

Expediente Núm. 77/2014
Dictamen Núm. 66/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de abril de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de marzo de 2014 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente relativo al anteproyecto de Ley del Principado de Asturias por la que se modifica la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del anteproyecto

El anteproyecto de Ley sometido a consulta se inicia con un texto, titulado “Exposición de Motivos”, en el que se enuncian los presupuestos normativos de la regulación que se aborda, ligados a la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma se ha llevado a cabo mediante la Ley

del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior, cuya modificación aborda el anteproyecto en tramitación.

Según se expresa en la parte expositiva, la reforma legislativa que se pretende se justifica en la necesidad de “simplificación de los mecanismos de control ‘ex ante’ para la implantación, ampliación o traslado de los grandes equipamientos comerciales, manteniéndose un único procedimiento mediante la evaluación de impacto ambiental de tales proyectos”, evidenciada por la “experiencia acumulada en el periodo de vigencia de la ley”.

La modificación se concreta en la introducción de un “mecanismo de comunicación previa al órgano competente en materia de comercio, que permita el cumplimiento eficaz de las funciones de coordinación, promoción y desarrollo del sector comercial por parte de éste, sin establecer medidas gravosas para los administrados”; mecanismo que, por otro lado, según se indica, no afecta a los requisitos para la ordenación de los equipamientos comerciales establecidos en la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior, y en el Decreto 119/2010, de 15 de septiembre, por el que se aprueba definitivamente la Revisión de las Directrices Sectoriales de Equipamiento Comercial, los cuales se mantienen “inalterados”.

La estructura de la norma integra, además de la parte expositiva, un artículo único y una disposición final única.

El artículo único aborda, en cada uno de sus cuatro apartados, la respectiva modificación de los artículos 18, 19, 20 y 64 de la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior, y la disposición final única establece que la norma entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

2. Contenido del expediente

El procedimiento de elaboración de la norma se inicia, a propuesta del Director General de Comercio y Turismo, mediante Resolución del Consejero de Economía y Empleo de 29 de noviembre de 2013.

Obran en el expediente el primer borrador del anteproyecto de Ley y una memoria justificativa, suscrita el 28 de noviembre de 2013 por el Director General de Comercio y Turismo, en la que se manifiesta que es necesario “proceder a la urgente modificación” de la Ley asturiana de Comercio Interior, al haberse “planteado por la Comisión Europea, a través de Carta de Emplazamiento 2012/4121, relativa a Restricciones a la implantación de establecimientos comerciales en el Principado de Asturias, que España -en este caso la normativa de comercio dictada por el Principado de Asturias- podría haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 14, apartado 5, de la Directiva 2006/2013/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y del artículo 19 del TFUE, al imponer la realización de una evaluación de impacto estructural para todos los proyectos relativos a la apertura (o ampliación, cambio de actividad o traslado) de grandes equipamientos comerciales y de complejos comerciales en el Principado de Asturias”. En el mismo documento se precisa que la eliminación del sometimiento de aquellos proyectos a evaluación de impacto estructural no afecta a “la protección del interés general”. La memoria justificativa también aborda las implicaciones económicas de la reforma, concluyendo que “con la aprobación de la modificación propuesta no se prevé modificación de ingresos ni gastos para la Administración del Principado de Asturias”.

Al expediente se incorpora, a continuación, una certificación expedida por el Secretario del Consejo Asesor del Comercio del Principado de Asturias en la que consta que la propuesta de modificación normativa ha sido informada “favorablemente” por el citado órgano en la sesión celebrada el 19 de noviembre de 2013.

Con fecha 13 de diciembre de 2013, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora remite el anteproyecto de Ley en elaboración a sus homólogos de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias.

El día 17 del mismo mes, la Jefa del Secretariado del Gobierno de la Consejería de Presidencia emite un informe el que propone la incorporación en la parte expositiva de la norma de una justificación “más extensa” para la eliminación de la evaluación de impacto estructural, yendo más allá de “la simplificación de los mecanismos de control *ex ante* para la implantación, ampliación o traslado de los grandes equipamientos comerciales”. También sugiere el establecimiento de una *vacatio legis* de 20 días o, alternativamente, la justificación en la exposición de motivos de las razones de urgencia que determinan la entrada en vigor de la norma al día siguiente de su publicación. Además, formula diversas observaciones de técnica normativa.

El día 2 de enero de 2014, el Director General de Comercio y Turismo suscribe un informe en el que analiza las observaciones planteadas por el Secretariado del Gobierno. En cuanto a las relativas a aspectos de técnica normativa, afirma que ya “han sido aceptadas e incorporadas al texto”, y, respecto a la inclusión de una justificación más amplia de las razones que llevan a la modificación propuesta, expresa que “no procede” incluir en la parte expositiva una referencia al procedimiento por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que ya consta en el expediente y se menciona en la memoria justificativa de la norma. Sobre la entrada en vigor inmediata de la norma, señala que se justifica en la necesidad de que “la ley se halle vigente antes de la resolución del citado procedimiento comunitario”.

Con fecha 15 de enero de 2014, la Comisión Permanente y el Pleno del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias aprueban, por unanimidad, la propuesta de dictamen sobre el anteproyecto de Ley emitida por la Comisión de Trabajo de Análisis Económico y Social, precisando que “el CES, al objeto de evitar una regulación en cascada del resto de actividades económicas, considera conveniente fijar un tratamiento unitario del inicio de actividad, estableciendo procedimientos más ágiles y minimizando las cargas administrativas, sin perjuicio de aquellos supuestos en los que razones de interés general, la naturaleza de la actividad o el carácter de infraestructura física exijan procedimientos específicos”.

Con fecha 20 de enero de 2014, la Jefa del Servicio de Gestión Presupuestaria, con la conformidad del Director General de Presupuestos y Sector Público, informa favorablemente “a efectos económicos” el anteproyecto de Ley.

A continuación, se incorpora al expediente el cuestionario para la valoración de propuestas normativas contemplado en la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 2 de julio de 1992.

El día 12 de marzo de 2014, la Comisión Asturiana de Administración Local, según certifica su Secretaria, con el visto bueno del Presidente Suplente, emite “informe favorable al anteproyecto de Ley”, si bien propone la modificación del apartado 1º del artículo 18, que pasaría a tener la siguiente redacción: “1. La construcción o apertura, ampliación, cambio de actividad o traslado del equipamiento comercial están sujetos a la obtención de las licencias municipales urbanísticas y, en su caso, de actividades clasificadas o a la realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa”.

Con fecha 12 de marzo de 2014 la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe un informe en el que resume la tramitación efectuada, y termina concluyendo que el procedimiento para la elaboración de la norma “se considera correctamente tramitado”.

El texto, al que se incorpora la modificación del artículo 18.1 sugerida por la Comisión Asturiana de Administración Local, es analizado e informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos el día 13 de marzo de 2014.

Pone fin al expediente una certificación de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia y Secretaria de la citada Comisión, de 14 de marzo de 2014, que acredita la emisión de tal informe favorable, a lo que

añade que “analizado el proyecto de Ley se remite al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para emisión de dictamen”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de marzo de 2014, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen, significando su urgencia, sobre consulta preceptiva relativa al anteproyecto de Ley del Principado de Asturias por la que se modifica la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Objeto del dictamen y competencia

El expediente remitido se refiere al anteproyecto de Ley del Principado de Asturias de modificación de la Ley 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior. El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra d), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En la solicitud de dictamen se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, ante “la necesidad de que el texto legal objeto de este proyecto sea aprobado a fin de evitar consecuencias negativas al Principado de Asturias que podrían derivarse de la resolución del procedimiento incoado por infracción de la normativa comunitaria”. El artículo 19, apartado 3, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, ya citada, establece que “Cuando en la orden de remisión del expediente se hiciese constar motivadamente la

urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días hábiles” y, en consecuencia, el presente dictamen se emite dentro del plazo señalado.

SEGUNDA.- Tramitación del procedimiento y contenido del expediente

En el curso de la tramitación del procedimiento, el anteproyecto de Ley se ha remitido a las diferentes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias en trámite de observaciones, debiendo valorarse positivamente la realización de un informe motivado sobre las alegaciones formuladas por el Secretariado del Gobierno. También se han incorporado al expediente las pertinentes memorias e informes, y se ha emitido informe por la Secretaria General Técnica instructora en relación con la tramitación efectuada.

El anteproyecto de Ley se ha sometido al informe preceptivo del Consejo Asesor de Comercio del Principado de Asturias, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 13.2.b) de la vigente Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior, así como al preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, de acuerdo con lo señalado en el artículo 3.1.a).1ª de su Ley reguladora, la Ley del Principado de Asturias 2/2001, de 27 de marzo. Finalmente, se ha recabado el informe de la Comisión Asturiana de Administración Local, que lo ha emitido en el ejercicio de la atribución que le corresponde a tenor de lo previsto en el artículo 2.2.a) de la Ley del Principado de Asturias 1/2000, de 20 de junio, por la que se crea la citada Comisión.

Aceptando la propuesta contenida en el informe de la Comisión Asturiana de Administración Local, la Consejería instructora ha incorporado al anteproyecto que analizamos -al final de la tramitación- una modificación de la Ley de Comercio Interior que no había contemplado inicialmente y que afecta a la redacción del artículo 18.1. Por tal causa, el texto que se propone elevar a la aprobación del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y que se somete a nuestra consideración es parcialmente distinto al remitido para observaciones a las distintas Consejerías, así como al Consejo Económico y Social y al Consejo

Asesor de Comercio en trámite de consulta, lo que plantea la cuestión de si, por causa de la incorporación de aquel contenido -que es nuevo por no estar previsto al inicio de la tramitación-, se debería haber retrotraído el procedimiento para recabar nuevamente el parecer de los órganos que han de informar preceptivamente el anteproyecto de Ley.

Para dar respuesta a este asunto traemos a colación la doctrina jurisprudencial establecida a propósito de la necesidad o no de reiterar la consulta al Consejo de Estado en los casos en que, tras su dictamen, se introducen modificaciones en los proyectos normativos sometidos a su análisis, dada su analogía con el asunto que ahora examinamos. El Tribunal Supremo viene señalando (entre otras, en la Sentencia de 6 de julio de 2012 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª-) que la reiteración de la consulta únicamente resultará necesaria cuando las modificaciones introducidas sean “sustanciales y no se deban a la realización de los trámites inherentes al procedimiento de elaboración de la respectiva disposición normativa, como consecuencia precisamente de los distintos informes emitidos a propósito de aquella sustanciación”. Extrapolando esta doctrina jurisprudencial al asunto que nos ocupa, hemos de concluir que en este caso no resulta necesario recabar nuevamente el informe del Consejo Económico y Social y del Consejo Asesor de Comercio, teniendo en cuenta que el cambio es consecuencia de la aceptación de una observación emitida por la Comisión Asturiana de Administración Local durante el procedimiento de elaboración de la norma y que aquel -limitado a la adición en el apartado 1 del artículo 18 de la Ley de Comercio Interior del inciso “o a la realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa”- no tiene carácter sustancial. En efecto, la sujeción de la actividad comercial a control municipal posterior en los casos en que su ejercicio no está supeditado a la obtención de licencia urbanística u otro título habilitante no constituye una innovación normativa propia del texto que se proyecta, sino un mero reflejo, en este concreto ámbito sectorial, de la facultad de control sobre actividades y servicios reconocida a las

Entidades Locales con carácter general, a la que se refieren los artículos 84.1, letra d), y 84 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL).

Por ello, debemos concluir que la tramitación del anteproyecto ha sido acorde en lo esencial con lo establecido en los artículos 32 y 33 de la citada Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

TERCERA.- Base jurídica y rango de la norma

La modificación legal que se aborda en el texto que analizamos responde a la finalidad de ajustar la legislación asturiana en materia de comercio al Derecho de la Unión Europea, en particular a la libertad de establecimiento a la que se refiere el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, eliminando la restricción que a la libre prestación de servicios puede generar el sometimiento a evaluación de impacto estructural de los proyectos relativos a la apertura, ampliación, cambio de actividad o traslado de grandes equipamientos y complejos comerciales en el territorio autonómico que en la actualidad impone el artículo 19 de la Ley asturiana de Comercio Interior, con la excepción de aquellos que puedan ejecutarse en zonas o sectores industriales por dedicarse exclusivamente a la venta de automóviles, embarcaciones y otros vehículos, de maquinaria, de materiales para la construcción y artículos de saneamiento, y centros de jardinería.

Con la finalidad de favorecer un mercado competitivo de servicios que se juzga esencial para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea, la Directiva de Servicios exige que los Estados miembros supriman un gran número de barreras que impiden a los prestadores de servicios extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Precisamente para garantizar la libertad de establecimiento de los prestadores, la Directiva determina que los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios

y su ejercicio a un régimen de autorización cuando este no sea discriminatorio para el prestador de que se trate, su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido por dicho régimen no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (artículo 9.1 de la Directiva de Servicios).

En consecuencia, los regímenes de autorización que se establezcan deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que esta no se ejerza de forma arbitraria; estos criterios, según el artículo 10 de la Directiva de Servicios, han de reunir las siguiente características: no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, hacerse públicos con antelación y ser transparentes y accesibles. El régimen mencionado se completa con la determinación, en el artículo 14, de una serie de requisitos prohibidos, por ser directamente restrictivos de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, y de una relación de requisitos que, aunque potencialmente restrictivos, pueden ser aplicados si se cumplen las condiciones previstas en el artículo 15.

El artículo 44.1 de la Directiva prescribe para los Estados miembros la obligación de poner en vigor “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento” a lo en ella establecido “a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009”.

En el ejercicio por parte de nuestra Comunidad Autónoma de la competencia exclusiva sobre “Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia”, según lo establecido en el artículo 10.1.14 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, y atendida la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario, que corresponde a quien ostente materialmente la competencia según los criterios

constitucionales y estatutarios de reparto, la transposición de la Directiva de Servicios se llevó a cabo en nuestro ámbito territorial mediante la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior.

Con posterioridad, según se explica en la memoria justificativa que obra incorporada al expediente, la Comisión Europea ha incoado un procedimiento administrativo de infracción por el posible incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que le incumben según el artículo 14, apartado 5, de la Directiva de Servicios y el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al imponer la ley asturiana de comercio la realización de una evaluación de impacto estructural para la generalidad de los proyectos relativos a la apertura o ampliación, cambio de actividad o traslado de grandes equipamientos comerciales y de complejos comerciales en el Principado de Asturias. Advertido el incumplimiento, y atendida la primacía del Derecho de la Unión Europea, resulta necesario realizar ahora en la ley autonómica los ajustes correspondientes para eliminar la contradicción con aquel ordenamiento.

Teniendo en cuenta lo expuesto y las competencias asumidas en su Estatuto de Autonomía, debemos considerar con carácter general que nuestra Comunidad Autónoma resulta competente para abordar la modificación legislativa en la materia a que se refiere la norma objeto de este dictamen.

CUARTA.- Observaciones de carácter general al anteproyecto

I. Ámbito material de la norma.

De una primera comparación entre el título competencial y el contenido concreto del anteproyecto de Ley, debemos concluir que no se aprecia objeción en cuanto a la competencia de la Comunidad Autónoma, que encuentra su apoyo en las asumidas en nuestro Estatuto de Autonomía.

II. Técnica normativa.

Sin perjuicio de las matizaciones que más adelante realizaremos, consideramos correcta la técnica normativa empleada.

QUINTA.- Observaciones de carácter singular al anteproyecto

I. Sobre la parte expositiva.

El título del texto de carácter expositivo que antecede al articulado del anteproyecto de Ley, si se siguen las Directrices de técnica normativa contenidas en la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, debería ser el de "Preámbulo". Es cierto, no obstante, que la exposición razonada que justifica la necesidad de una nueva ley y que constituye una parte necesaria de todo anteproyecto de ley suele denominarse tradicionalmente "Exposición de motivos". De esta tradición se hace eco -con los efectos jurídicos propios de una norma que es manifestación de la potestad de autoorganización parlamentaria- el artículo 138, apartado 1, del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias de 18 de junio de 1997, al señalar que "Los proyectos de ley remitidos por el Consejo de Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos". En nuestro Derecho parlamentario esa "exposición" se convierte en "preámbulo" con la aprobación de la ley por el Parlamento, y así lo refleja la práctica de la Junta General del Principado de Asturias desde 1984.

Dado que el preámbulo de la norma, según las Directrices de técnica normativa antes citadas, "responderá al porqué, a la justificación de la disposición, declarará breve y concisamente sus objetivos, aludirá a sus antecedentes y a las competencias en cuyo ejercicio se dicta", en él debería explicitarse la que constituye la verdadera justificación de la reforma legislativa que se aborda, que no solo se sustenta en "la experiencia acumulada en el periodo de vigencia de la ley", sino que obedece fundamentalmente a la necesidad de conseguir la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea en esta materia mediante la exclusión de la restricción a las libertades de establecimiento y prestación de servicios que puede suponer el sometimiento de los proyectos de apertura, ampliación, cambio o traslado de grandes equipamientos y complejos comerciales a un doble control de naturaleza

preventiva.

Por otro lado, en el último párrafo de la parte expositiva convendría sustituir el término “administrados” por el de “prestadores de servicios”, por ser este más adecuado técnicamente y ajustado a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

II. Sobre la parte dispositiva.

Respecto al inciso incorporado al apartado 1 del artículo 18, proponemos que su redacción se ajuste a la de la LRBRL, en la que se establece, con carácter básico, el régimen de intervención municipal en las actividades y servicios. Para ello, el nuevo texto debería hacer referencia no a las “actividades administrativas de control”, en las que se incluyen también medidas de intervención preventiva, sino a los “procedimientos de verificación posterior”. De igual modo, la mención a la “declaración responsable y comunicación previa” podría sustituirse por la expresión más genérica “procedimientos de comunicación”, que engloba a ambas, y la relativa a la “licencia” por la correspondiente a la “autorización habilitante y previa”. Así, la redacción del nuevo inciso podría ser la siguiente: “o a los procedimientos de comunicación y verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la actividad cuando no se requiera autorización habilitante y previa”.

III. Sobre la parte final del anteproyecto.

La disposición final, relativa a la “entrada en vigor”, establece que aquella se producirá “el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*”. Puesto que, como hemos señalado en anteriores dictámenes, la supresión de la común *vacatio legis* del Código Civil resulta contraria al principio de seguridad jurídica en tanto no se justifiquen los motivos que asisten a la inmediata entrada en vigor de la norma, las razones que la motivan deberían encontrar reflejo en el preámbulo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el Principado de Asturias ostenta competencia para dictar la norma proyectada y que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo de este dictamen, puede someterse a la aprobación del órgano competente.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,