Entretanto no se definan legalmente los criterios para la definición de pequeña y mediana empresa en la legislación estatal, el criterio a utilizar será el recogido en la recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003”. Según el art. 2 de esta recomendación europea la categoría PYME está constituida por:

Cuadro 3. Criterios de consideración de PYME

	trabajadores	Volumen negocio (Millones €)	Balances (Millones €)
Mediana empresa	250	50	43
Pequeña empresa	50	10	10
Microempresa	10	2	2

Al no existir una definición propia en el ordenamiento jurídico español se toma como base de referencia la recomendación comunitaria. Es cierto que la recomendación, por su propia naturaleza, no tiene carácter vinculante pero ello no es óbice para que surta efectos jurídicos y se utilice como criterio de delimitación de un concepto de derecho nacional. Ello no genera ninguna inseguridad jurídica al contrario de la argumentación del grupo parlamentario popular expresada en la tramitación de las enmiendas

Aragón realiza una regulación específica de este supuesto que puede entrar en contradicción con la norma básica estatal. Así, en Aragón sólo

podrían acogerse a este supuesto de régimen especial aquellas actividades realizadas a título personal por el titular del establecimiento (sin personal contratado por tanto) y que se encuentren radicadas en poblaciones de menos de 3.000 habitantes (artículo 5 del Decreto 24/1995 de 21 de febrero). Como puede apreciarse la dureza de las condiciones para poder acogerse al régimen especial es mucho mayor y por tanto no encajaría en la regulación efectuada en la Ley 1/2004.

La reforma efectuada en la Ley 1/2004 por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que permite a las Comunidades incrementar o reducir la superficie de venta de este tipo de establecimientos por razones de sus necesidades comerciales hasta un máximo de 150 m². Esta opción restrictiva es la que ha elegido el legislador gallego al regular la cuestión en su art. 8.1.h).

3.3.2. Establecimientos de alimentación y consumo cotidiano

Según el art. 5.3. de la Ley 1/2004:

“Por razones de política comercial, las Comunidades Autónomas podrán modificar, incrementándola o reduciéndola, la superficie útil para la exposición y venta al público de los establecimientos de alimentación y consumo cotidiano comprendidos en el apartado 2, que pueden tener plena libertad de horarios, no pudiendo ser la superficie útil de exposición y venta al público de los mencionados establecimientos inferior a 150 metros cuadrados”

Los grupos parlamentarios vasco (EAJ-PNV), e Izquierda Unida (IV-IU-ICV) proponían una limitación mayor de la superficie hasta los 120 m² así como su restricción a los productos de alimentación. En la justificación de la enmienda se puede leer “tomar como referentes al tamaño el establecimiento de 120 m² (límite formato autoservicio) y actividad de comercialización mayoritaria de productos de alimentación. Mejora la garantía de abastecimiento de productos de primera necesidad por establecimientos de proximidad a la población y por otra parte, se limita el desarrollo indiscriminado de una tipología (bazares y del tipo “todo a 100”) a fin que estén sujetos a limitación horaria.”²⁵ Con ello se pretendía flexibilizar el horario para las tiendas de alimentación a la par que endurecerlo para las demás de dimensión

²⁵ BOCG. Congreso de los Diputados A 7-4 de 20 de octubre de 2004, p. 22

reducida. Al final, la incorporación del artículo 5.3. puede tener exactamente el efecto contrario. Si las Comunidades aumentan el límite de 300m² se discriminará a favor de los llamados establecimientos de abastecimiento. Puede suceder, sin embargo que para las tiendas de alimentación la superficie se reduzca hasta un tope mínimo de 150m², con lo cual, se produciría en contrasentido de que un bazar chino de 300 m² podría abrir libremente y una tienda de alimentación de 200m² no.

Resulta destacable la regulación que al respecto efectúa Aragón puesto que opta por el régimen especial basado no tanto en la superficie como en la estructura económica de la empresa. Se ofrece un sistema de libertad horaria a los pequeños establecimientos familiares que no dispongan de trabajadores asalariados. Así, según el artículo 4 del Decreto 24/1995, “quedarán exentas de limitaciones en materia de horario las tiendas de alimentación general sin personal asalariado, es decir, en las que la venta se realiza por el titular de la actividad con la sola colaboración de la ayuda familiar y sin personal contratado”. A pesar de la redundante redacción del precepto, ofrece una interesante idea en relación a la promoción del comercio minorista tradicional. Las empresas más grandes que contarán normalmente con una superficie grande o mediana se sujetarían a un régimen más restrictivo mientras que el pequeño comercio se protegería mediante el ofrecimiento de un régimen de libertad horaria mayor que para el resto. Así, los pequeños podrían utilizar como ventaja competitiva el horario frente a las grandes superficies puesto que no pueden competir en precio ni en variedad de oferta. Como indica PALAU “en efecto, los estudios señalan que una limitación de los horarios comerciales impide a los pequeños comerciantes utilizar una de sus principales armas para competir, cual es la mayor flexibilidad para adaptarse a las necesidades de los consumidores. Distintos ejemplos ponen a las claras cómo un régimen de libertad de horarios puede favorecer al pequeño comercio: las tiendas tradicionales pueden satisfacer la necesidad de un consumidor que ha olvidado una botella de vino para la cena, evitándole acudir a un hipermercado; o una tienda que esté situada cerca de una estación de trenes puede prestar sus servicios a los viajeros sin depender de un horario que no toma en consideración cuáles son las mayores horas de tráfico ferroviario. (...) A ello hay que agregar que la importancia de esta forma de competencia viene reforzada por las dificultades para el pequeño comercio de basar su

competencia en los precios.”²⁶ Esta aproximación, sin embargo, no se ha mantenido a la nueva Ley aragonesa 7/2005 de 4 de octubre, de horarios comerciales y apertura en festivos.

Un enfoque también más restrictivo es el que utiliza la Ley catalana 8/2004 que, pese a aprobarse posteriormente a la norma estatal, podría restringir el régimen de libertad total puesto que circunscribe la apertura dominical en un horario restringido entre las 7.00 i las 15.00 horas en los municipios de más de 5.000 habitantes. También entra en contradicción con la Ley estatal el hecho que la Ley catalana restrinja este régimen especial a las tiendas definidas reglamentariamente como “formato autoservicio” lo que supone un máximo de 120m².

En definitiva, la excepción de la excepción para los establecimientos alimentarios resulta algo chocante y demuestra una cierta precipitación en la redacción sistemática de la Ley. Frente a dos posturas antagónicas – PP proponiendo mayor liberalización, y CiU y BNG proponiendo mayor restricción, se añade el apartado 3 al artículo 5 que perjudica claramente la protección del abastecimiento del consumidor. Y es que como indica la Diputada Elices Marcos en el trámite parlamentario ante el Senado, “si algo no había en esta ley era tiempo. Y no había tiempo porque, como todos saben, el día 1 de enero de 2005 entra en vigor una liberalización prácticamente total de los horarios comerciales si no hay una ley aprobada antes de dicha fecha”.²⁷

A resultas de todo ello, según lo analizado se presentaron claramente contradicciones entre los textos legales estatal y catalán lo que comportaba indefectiblemente la interposición de respectivos conflictos de competencias. En vez de ello, la controversia ha resultado en un acuerdo de la Comisión bilateral Generalitat de Catalunya-Estado para la interpretación conjunta de los preceptos discrepantes. Según nota de prensa del Departamento de Comercio de 14 de septiembre de 2005, “mediante acuerdo, Generalitat y Estado se comprometen a establecer los mecanismos necesarios para que las respectivas leyes no produzcan una invasión de competencias. La Generalitat ha instado al Estado una modificación del artículo 5.3. de la Ley española

²⁶ PALAU, F. “Análisis crítico de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de horarios comerciales” *Actas de Derecho Industrial*. XV, 1993, p. 197. Vide igualmente, TORNOS MAS, J. “Libertad de horarios comerciales y marco constitucional” *Derecho Privado y Constitución*, n. 5, 1995.

²⁷ Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Industria, Turismo y Comercio. n. 77, de 24 de noviembre de 2004 p. 25

de horarios de tal forma que permita la aplicación del artículo 2.1. de la catalana, por la cual se limita la apertura en domingo de los establecimientos de superficie de venta igual o inferior al formato de autoservicio, como máximo y tengan una oferta orientada exclusivamente a productos de compra cotidiana de alimentación, de acuerdo con la Ley catalana. Por su parte el Estado ha instado a la Generalitat a modificar el artículo 2.1. de la Ley catalana de horarios comerciales en lo que respecta a la limitación de apertura en festivo hasta las 15:00 horas de los establecimientos pequeños, ampliándose a todo el día”.

Para plasmar el acuerdo, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 17/2005 de 27 de diciembre, de modificación de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de horarios comerciales (DOGC nº 4543 de 3 de enero de 2006) que redacta de nuevo el apartado i) del régimen especial:

“para satisfacer las necesidades orientadas a productos de compra cotidiana de alimentación, los establecimientos especializados en la venta personalizada o en régimen de autoservicio cuyos titulares son pequeñas o medianas empresas comerciales, siempre y cuando la superficie de venta no supere la establecida por reglamento para el formato de autoservicio, como máximo”.

Junto a la modificación legal, también hay que tener en cuenta que la Ordren del Departament de Comerç, Turisme i Consum de 25 de noviembre de 2005 (CTC/460/2005) modifica la tipología de los equipamientos comerciales de manera que el formato de autoservicio se sitúa ahora en una superficie de venta de hasta 150m² y el formato superservicio entre 150 y 399 m².

Por su parte, el Estado modificó mediante la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la redacción del art. 5.3. de la Ley 1/2004, de manera que permite dar cumplimiento al acuerdo alcanzado con la Comunidad Autónoma de Cataluña:

“Las Comunidades Autónomas podrán modificar lo dispuesto en el apartado anterior (establecimientos de hasta 300 m²) en función de sus necesidades comerciales, incrementado o reduciendo la superficie de venta de los establecimientos y limitándolos cuando así lo estimasen, a un determinado tipo de producto o productos, sin que en ningún caso esta limitación pueda establecerse por debajo de los 150 m²”²⁸

²⁹ Disposición Final 9ª Ley 44/2006. Paréntesis añadido.

4. Régimen sancionador

El Decreto 365/1996 de 26 de septiembre por el que se regulan los horarios comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia no establecía régimen sancionador alguno por una cuestión elemental de rango. Había que acudir pues al art. 44.3. de la Ley 10/1998 de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia (hoy derogado expresamente por la Ley 13/2006 a raíz de la inconstitucionalidad declarada en STC 228/1993), que telegráficamente tipificaba el incumplimiento de las normas relativas a los horarios comerciales como una infracción grave a la ordenación del comercio. Esta infracción suponía una sanción de entre 6.001 y 30.000 €

Ahora, la Ley 13/2006 dedica un capítulo entero a su regulación (arts. 11 a 18). Según lo allí dispuesto, las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves y del mismo modo sus correspondientes sanciones.

En aquello meramente cuantitativo, podemos decir que las sanciones por infracción de horarios antes se consideraban siempre como graves lo que implicaba sanción de hasta 30.000 €. Ahora, dichas infracciones aumentan considerablemente (si son leves hasta 60.000 € pudiendo llegar las muy graves a 600.000 €). Entre el mínimo anterior y el máximo actual la cifra se ha multiplicado por 100.

Cuadro 4. Infracciones y sanciones según Ley 13/2006

Leves	<p>Hasta 60.000 €</p> <p>La apertura en horario no autorizado</p> <p>El incumplimiento del tiempo máximo de apertura</p> <p>La falta de exposición del horario de apertura del establecimiento de manera visible al público incluso con el establecimiento cerrado</p> <p>El incumplimiento de otras obligaciones establecidas por la Ley o en las normas de desarrollo que no sean objeto de sanción específica</p>
Graves	<p>Entre 60.000 € y 300.500 €</p> <p>La apertura en domingo o días festivo no incluido en el calendario anual</p> <p>La reincidencia en la comisión de infracciones leves en un período de 2 años consecutivos o 4 alternos</p> <p>Las infracciones a la presente Ley si la empresa infractora hace publicidad, mediante cualquier medio de difusión, de la apertura no autorizada</p> <p>La venta de bebidas alcohólicas en horario prohibido</p>

Cuadro 4. Infracciones y sanciones según Ley 13/2006 (continuación)

Muy graves	Entre 300.501 € y 600.000 € La reincidencia en la comisión de infracciones graves de en un período de 2 años consecutivos o 4 alternos, siempre que no fuera como consecuencia de reincidencia en la comisión de infracciones leves
-------------------	--

Dado que la reincidencia en la comisión de infracciones resulta relevante para la tipificación de las mismas, los arts. 16 y 17 regulan respectivamente la reincidencia (en el momento de la comisión de la infracción el culpable hubiera sido sancionado anteriormente mediante resolución administrativa firme) y la cancelación de los antecedentes (dos, tres o cinco años según se trate de sanciones leves, graves o muy graves).

Al establecerse la cuantificación de las sanciones en una horquilla de mínimo-máximo, resulta también fundamental para un correcto ejercicio de la potestad sancionadora la especificación de los criterios de agravación de los ilícitos. Así, según el art. 15.2. para graduar el importe de la sanción se tendrán en cuenta:

- a) La superficie de venta del establecimiento.
- b) La pertenencia a una gran empresa o grupo empresarial.
- c) El volumen de ventas.²⁹
- d) La cuantía del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la actuación infractora.
- e) El grado de intencionalidad de la infracción.
- f) El plazo de tiempo durante el cual se estuviera cometiendo la infracción.

La competencia inspectora (que no la sancionadora) se halla compartida entre la Xunta y los ayuntamientos y una interpretación conjunta de la Ley 13/2006 y la Ley 10/1998 parece admitir la iniciación tanto de oficio como por denuncia de parte.

³⁰ Por la interpretación sistemática del precepto debe entenderse que el volumen de ventas se refiere al sujeto y no a la jornada o jornadas en las que se produzca la infracción. A pesar de ello, no queda claro si el volumen de ventas refiere al sujeto infractor o al grupo aunque la prohibición de aplicación extensiva del derecho administrativo sancionador y el respeto al principio de *ne bis in idem* parece llevar a entender que se trata del volumen del establecimiento en cuestión.

Respecto a los agravantes, resulta interesante traer a colación la recomendación del Consello Económico y Social de Galicia que advertía sobre la problemática que presentaba la redacción del anteproyecto cuando éste incluía como tipificación muy grave la infracción grave cometida por una empresa o grupo de empresas que superara el 20% de la cuota de mercado en Galicia. En palabras del Dictamen de 21 de junio de 2006, “el CES considera que debería suprimirse el apartado 3 del artículo 15, referido a que “si una empresa o grupo de empresas a las que pertenezca el establecimiento supera el 20% de la cuota de mercado en el conjunto de Galicia, debe aplicarse la sanción correspondiente en su grado máximo”. En este sentido, el CES entiende que conforme a lo expresado en la consideración del artículo 14 apartado b), la inclusión de un criterio de agravación que atienda a la dimensión del operador y que sea ajeno a la conducta penal resulta contrario absolutamente a los principios constitucionales de tipicidad y legalidad y a las garantías del administrado”.³⁰

5. Recapitulación

De manera sintética, pueden presentarse los siguientes cuadros-resumen:

Cuadro 5. Novedades de la Ley 13/2006 respecto al Decreto 365/1996

-
- Se establece una prohibición absoluta de apertura los días 1 de enero, 1 de mayo, 17 de mayo, 25 de julio y 25 de diciembre.

 - Se introduce una limitación horaria general para los días laborables de un máximo de 12 horas diarias.

 - El horario normal de apertura entre las 8.00 y las 24.00 horas se restringe hasta las 20.00 horas los días de nochebuena y nochevieja.

 - Desaparece el procedimiento de visado del cartel de horarios por parte de la Consejería de Industria y Comercio (derogación art. 13 Ley 10/1998, de 20 de julio)

 - Se incluye en concepto de dedicación esencial para los establecimientos de venta de pastelería, repostería, churrería, pan, platos combinados, prensa, flores y plantas
-

³⁰ Dictamen de 21 de junio de 2006. Considerandos 11º y 12º.

Cuadro 5. Novedades de la Ley 13/2006 respecto al Decreto 365/1996 (continuación)

- Las tiendas de conveniencia no podrán dedicar más del 25% de la superficie de venta ni del 30% de los productos a la oferta alimentaria

 - Se regula la libertad horaria para los establecimientos con una superficie de venta de hasta 150m², con independencia del producto que oferten

 - Se incluye a los estancos en la remisión a la legislación sectorial específica

 - Se delimita los establecimientos en estaciones y medios de transporte, los establecimientos de venta de combustible y carburantes de otros establecimientos cuya oferta principal no esté vinculada a esas actividades (oferta comercial ajena)

 - Se regulan los requisitos procedimentales de la declaración de zona de gran afluencia turística

 - Se regulan los horarios de las actividades comerciales situadas en establecimientos hoteleros

 - Se regula la venta de libros el día de las Letras Gallegas

 - Se limitan los horarios de los establecimientos de venta de bebidas alcohólicas
-

Cuadro 6. Relación entre la Ley gallega 13/2006 y la Ley estatal 1/2004

- Galicia utiliza los mínimos de apertura dominical de la Ley estatal como máximos

 - Se efectúa limitación ordinaria para el desarrollo de la actividad comercial entre las 8.00 y las 24.00

 - La ley gallega impide que un comerciante pueda abrir 14 horas diarias durante 5 días a la semana. Ello puede vulnerar el principio libre determinación del horario por parte del comerciante en días laborables. (Límite máximo de 12 horas diarias)

 - La ley gallega impone una limitación de cierre a las 20.00 horas a los establecimientos en los días 24 y 31 de diciembre
-

Cuadro 6. Relación entre la Ley gallega 13/2006 y la Ley estatal 1/2004 (continuación)

-
- Existe una prohibición absoluta de apertura los siguientes días: 1 de enero, 1 de mayo, 17 de mayo, 25 de julio y 25 de diciembre. Esta prohibición alcanza incluso los establecimientos que gozan de un régimen especial por razón de la gran afluencia turística y los establecimientos de superficie de hasta 150 m²

 - Se faculta a los ayuntamientos para imponer restricciones horarias a la venta de bebidas alcohólicas entre las 22:00 y las 9:00 con independencia del régimen de apertura aplicable.

 - Desaparece en la Ley gallega el régimen excepcional para los establecimientos de hasta 300 m² que no pertenezcan a empresas o grupos de distribución, puesto que se realiza una restricción generalizada hasta los 150m².

 - Desaparece el especial tratamiento de los establecimientos de venta de productos de compra cotidiana de alimentación (tanto en la ley gallega como en la reforma de la ley estatal 1/2004).
-

Anexo normativo

Normas autonómicas de regulación de horarios comerciales (2006)

Comunidad	Norma
Andalucía	Ley 1/1996 de 10 de enero, de comercio interior de Andalucía (BOJA n. 7 de 18 de enero de 1996)
Aragón	Ley 7/2005 de 4 de octubre de horarios comerciales y apertura de festivos (BOA n. 124 de 20 de octubre de 2005)
Asturias	Ley 10/2002 de 19 de noviembre, de comercio interior (BOPAS n. 278 de 30 noviembre 2002)
Canarias	Decreto 201/2002 de 20 de diciembre por el que se establece la regulación de los horarios comerciales (BOCan n. 3 de 4 enero 2003)
Cantabria	Ley 1/2002 de 26 de febrero, del comercio de Cantabria (BOCAN n.º 45 de 6 de marzo de 2002)
Castilla-La Mancha	Ley 10/2005 de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha (DOCLM n. 255 de 20 de diciembre de 2005)
Castilla León	Ley 16/2002 de 19 de noviembre, de comercio de Castilla y León (BOCL n. 247 de 24 diciembre 2002)
Cataluña	Ley 8/2004 de 23 de diciembre, de horarios comerciales (DOGC 28 diciembre 2004)
Ceuta-Melilla	Decreto de 13 de abril 2005 y Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 enero 2005, respectivamente.
Extremadura	Ley 3/2002 de 9 de mayo, de comercio (DOEX n.º 61 de 28 de mayo de 2002)
Galicia	Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de horarios comerciales de Galicia. (DOG n. 248, 28 diciembre 2006).
Illes Balears	Ley 11/2001 de 15 de junio de Ordenación de la Actividad Comercial en las Illes Balears (BOCAIB 28 junio 2001)
La Rioja	Ley 3/2005 de 4 de marzo de ordenación de la actividad comercial y las actividades feriales en la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR n. 40 de 22 marzo 2005)
Madrid	Decreto 130/2002 de 18 de julio, de desarrollo de la Ley 16/1999 de comercio interior de la Comunidad de Madrid (BOCMad n. 186, de 7 agosto 2002)

Anexo normativo (continuación)

Normas autonómicas de regulación de horarios comerciales

Murcia	Ley 10/1998 de 27 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista en la región de Murcia (BOMUR nº 9 de 13 de enero 1999)
Navarra	Ley Foral 17/2001 de 12 de julio de comercio (BONav n. 86 de 16 de julio 2001)
Pais Vasco	Decreto 33/2005 de 22 de febrero de horarios comerciales en la Comunidad de Euskadi (BOPV n. 40 de 28 de febrero 2005)
Valencia	Ley 8/1997 de 9 de diciembre, de horarios comerciales de la Comunidad Valenciana Modificada por la Ley 6/2005 de 18 de octubre (DOGV nº 5118 de 20 de octubre de 2005)
