

LIBERTAD DE HORARIOS COMERCIALES Y MARCO CONSTITUCIONAL

JOAQUIN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EVOLUCION DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA ORDENACION DE LOS HORARIOS COMERCIALES. III. EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA REGULACION DE LOS HORARIOS COMERCIALES. 1. Libertad de empresa y fijación de horarios comerciales. 2. Regulación de horarios comerciales y reserva de ley. 3. Regulación de horarios comerciales y competencia básica estatal.

I. INTRODUCCION

Una de las fórmulas clásicas a través de las que la Administración trata de ordenar el ejercicio de la actividad comercial es la determinación de un régimen imperativo de horarios comerciales. Frente a la libertad de ejercicio de la actividad comercial se imponen unos límites temporales. Límites que pueden ser de diverso tipo. Se puede limitar el número de horas de apertura del local comercial por días o semanas, se puede prohibir la apertura en determinados días o períodos y se puede diferenciar el régimen de libertad de horarios o intervención en razón del tipo de actividad comercial.

Esta presencia pública sobre el ejercicio del comercio encierra de hecho una función de mediación entre sectores económicos con intereses diferenciados.

En principio, puede afirmarse que el enfrentamiento se produce entre grandes superficies y pequeños comerciantes, si bien podrían establecerse también posicionamientos diferentes dentro de cada uno de estos bloques según sea el tipo de actividad comercial y la ubicación del local de negocio. En cualquier caso lo indiscutible es que no se trata de un tema pacífico. Un periódico titulaba de este modo su reportaje sobre la cuestión: "El mostrador por trinchera. Los horarios vuelven a enfrentar a un sector que mueve 12 billones al año y emplea a 1,7 millones de personas" (Diario *El País*, de 10 de octubre de 1993).

La presencia mediadora de la Administración supone negar al mercado su papel regulador de las relaciones entre quien ofrece un producto y quien desea adquirirlo, para imponer algunas reglas de comportamiento que tratan de proteger los intereses de un sector en concreto. Al limitar la libertad de horarios no se defiende el mercado, aunque trata de justificarse esta intervención con el argumento de la defensa del sector más débil para que pueda mantenerse en un mercado dominado por otro sector económico.

No es nuestra intención intervenir en esta interesante polémica, avivada recientemente por el claro posicionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia a favor de un sistema de libertad de horarios. No podemos pronunciarnos sobre las ventajas e inconvenientes de la limitación de horarios desde la perspectiva del interés general, ni sobre las medidas alternativas que en su caso podrían mejorar el posicionamiento del pequeño comerciante frente a las grandes superficies, ni sobre las consecuencias económicas que conlleva un régimen de libertad. Todas éstas son cuestiones de indudable interés y que están en el fondo del debate jurídico, pero que escapan completamente a nuestra capacidad.

El objeto de las páginas que siguen es, por tanto, muy modesto. Se trata de exponer cuál es el marco del debate constitucional en torno a la problemática de la intervención pública sobre los horarios comerciales. Exposición que no pretende tampoco analizar las diferentes soluciones legales y reglamentarias, pues nuestro interés se limita a los condicionantes constitucionales de la actividad del legislador.

De acuerdo con lo expuesto, los preceptos constitucionales a considerar son el artículo 38, que consagra el principio de libertad de empresa, el artículo 51 relativo a la ordenación del comercio y el artículo 149.1, más su complemento a través de los Estatutos de Autonomía, en relación a la fijación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en la materia.

Los preceptos citados darán lugar a tres grandes cuestiones. Una primera de orden material, relativa a la relación entre el principio de

libertad de empresa y la fijación de horarios comerciales. Una segunda cuestión de orden formal, necesidad o no de ley formal para la regulación de la intervención administrativa. Y una tercera de carácter competencial, el título competencial del Estado y las competencias autonómicas en la materia.

II. EVOLUCION DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA ORDENACION DE LOS HORARIOS COMERCIALES

La historia reciente de la intervención administrativa sobre los horarios comerciales se remonta al Decreto-ley de 27 de noviembre de 1974, que facultó al Gobierno para dictar normas generales sobre apertura y cierre de establecimientos comerciales. Posteriormente, y en el marco de una política general liberalizadora, se aprobó el Decreto-ley de 30 de abril de 1985 (conocido como Decreto Boyer), que en su artículo 5 estableció un régimen de libertad de horarios para los locales comerciales. Concretamente, el citado artículo 5 dispuso:

“1. El horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías o de prestación de servicios al público, así como los días y números de horas de actividad semanal de los mismos, serán de libre fijación por las Empresas en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en los términos que establezcan sus respectivos Estatutos de Autonomía.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a la vigente regulación sobre la jornada laboral.”

La norma estatal no impidió que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia de comercio interior y al amparo, seguramente, de la referencia en el artículo transcrito a dichas competencias, dictaran sus propias leyes de ordenación comercial en las que se refieren a la temática de los horarios comerciales. Así, la Ley del País Vasco 9/1983, la Ley Valenciana 8/1986, la Ley Gallega 10/1988, la Ley Aragonesa 9/1989 y la Ley Catalana 23/1991. Leyes que en algunos casos (Valencia y Cataluña) rectifican una primera intervención de nivel meramente reglamentario que fue anulada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El legislador autonómico decidió hacer uso de su título competencial y seguramente por su mayor proximidad a los intereses del pequeño comercio optó por un régimen de intervención en la mayoría de casos.

En cuanto al contenido de esta legislación autonómica pueden destacarse los siguientes datos:

1. La opción adoptada por los legisladores autonómicos muestra una clara diversidad. Se trata de uno de los supuestos en los que se hace patente el alcance de la autonomía, pues no sólo hay una regulación diversa en relación al legislador estatal sino entre los legisladores autonómicos. En este caso, no se ha producido el fenómeno de la mera copia mimética de un texto legal previo, sino que se ha plasmado en cada ley la opción de la colectividad representada en el Parlamento.

2. La diversidad de contenido está ya en la decisión esencial: régimen de libertad o de intervención. Mientras la ley aragonesa opta por el régimen de libertad, siguiendo el criterio del Real Decreto-ley de 1985, las leyes del País Vasco, Valencia y Cataluña, establecen un régimen intervencionista, si bien esta intervención no es en todos los casos idéntica.

3. La competencia para imponer al régimen de horarios se reconoce a las Comunidades Autónomas (Valencia, Galicia, Cataluña) y en el caso del País Vasco a los Ayuntamientos. Este último sistema comporta romper aún más la unidad de mercado, criterio que se ha utilizado para tratar de negar a las Comunidades Autónomas su competencia en la materia.

4. La regulación administrativa del régimen de horarios comerciales se articula sobre cuatro elementos: imposición de unos horarios de apertura y cierre, determinación de los días de apertura, fijación de un mínimo de diario o semanal de horas de apertura y exigencia de publicidad de los horarios en cada negocio. Salvo esta última exigencia, que se encuentra en todos los textos legales, las restantes cuestiones tienen un tratamiento diverso, regulándose en ocasiones en la misma ley y en otras remitiendo su determinación al nivel reglamentario. Con carácter general se obliga al cierre los días festivos y se impone un horario entre las 8 y las 22 horas con un mínimo de cinco horas diarias o un máximo de sesenta semanales. Se prevén excepciones para determinadas fechas, previa decisión administrativa al respecto.

Esta normativa autonómica sufrió un golpe frontal con las Sentencias del Tribunal Constitucional 225, 227, 228, 264 y 284 de 1993. La doctrina del Tribunal se elaboró en la STC 225/1993, de 8 de julio, en relación a la Ley Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre. En el FJ 2 de dicha Sentencia se examinó el artículo 9 de la ley autonómica relativo a los horarios comerciales, para llegar a la conclusión de que debía declararse su inconstitucionalidad por ser contrario a lo dispuesto en un norma estatal básica, el Decreto-ley 2/1985.

La argumentación del Tribunal Constitucional en lo relativo a horarios comerciales (sobre la que volveremos a continuación) se reproduce en las SSTC 228, 264 y 284/1993 en relación a los artículos que, en esta materia, contienen las leyes Gallega, Aragonesa y Catalana. En consecuencia, se declara la nulidad de la legislación autonómica (con la salvedad de la Ley Vasca, no impugnada) y recupera toda su vigencia y eficacia el principio de libertad de horarios consagrado en el Decreto-ley 2/1985.

La nueva situación moviliza a los sectores interesados en la regulación administrativa, y con gran rapidez se adoptan dos medidas complementarias. Por un lado, se presentan en el Congreso de los Diputados dos Propositiones de Ley, una del grupo Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña que ha suscitado escaso interés, y otra del grupo Parlamentario Catalán (CiU) que sí ha generado una notable reacción (1). En esta última proposición se introduce de nuevo un régimen de intervención sobre los horarios comerciales, al tiempo que se aprovecha para regular otros aspectos del comercio interior (2). En materia de horarios comerciales se pretende implantar un máximo de sesenta horas de apertura a la semana y limitación a tres del número de domingos y festivos al año en los que se permitirá la apertura (3).

Por otro lado, y ante el previsible retraso en la tramitación parlamentaria de una Proposición de Ley significativamente conflictiva, se aprobó por el Gobierno un Decreto-ley el 29 de diciembre de 1993. Decreto-ley que significativamente se titula: "Por el que se establecen las bases para la regulación de horarios comerciales."

(1) Vid. al respecto, TRONCOSO Y REIGADA, "Notas críticas a la proposición de ley de Comercio interior del grupo parlamentario catalán", *La Ley*, n.º 3634, 21 de octubre de 1994, y de forma especial el amplio Informe de MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ y otros, *La proposición de ley de Comercio*, IEE, Madrid 1994. En dicho trabajo se da cuenta del proceso de elaboración en curso de la Proposición de Ley.

(2) Un análisis crítico de esta proposición se encuentra en las obras citadas en la nota anterior. Para TRONCOSO Y REIGADA se trata de una norma que sólo puede tener por finalidad proteger a los pequeños comerciantes a costa de los intereses de los consumidores, lo que supone una regulación de un subsector del comercio interior no concorde con el artículo 51 de la Constitución. Además, añade, la propuesta también debe ser objeto de crítica desde un punto de vista económico.

Por su parte, el Informe de MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ y otros, también es crítico con la Proposición de Ley, si bien admite la posibilidad de límites a la libertad de horarios en base a unos criterios diversos de los que constan en tal Proposición; *vid. op. cit.*, pág. 40.

(3) Sobre la evolución de la tramitación legislativa de la Proposición de Ley en lo relativo a horarios comerciales, *vid.* MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ y otros, *op. cit.*, pág. 138 a 142.

Al margen de la discutible justificación de la "extraordinaria y urgente necesidad" (en la exposición de motivos se alude a la situación de profunda crisis, que aconseja limitar el principio de libertad de horarios para evitar que la recesión de la demanda repercuta en forma excesiva sobre el comercio minorista), el Decreto-ley recoge la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual corresponde al Estado fijar las bases en la materia, pudiendo las Comunidades Autónomas completar este desarrollo. Por tanto, la norma estatal, dictada al amparo del artículo 149.1.13 de la Constitución (Disposición adicional única del Decreto-ley 22/1993), modifica el contenido material de lo básico (antes régimen de libertad, ahora posibilidad de limitaciones) y remite el desarrollo de los principios al legislador autonómico. Como tales principios fijan unos mínimos que vinculan al legislador autonómico. Así, establece el Decreto-ley que en todo caso el legislador autonómico debe respetar un horario semanal de setenta y dos horas y un mínimo de ocho días al año para la apertura de comercios en domingos y festivos (4). En cuanto al horario de apertura dentro de los días laborales de la semana o festivos se impone como principio básico que la decisión corresponde a cada comerciante, el cual deberá respetar los horarios máximos que fije el legislador autonómico. También se determinan en el Decreto-ley los establecimientos que quedarán exentos del régimen general de limitación de horarios (5).

Por último, el Decreto-ley 22/1993 no deroga el anterior Decreto-ley 2/1985, sino que lo mantiene expresamente en vigor en su disposición final segunda como norma supletoria para los casos en los que las Comunidades Autónomas no desarrollen el Decreto-ley básico de 29 de diciembre de 1993.

(4) No comparto las críticas formuladas al hecho de que la Proposición de Ley establezca mínimos en relación a los horarios de apertura de los locales comerciales. Al tratarse de una norma básica es lógico que así sea, pues debe limitar al legislador autonómico, que al imponer un régimen de restricción de horarios de apertura deberá respetar estos mínimos. La norma básica no establece el régimen de apertura directamente aplicable, el máximo posible de actividad comercial. Fija los horarios que vinculan al legislador autonómico, el mínimo de apertura que en todo caso debe existir. El legislador autonómico podrá ser más favorable a la apertura, establecer máximos superiores, pero no podrá reducir los mínimos que garantiza el legislador estatal.

(5) El artículo 3 del Decreto-ley 22/1993 excepciona del régimen general los establecimientos de venta de pastelería y repostería, pan y platos preparados, prensa, combustible y carburantes, floristería y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia, así como las instaladas en puntos fronterizos, en estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo y en zonas de gran afluencia turística, así como las oficinas de farmacia. La determinación de las zonas turísticas corresponderá a las Comunidades Autónomas. Esta concreción de un concepto de amplia discrecionalidad dará lugar, sin duda, a situaciones conflictivas.

Se produce de este modo una singular situación dentro del complejo ordenamiento de nuestro Estado compuesto. La norma básica estatal (Decreto-ley 22/1993) carece de aplicación directa, y se limita a fijar unos principios que deben ser desarrollados por el legislador autonómico. Estos principios básicos permiten la limitación de horarios dentro de unos márgenes, y garantizan un régimen de libertad para algunos tipos de establecimientos. Corresponde a la Comunidad Autónoma hacer efectivo el régimen de intervención, que nunca podrá limitar la apertura más allá de lo establecido como horario mínimo en la norma básica.

Lo realmente significativo es que en caso de inactividad del legislador autonómico no se impone un régimen general de intervención sobre los horarios, que podría ser el del artículo 2 convirtiendo los mínimos en máximos. En este caso, se aplicará el Decreto-ley 2/1995, es decir, un régimen de libertad. De este modo lo básico, lo materialmente básico, aquello que corresponde regular al legislador como principio uniforme de interés general en todo el Estado es, en virtud de una misma norma, contradictorio. Una misma ley estatal permite un régimen de libertad de horarios (disposición final primera) y un régimen de horarios intervenido (norma básica). El Estado de hecho impone como regla básica dos tipos de intervención materialmente diversos, según se aplique la norma básica de 1985 en virtud de la remisión que se hace a la misma en la disposición final de la norma básica de 1993, o se regule la materia por el juego norma básica-norma de desarrollo autonómico según la regulación del Decreto-ley básico 22/1993. En el primer caso, libertad de horarios, en el segundo, intervención sobre los horarios

La contradicción que tal situación conlleva es difícilmente justificable desde el principio de la coherencia del sistema normativo, pues lo materialmente básico debe ser lo uno o lo otro, pero no las dos cosas al mismo tiempo, según exista o no actividad normativa de la Comunidad Autónoma.

El momento final de este proceso se produce con el desarrollo de la nueva legislación básica por parte de las Comunidades Autónomas. Habilitadas para imponer un régimen de limitación de horarios comerciales, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia (6) han comenzado a dictar sus normas de regulación. Normas que consis-

(6) Las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia son las del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra, Valencia y Aragón. El resto, salvo Baleares, que carece de toda competencia en materia de comercio interior, posee

ten en la concreción de los horarios de apertura, aprobados con rango legal o reglamentario, y en ocasiones leyes que imponen el régimen sancionador tipificando las infracciones y sanciones en la materia (7). Como normas que regulan de nuevo la ordenación comercial con referencia al régimen de horarios pueden citarse la Ley Vasca 7/1994, Ley de Canarias 4/1994, la Ley de Madrid 4/1994 o el Decreto 65/1994 de Castilla y León y el Decreto 41/1994, de 22 de febrero, de Cataluña.

Tomando como ejemplo la norma citada en último lugar, nos encontramos con una disposición reglamentaria que desarrolla el Decreto-ley 22/1993 y establece un horario máximo de apertura semanal de setenta horas y un número de domingos y festivos en los que se permite la apertura de ocho al año. No se incrementa en nada el mínimo legal garantizado, es decir, se impone la máxima restricción de horarios permitida por la norma básica.

La norma autonómica precisa el procedimiento para determinar qué zonas pueden calificarse de turísticas (art. 3), estableciendo un procedimiento con diversos informes que se pone en marcha por propuesta motivada del Ayuntamiento directamente afectado, resolviendo el Director General de Comercio Interior y Servicios, determinando también la norma un régimen de silencio administrativo positivo.

En cuanto al calendario de domingos y festivos en que se autorizará la apertura, se establece que ello se llevará a cabo anualmente por Orden del Departamento previa consulta al Consejo Asesor de la Generalidad de Cataluña en materia de Comercio.

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA REGULACION DE LOS HORARIOS COMERCIALES

Una vez que se ha expuesto la evolución del sistema normativo en materia de horarios comerciales, procede entrar ya en la parte central

competencia de ejecución. La reciente reforma de los Estatutos de Autonomía ha mantenido en esta materia una situación de desigualdad de niveles competenciales entre las Comunidades del artículo 151 y 143 y entre estas últimas.

(7) El artículo 4 del Decreto-ley 22/1993 de 29 de diciembre dispone que "las Comunidades Autónomas establecerán el sistema sancionador aplicable a las infracciones a la normativa que dicten en relación con calendarios y horarios comerciales". En desarrollo de esta previsión se han dictado, entre otras, la Ley 11/1994, de 18 de julio, sobre régimen sancionador de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y la ley 1/1995, de 2 de febrero, de infracciones y sanciones en materia de horarios para apertura y cierre de establecimientos comerciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

de nuestro trabajo, cuyo objetivo es tratar de precisar el marco constitucional de la regulación de los horarios comerciales. Con este fin, dividiremos el presente capítulo en tres grandes apartados.

1. Libertad de empresa y fijación de horarios comerciales

Desde el punto de vista material, la intervención administrativa sobre los horarios comerciales puede entenderse que vulnera el principio constitucional de libertad de empresa. De hecho, la libertad de empresa aparece reconocida en la Constitución dentro de la Sección segunda del Título primero, como derecho de los ciudadanos. Por tanto, el problema radica en determinar si la limitación de horarios comerciales constituye una vulneración al derecho de libertad de empresa consagrado en el texto de la Constitución.

La respuesta a la pregunta planteada exige partir, a nuestro juicio, del doble carácter de los derechos fundamentales en nuestro texto constitucional, como derecho-institución y derecho-titularidad (8). Interesa ahora el carácter de la libertad de empresa como derecho-institución, esto es, como valor asumido en el sistema jurídico de una Comunidad que se inserta como tal con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico. El legislador no podrá desconocer la existencia de esta institución, cuya realidad se convierte en un límite a la libertad del poder legislativo.

El Tribunal Constitucional se enfrentó directamente con esta cuestión, y la resolvió en la STC 225/93 FJ 3-B en los términos siguientes.

En el derecho de libertad de empresa predomina el carácter de garantía institucional. El contenido que la Constitución garantiza es el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. Un régimen de libertad o por el contrario de restricción de horarios comerciales no afecta sustancialmente ni determina por sí sólo el marco general de la economía de mercado en el que se ejerce la libertad de empresa. En esta materia "el artículo 38 CE no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias

(8) Sobre esta distinción en la relación libertad de empresa y actividad comercial, *vid.* TORNOS MAS, "Ordenación constitucional del comercio interior", en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española*, libro-homenaje al profesor García de Enterría, vol. V, Madrid 1991.

que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el artículo 38 CE”.

La postura del Tribunal Constitucional es clara. El contenido del derecho de libertad de empresa no queda alterado si se permite iniciar y ejercer en libertad la actividad empresarial, sin que esta libertad se vea alterada por formas de ordenación comercial racionales y proporcionadas que no impidan el ejercicio de la actividad. Un régimen de horarios limitados condiciona el ejercicio de la actividad comercial, pero no la impide. Este condicionamiento se deja al ámbito de la libre configuración legal.

El único límite que se impone a la actuación del legislador es que su actuación no sea irracional, desproporcionada o arbitraria.

Desde otra perspectiva, pero que interesa traer a colación, la jurisprudencia comunitaria se ha planteado la conformidad a los principios del tratado CEE, y más concretamente a la prohibición de restricciones cuantitativas y de medidas de efecto equivalente, de las normas nacionales que imponen límites a la libertad de horarios.

El TJCE en diversas sentencias (S 28 de febrero 1991, Conforama y Machandise Asuntos c/312/89 y c/322/89 y S 16 de diciembre 1992, Rochdale Borough Council, Meading Borough Council y Stoke-on-trent and Norwich City Councils, Asuntos c/306/88, c/304/90 y c/169/91) (9) ha negado que la normativa nacional comporte una vulneración de los principios contenidos en los artículos 30 y 36 del Tratado CEE, pues las legislaciones nacionales no tienen por objeto regular los intercambios intracomunitarios.

El verdadero interés de la jurisprudencia comunitaria citada reside, a nuestro entender, en las consideraciones que se realizan en torno al principio de proporcionalidad al que, como vimos, aludió también el Tribunal Constitucional.

Para el tribunal comunitario la normativa nacional sobre horarios comerciales “constituye la expresión de ciertas opciones relacionadas

(9) Al respecto, *vid.* el trabajo de BEUNZA-SANZ, “La regulación de los horarios comerciales”, en *RJC*, 1994, 3, pág. 636, en el que se hace referencia a la Sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1989, Torfaen Borough Council, c/145/88 en la que se sienta la doctrina seguida después por las Sentencias citadas en el texto. En este trabajo se contiene también un resumen de interés sobre la normativa en materia de horarios comerciales de diversos países comunitarios.

con las particularidades socioculturales nacionales o regionales". A partir de aquí puede enjuiciarse la proporcionalidad de tales medidas, es decir, analizar si la normativa es objetivamente necesaria para alcanzar dicha finalidad y si el legislador no dispone de ningún otro medio más eficaz y menos restrictivo para los intercambios intracomunitarios (10). A la luz de estas consideraciones el Tribunal de Justicia considera que los efectos restrictivos sobre los intercambios intracomunitarios de una normativa que impide la apertura los domingos de los comercios al menor no son excesivos con arreglo al objetivo perseguido.

Este breve excursus en torno a la jurisprudencia comunitaria viene a cuento en la medida en que el propio Tribunal Constitucional español alude al principio de proporcionalidad como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de una ley, sin duda a partir de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución que sanciona la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sin entrar en el problema dogmático de hondo calado en torno al control de las leyes en base a este principio, sí que nos atrevemos a avanzar algunas líneas de reflexión de cómo podría enjuiciarse la normativa sobre horarios comerciales a partir del principio de proporcionalidad.

En esta línea la primera pregunta a plantear es qué fin de interés general persigue la ley que impone un régimen de limitación de horarios comerciales, y si este fin es admisible.

Lo cierto es que el Decreto-ley 22/93 reconoce expresamente que se trata de proteger el comercio minorista ("la situación de profunda crisis por la que atraviesa la actividad económica en el momento actual aconseja introducir algunas limitaciones en aquel principio, con el fin de evitar que la recesión de la demanda repercuta en forma excesiva sobre el comercio minorista"). ¿Es éste un fin constitucionalmente admisible? ¿Se puede limitar la libertad de empresa con el fin de proteger a un sector comercial? A lo que cabe añadir: el artículo 51 de la Constitución, al imponer al legislador la regulación del comercio interior establece que lo hará "en el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores", apartados que se refieren a la defensa de los consumidores y usuarios. ¿Beneficia a los consumidores una norma de ordenación del comercio que limita la libertad de horarios?

Lo expuesto permite concluir que existen dudas fundadas sobre la superación del primer test de la proporcionalidad por un Decreto-ley

(10) Se recurre así a la teoría de los tres niveles que en relación con el principio de proporcionalidad ha elaborado la dogmática alemana. Sobre este punto, *vid.* el trabajo de BARNES, "El principio de proporcionalidad", en *RAP* 135, 1994.

que afirma limitar los horarios comerciales para proteger a un sector comercial. El fin perseguido no es admisible.

La situación podría variar si el régimen de intervención sobre los horarios tratara de fundarse en otros fines de interés general, como un funcionamiento más racional del sistema económico o una mejora del mismo sistema de mercado. Incluso, como se ha propuesto, en razones de carácter cultural, religioso o sociológico (11).

En el caso de superar el primer test y admitir el fin perseguido de proteger a un sector comercial, el de los minoristas, podría cuestionarse si la norma supera el segundo test: ¿permite una ley de horarios comerciales alcanzar este fin? ¿se protegerá realmente al comercio minorista o se introducirán disfunciones en el sistema de mercado que no redundarán en una mejora del pequeño comerciante?

Pues bien, tampoco parece seguro que la regulación intervencionista de los horarios comporte de manera indiscutible una mejora en la situación del pequeño comerciante. En todo caso, la prueba de esta adecuación al fin corresponde al legislador.

Y, por último, este mismo fin, ¿no podría alcanzarse a través de otros medios menos gravosos para otros intereses generales, con unos medios menos lesivos para el derecho de libertad de empresas?

También puede afirmarse, en principio, que la protección del pequeño comercio puede llevarse a cabo a través de técnicas diferentes de la limitación de horarios, técnicas más proporcionadas, en el sentido estricto de relación medio-fin.

2. Regulación de horarios comerciales y reserva de ley

La regulación de los horarios comerciales se ha llevado a cabo a través de normas reglamentarias antes y después del Decreto-ley 22/1993. Este hecho permite exponer la doctrina jurisprudencial al respecto con anterioridad al Decreto-ley citado y formular algunas consideraciones sobre la validez de los reglamentos aprobados tras la publicación del Decreto-ley 22/1993.

(11) Esta es la postura de MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ y otros, *op. cit.* pág. 67. Tras afirmar que al proteger a un oferente en el mercado se está ante el paradigma de limitación ineficaz y desproporcionada se añade: "Existen, sin embargo, otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta. Las restricciones horarias fundamentadas en razones de carácter cultural, religioso o sociológico no pueden ser desconocidas por el Ordenamiento jurídico". El tema se desarrolla en las páginas 140 y ss. de la obra citada.

En relación con la situación anterior al Decreto-ley 22/1993 ya me manifesté en el sentido de entender que el artículo 51 de la Constitución impone una reserva de ley específica que iría más allá de una posible reserva de ley genérica, en la medida en que la norma de horarios comerciales restringe la esfera de libertad del ciudadano (12).

Esta postura coincidía con la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de mayo de 1988, Ar. 1704, 20 de octubre de 1990, Ar. 7970 y 9 de enero de 1992, Ar. 524. Y ha sido confirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia 227/1993, de 9 de julio, se establece la siguiente doctrina (FJ 4-B):

“La reserva de Ley que el artículo 51.3 de la Constitución realiza para regular el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales no impide que el legislador autonómico pueda efectuar la ordenación discutida, puesto que esa llamada a la Ley lo es a la Ley formal o parlamentaria, tanto de Cortes como autonómica, y en razón de las respectivas esferas competenciales (STC 37/1981, FJ 2). Y es obvio que la técnica de deslinde competencial de bases estatales *versus* desarrollo autonómico no impide que ese desarrollo pueda hacerse en normas de rango legal. Tampoco se trata de una reserva de Ley absoluta que excluya la intervención en todo caso del Reglamento. Antes bien, ocurre lo contrario; no hay obstáculo alguno a que la Ley —estatal o autonómica— habilite expresamente al reglamento para concretar o desarrollar sus mandatos en un objeto concreto fijando los criterios para ello, mediante una imprescindible colaboración entre las potestades legislativa y reglamentaria que, en un asunto como éste... resulta inevitable e incluso conveniente.”

Dos son las cuestiones que resuelve el Tribunal Constitucional en el Fundamento jurídico transcrito. Por un lado, la reserva de Ley constitucional no lo es a la ley estatal. Se exige una ley formal que será estatal o autonómica en razón del sistema interno de reparto competencial (sobre esta cuestión volveremos más adelante). Por otro lado, y éste es el tema que ahora interesa, el artículo 51.3 impone una reserva de ley, pero no “se trata de un reserva de Ley absoluta que excluya la intervención en todo caso del Reglamento. Antes bien, ocurre lo contrario”.

El Tribunal Constitucional reconoce expresamente que estamos en un supuesto de reserva de ley relativa, y que por tratarse de una materia de ordenación económica la llamada a la colaboración del regla-

(12) Vid. TORNOS MAS, *La ordenación...* op. cit., págs. 4121-4123. También BERMEJO ZOFIO, *La ley del comercio interior*, Madrid, 1980, pág. 9, y recientemente MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ y otros, op. cit., pág. 61.

mento es especialmente necesaria, se trata de un supuesto de "imprescindible colaboración... que en un asunto como éste resulta inevitable e incluso conveniente".

Sentado este criterio, el Tribunal insiste en su doctrina general sobre la reserva legal relativa. Corresponde al legislador fijar los criterios y al autor de la norma reglamentaria concretar o desarrollar el mandato legal. De la Constitución deriva, por tanto, un doble mandato. Al legislador, que no puede realizar una remisión en blanco, pues debe fijar los criterios rectores de la medida intervencionista, y al titular de la potestad reglamentaria, que no puede innovar el ordenamiento, pues debe concretar o desarrollar el mandato legal.

La doctrina expuesta nos permite entrar a enjuiciar la situación planteada tras la aprobación del Decreto-ley 22/1993. Algunas Comunidades Autónomas han aprobado normas reglamentarias en aplicación del mismo (Valencia, Cataluña, Castilla y León). ¿Puede reproducirse una impugnación con éxito de estos Decretos por no respetar el principio de reserva legal? ¿En qué medida será aplicable la doctrina del Tribunal Supremo antes citada?

En relación con esta cuestión entendemos que el Decreto-ley 22/1993 cubre el mandato Constitucional propio de una reserva legal relativa. Diseña un régimen de intervención, garantizando un mínimo de libertad de horarios, y remite a las Comunidades Autónomas la concreción de algunos extremos (determinación de domingos o festivos en los que se podrá abrir al público, concreción de horas semanales de apertura, fijación de zonas turísticas, precisión de lo que sean tiendas de conveniencia, régimen sancionador).

La remisión al reglamento es correcta, pues no se remite en bloque la determinación de la política de horarios comerciales. Esta tiene un marco definido en la norma con fuerza de ley. Por lo tanto, el Decreto-ley es conforme a la Constitución.

A continuación, deberá examinarse la legalidad de la norma de desarrollo. El reglamento dictado en materia de horarios comerciales tras el Decreto-ley 22/1993 tiene una norma de cobertura, no es un reglamento independiente, y desde esta perspectiva es válido.

Resta ya tan sólo analizar si la norma de desarrollo se ha excedido o no en su contenido en relación al marco de la norma con fuerza de ley, operación que exige un estudio singularizado de cada reglamento autonómico. Así, sería nulo por vulnerar el marco legal el reglamento que limitara la apertura por debajo de las setenta horas semanales que garantiza el Decreto-ley, o que negara la apertura en domingo de las tiendas de conveniencia o hiciera una interpretación restrictiva contraria al sentido

del Decreto-ley de lo que debe entenderse por zona turística. No ofrecerá problemas, en principio, que se amplíe el número de establecimientos beneficiados por la libertad de horarios (en la medida en que la reserva de ley debe cubrir la medida restrictiva, no la favorable) (13).

La singularidad de que la norma legal de cobertura de la reserva de ley sea una norma básica plantea una última cuestión. Esta ley debe dejar un campo de normación propio a la Ley autonómica. Se superponen dos leyes que se relacionan por el principio bases-desarrollo en garantía de la reserva legal. No existe tan sólo el criterio reserva de ley-reglamento de desarrollo cuando debe aprobarse la norma legal sobre horarios comerciales. La ley básica no puede agotar toda la materia y debería dejar un margen de actuación al legislador autonómico para que éste a su vez llenara el ámbito propio de la reserva legal, remitiendo el legislador autonómico la concreción de su mandato al reglamento autonómico.

No ha sido éste, sin embargo, el camino seguido en todos los casos. Al contener el Decreto-ley 22/1993 una regulación detallada de la materia se ha pasado directamente de la Ley básica estatal al reglamento autonómico, norma de que se convierte así en texto de desarrollo de una ley estatal y no de una Ley de su propio ordenamiento. De este modo el Decreto catalán 41/1994, de 22 de febrero, se dicta en desarrollo del Decreto-ley estatal 22/1993, derogando un Decreto anterior que desarrollaba una ley autonómica, la 23/1991 de Comercio interior (14).

Seguramente, el reducido ámbito material que la Ley básica estatal deja al legislador autonómico lleva a entender que la norma de desarrollo es "materialmente" una norma reglamentaria, sin que se justifique la elaboración de una ley en la que el nivel de opción política es reducido (15).

(13) El Decreto 41/1994 del Departamento de Comercio, Consumo y Turismo de la Generalidad de Cataluña ha sido impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia. El núcleo del litigio consistirá en analizar si el Decreto en cuestión excede o no el marco normativo trazado por la ley habilitante, en este caso, el Decreto-ley estatal.

(14) La vinculación directa entre ley estatal y reglamento autonómico se ha analizado de modo especial en relación al tema del Dictamen del Consejo de Estado y su exigibilidad o sustitución por Dictamen de órgano autonómico equivalente. Es de interés, entre otras, la STS 13 de junio de 1992, Ar. 5910, en la medida en que plantea la posibilidad que las Comunidades Autónomas desarrollen directamente leyes estatales.

(15) Cuestión diversa es plantear el tema por las Cámaras Parlamentarias Autonómicas, para discernir si un tema como el de los horarios comerciales, aun cuando se desarrolle un Decreto-ley básico que deja poco margen, debería ser o no tratado como ley en dicha Cámara. En todo caso, existe la opción política de aplicar el régimen intervencionista del Decreto-ley 22/1993 o mantener la libertad de horarios del Decreto-ley de 1985. Y ésta es una decisión que con el reglamento se hurta al Parlamento.

3. Regulación de horarios comerciales y competencia básica estatal

El estudio de las implicaciones constitucionales del régimen jurídico de los horarios comerciales exige detenerse en una última cuestión, la relativa al sistema de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Esta concreta problemática ha sido analizada de modo preciso por la Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1993, por lo que nos limitaremos a resumir críticamente su contenido (16).

El punto de partida del conflicto se situaba en el contenido del artículo 9 de la ley valenciana, precepto que establecía un régimen de limitación en relación a la libertad de horarios. Tal precepto se oponía a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto-ley de 1985. De acuerdo con el Abogado del Estado (Antecedentes 7, b) "la contradicción entre ambas normas parece claramente insalvable. Frente a un principio general de libertad se establece otro contrario de limitación. Únicamente resta por encajar la norma del Decreto-ley en las competencias estatales que resultan del bloque de constitucionalidad y en la doctrina del Tribunal Constitucional". El problema interpretativo queda así claramente predeterminado: debe establecerse qué título competencial posee el Estado y si se ha ejercitado la competencia de acuerdo con los límites materiales y formales.

A) Título competencial

El Tribunal Constitucional parte en su razonamiento de una afirmación no discutida: "El régimen de horarios comerciales pertenece a la materia de comercio interior y ninguno de los impugnantes lo discute." En este sentido fue transferida la competencia y los medios materiales mediante el RD 4119/1982.

La Comunidad Autónoma del País Valenciano asumió estatutariamente la competencia en los términos siguientes (art. 34.1.5): "De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad Valenciana, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 CE la competencia

(16) Un reciente comentario de esta Sentencia en MIGUEZ MACHO, "La reglamentación administrativa de la actividad comercial por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RAP* 133, 1994.

exclusiva... comercio interior, defensa del consumidor y usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia.”

Resta, pues, determinar, si la competencia exclusiva en materia de comercio interior permite un ejercicio de la potestad legislativa sin condicionamientos legales estatales, o puede verse afectada la potestad legislativa autonómica por la legislación básica estatal o por títulos competenciales conexos.

El Tribunal Constitucional rechaza en este punto las alegaciones relativas a la conexión de la materia horarios comerciales con los títulos competenciales estatales defensa de la competencia e igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos fundamentales (FJ 3, A y C), así como niega también que la libertad de horarios pueda constituir un desarrollo del artículo 38 CE, lo que legitimaría por conexión con el artículo 149.1.1 la competencia estatal.

Rechazados estos títulos habilitantes de la competencia estatal, el título estatal se encuentra, según el Tribunal Constitucional, en el artículo 149.1.13 CE, “con la particularidad en el presente caso de haberse incluido esta competencia estatal en el artículo 34.1.5 EACV como un límite expreso al ejercicio por parte de la Comunidad Valenciana de su competencia sobre el comercio interior, esto es, como reserva estatal. Siendo de observar, asimismo, que esta competencia autonómica es asumida en el mencionado precepto estatutario de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general” (FJ 3-D) (17).

El Tribunal Constitucional retoma en este punto su línea interpretativa en relación al artículo 149.1.13, y a partir de la existencia de un mercado único entiende que “se justifica la intervención del Estado siempre que para la necesaria coherencia de la política económica general sea preciso adoptar decisiones unitarias”. Como se ve, con un razonamiento que podríamos calificar en forma geométrica de acueducto (se avanza sobre pilares sólidos que dejan entremedio grandes vacíos), se pasa de las “bases y coordinación de la planificación general de la economía” a la competencia estatal para determinar una política sectorial en materia de horarios comerciales. La cita de las SSTC 29/1986, 186/1988 y 754/1989 tratan de cubrir cada paso del razonamiento, pero aun así, ofrecen grandes vacíos. En este sentido, ¿afecta

(17) Sobre el título competencial “ordenación general de la economía”, *vid.* GOMEZ FERRER, “Bases y ordenación general de la economía”, en volumen colección *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Madrid 1990, págs. 121 y ss.

un régimen de horarios diverso en cada Comunidad Autónoma a la política económica general (STC 29/1986), al principio de unidad económica (STC 186/1988) o a un objetivo de planificación económica (STC 75/1989)?

El Tribunal Constitucional descendiendo al caso concreto trata de justificar la competencia estatal atendiendo a la finalidad de la norma, a su objetivo predominante. La lectura del Preámbulo del Decreto-ley justificaría así la intervención estatal, pues se trata de una norma dictada para potenciar la demanda interna, estimular el consumo privado y la inversión, fomentar el empleo e impulsar el sector de la construcción.

Las lagunas del razonamiento se tratan de rellenar expandiendo el fin de la norma aprobada por el Estado según la definición que de la misma hace el propio Estado. La libertad de horarios permitirá potenciar la demanda y estimular el consumo privado, la inversión y fomentar el empleo. Existe ya, por tanto, una vinculación de la medida con los fines de la política económica general y se legitima la competencia estatal. Así, se afirma que “por su carácter liberalizador o desregulador, en efecto, tal medida entraña una verdadera reestructuración del mercado nacional de la distribución al servicio de una mayor competitividad económica de las empresas y de las necesidades de los consumidores, produciendo también efectos indirectos sobre la producción de bienes y la prestación de servicios, por lo que cabe estimar que constituye una medida de política económica general”.

Pues bien, este razonamiento no nos parece convincente. Al Estado correspondía demostrar que el artículo 9 de la ley valenciana ponía en peligro la unidad económica o impedía la planificación de la economía general del Estado (verdaderos títulos competenciales del Estado). Pero la línea argumental es otra. Se parte de la afirmación de que el Estado posee competencia para fijar la política sectorial en materia de comercio interior, se añade que tal política la define el Decreto-ley (“verdadera reestructuración del mercado nacional de distribución”), y se concluye que la limitación de horarios contemplada en la ley valenciana impediría alcanzar los objetivos de esta política estatal. La competencia exclusiva autonómica sobre el comercio interior se reduce así de modo drástico.

Más convincente me parece el voto particular formulado por el Magistrado Viver Pi-Sunyer al que se adhirieron los Magistrados De la Vega, Gimeno Sendra y Mendizábal Allende. En dicho voto particular se critica la técnica interpretativa basada en la resolución de los conflictos competenciales encuadrando las actividades públicas en una

materia competencial a partir exclusiva o primordialmente de sus fines. Lo que debe hacerse es analizar el objeto y contenido de la actuación pública. Siguiendo este criterio se concluye, en el voto particular, que la libertad de horarios no incide en la actividad comercial en su conjunto, sin que deba admitirse esta incidencia por la simple razón de que la norma enjuiciada así lo afirme.

En definitiva, cuando el Estado dicta una norma amparándose el título “bases de la ordenación de la economía general”, debe llevarse a cabo un estudio detenido sobre la efectiva incidencia económica de dicha norma en problemas de orden general, utilizando si es preciso para ello criterios procedentes de otras ciencias y saberes. En todo caso, al Estado corresponde la carga de la prueba de lo que afirma (18).

B) Aspectos formales

Tres cuestiones formales pueden objetarse al Decreto-ley de 1985 que el Tribunal Constitucional reconoce como norma básica.

La primera hace referencia a la afirmación del carácter básico de la norma en el Preámbulo de la misma. ¿Se cumple así la exigencia de seguridad jurídica que impone el Tribunal Constitucional en la declaración del carácter básico de una norma?

Como es conocido esta exigencia parte de la STC 69/1988, de 19 de abril, y se reafirma posteriormente (19). No obstante, en el presente caso el Tribunal se muestra particularmente flexible al exigir el elemento formal de la norma básica. El Decreto-ley no hace manifestación de su carácter básico en el texto articulado y tan sólo afirma que posee esta naturaleza, de modo genérico, en su Preámbulo. Preámbulo que carece de valor normativo aunque sí permite interpretar el texto articulado.

De este modo el legislador autonómico ha podido verse “sorprendido” por la alegación del carácter básico de una norma que en su texto articulado le reconoce un ámbito competencial propio. El último inciso del artículo 5 del Real Decreto-ley 2/1985 después de establecer la libertad de horarios mercantiles afirma que ello se declara “sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en los términos que establezcan sus respectivos Estatutos de Autonomía”. Este

(18) Niega también el carácter básico al artículo 5 del Decreto-ley el voto particular del Magistrado GABALDON LOPEZ.

(19) Sobre el carácter formal de la legislación básica, *vid.*, entre otros, TORNOS MAS, “La legislación básica en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *RVAP* 31, 1991.

reconocimiento específico de un ámbito competencial propio sólo era posible si el principio de libertad de horarios carecía de valor básico.

Pues bien, el Tribunal interpreta el artículo 5.1 del Decreto-ley en función de lo dispuesto en el Preámbulo y, al asignar a toda la norma carácter básico, niega eficacia a lo dispuesto en la propia norma. La interpretación lleva a una solución absurda, aunque el Tribunal trata de salvar este absurdo con una doctrina que nos parece poco convincente: "Como norma básica el artículo 5.1 del Real Decreto-ley 2/1985 es aplicable en todo el territorio estatal, si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, podrá ejercer las competencias de desarrollo y/o ejecución, según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de comercio interior."

Por tanto, frente a la doctrina del Tribunal Constitucional creemos que hubiera sido más correcto negar el valor básico a la norma estatal por razones formales. La norma básica debe establecer su carácter básico de modo preciso en el texto articulado, sin que pueda admitirse el carácter básico de una norma por el simple hecho de que así lo establece su Preámbulo en contradicción con la interpretación del propio texto articulado. En este sentido, el Decreto-ley 22/1993 reconoce la competencia básica estatal en el Preámbulo, pero también en la Disposición Adicional única.

La segunda cuestión no es tan problemática. Cabe discutir que una norma básica se contenga en un Decreto-ley como se hizo en 1985 y se repite en 1993 (al margen del tema de que los Decretos-leyes cuenten con el presupuesto de hecho habilitante, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad). Sobre esta concreta cuestión nada dice el Tribunal Constitucional, pero lo cierto es que existe una doctrina uniforme sobre la posibilidad de aprobar legislación básica a través de Decretos-leyes (20).

Por último, puede también considerarse como una objeción de carácter formal, el hecho, denunciado por el letrado de la Comunidad Autónoma Valenciana, de que la norma básica agota toda la normación posible al imponer el principio de libertad de horarios.

Frente a esta línea argumental el Tribunal Constitucional apela al efecto inherente del precepto básico, que excepcionaría la regla general de que lo básico debe admitir un desarrollo, y señala que la norma básica no agota toda la materia de comercio interior. Resta a la Comunidad Autónoma un ámbito propio de actuación en esta materia de comercio interior. Lo único que se impide es regular la materia de horarios comerciales (FJ 4-B).

(20) *Vid.* STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 3.