

La nueva regulación de los horarios comerciales en España. A propósito del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios

Helena Villarejo Galende
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. UNA BATALLA MÁS EN LA GUERRA DE LOS HORARIOS COMERCIALES.—II. EL PRINCIPIO DE LIBRE FIJACIÓN DE HORARIOS. NORMA BÁSICA PARA EL FUTURO Y SUPLETORIA EN LA ACTUALIDAD. III. MATIZACIÓN DEL PRINCIPIO. 1. *¿Un régimen transitorio?* 2. *«En el ejercicio de sus competencias»*. 3. *Horario de los días laborables*. 4. *Domingos y festivos: apertura limitada*.—IV. EXCEPCIONES O RÉGIMENES ESPECIALES. 1. *Libertad de horarios para los establecimientos con una superficie inferior a 300 metros cuadrados*. 2. *Actividades exceptuadas del régimen general*. A) *Actividades libres: Listado de «tiendas de conveniencia»*. B) *Farmacias y expendedurías de tabaco*. C) *Productos culturales*. 3. *Zonas sometidas a un régimen especial*. A) *El problema de las «relocalizaciones»*. B) *Especial referencia a las «zonas de gran afluencia turística»*. 4. *Formas o modalidades de venta excluidas*. 5. *Valoración crítica de las excepciones*.—V. INFRACCIONES Y SANCIONES.—VI. CONCLUSIONES

1. UNA BATALLA MÁS EN LA GUERRA DE LOS HORARIOS COMERCIALES

Hace casi un siglo, en un comentario al proyecto de Ley de descanso dominical de 3 de marzo de 1904, MARTÍNEZ ALCUBILLA, autor del ingenioso *Diccionario de la Administración Española*, decía: «No nos parece propia

de estos tiempos de ferrocarriles y telégrafos eléctricos, la paralización de todo trabajo en los días festivos, como por algunos se pretende, llevando su rigor y austeridad farisaica hasta donde no han llegado los teólogos más escrupulosos»¹. Si hoy levantara la cabeza, el ilustre administrativista comprobaría sorprendido que cien años después, en estos tiempos de aviones y satélites espaciales, de comunicaciones por cable y de internet, siguen manteniéndose normas jurídicas que regulan la actividad en los días festivos y que continúan provocando, si cabe, aún más polémica.

La nueva regulación de los horarios comerciales que ha venido a establecer el capítulo V del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE núm. 151, de 24 de junio) ha reabierto de nuevo el encendido debate sobre los horarios comerciales. Debe recordarse que esta medida estaba incluida en un conjunto de más de setenta aprobadas en cinco reales decretos-leyes de liberalización de la economía². Un paquete amplio y que afecta a importantes sectores de la vida económica, de los que, salvo algunos asuntos corporativos (libreros, farmacéuticos), sólo parecen llamar la atención las medidas relacionadas con los horarios comerciales. El establecimiento de la libertad de horarios para los comercios de menos de 300 metros cuadrados y, sobre todo, la ampliación de la apertura de los comercios en festivos han supuesto para muchos una auténtica declaración de guerra: las asociaciones de comerciantes y los principales sindicatos han amenazado con movilizaciones y huelgas; varios grupos políticos, con CiU a la cabeza, han mostrado su fuerte rechazo a la medida liberalizadora, de hecho, en el debate parlamentario en el Pleno del Congreso de los Diputados para la convalidación de los decretos-leyes las críticas de la oposición se centraron precisamente en la libertad de horarios comerciales³; y, tras las declaraciones en contra, las Comunidades Autónomas han comenzado ya a interponer recursos de inconstitucionalidad, por considerar que se están vulnerando sus competencias en la materia.

¿A qué se debe toda esta polémica? Como quizá pueda intuirse la controversia desatada en los últimos tiempos sobre el horario comercial, centrada especialmente en la prohibición de abrir los domingos y festivos, tiene una larga y compleja historia que, en nuestra tradición cultural, se remonta

¹ Vid. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española* (v. «días de fiesta»), t. VI, Madrid, 6ª ed., 1917, p. 120.

² Además del citado, el RD-L 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa; el RD-L 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes y de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes; el RD-L 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico público y de Racionalización del Uso de los Medicamentos y el RD-L 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones.

³ El RD-L 6/2000 contó con el apoyo del Partido Popular, PNV y Coalición Canaria y obtuvo los votos en contra de PSOE, CiU, IU y el grupo mixto.

al establecimiento judío del descanso semanal en sábado que el cristianismo sustituyó por el domingo⁴. Pero los antecedentes más recientes de la regulación de los horarios hay que buscarlos en el RD-L 2/1985, que liberalizó totalmente los horarios y en el RD-L 22/1993, que supuso un punto de inflexión en el camino hacia la libertad. El artículo 5.1 del RD-L 2/85, de 30 de abril de 1985, sobre medidas de política económica —más conocido como *Decreto Boyer*—, consagraba la libertad de horarios por primera vez de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, varias Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias normativas en materia de comercio interior, aprobaron sus propias leyes de ordenación comercial en las que se incluía la regulación de los horarios comerciales sin respetar la libertad proclamada en el *Decreto Boyer* y estableciendo, por contra, en la mayoría de los casos, un régimen restrictivo⁵. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de las regulaciones sobre horarios incluidas en las leyes de Valencia, Galicia, Aragón y Cataluña en relación con el RD-L 2/1985 (SSTC 225/1993, de 8 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio y 284/1993, de 30 de septiembre). El Alto Tribunal estimó inconstitucionales las regulaciones autonómicas de los horarios comerciales por ser contrarias al artículo 5.1 del *Decreto Boyer*, anulando, en consecuencia, todos los preceptos autonómicos que contravenían la regla básica de la libertad. La doctrina —que conviene recordar ahora— quedó sentada en la primera de todas estas sentencias, aunque con algunos votos particulares de disconformidad (uno suscrito por cuatro magistrados y otro por un magistrado). En cuanto al sistema de reparto compe-

⁴ Véase J. GARCÍA SÁNCHEZ, «De los *dies nefasti* al descanso dominical (El mercado del domingo en Oviedo durante el siglo XVIII)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 21 y ss. En España tradicionalmente ha existido una regulación limitativa de los horarios de apertura de los establecimientos comerciales que obedecía a razones diversas, básicamente, de protección de los derechos de los trabajadores o por influencia del calendario eclesialístico. En consecuencia, desde sus orígenes, los horarios comerciales estuvieron ligados con los días festivos y la jornada laboral. Muestra de ello son dos hitos básicos de la regulación de los horarios comerciales en el presente siglo: la Ley de 4 de julio de 1918, sobre jornada de la dependencia mercantil, y la Ley de 13 de julio de 1940, del descanso dominical, normas claramente restrictivas y que, además, mezclaban los aspectos laborales con los mercantiles. Hasta 1974 no se produce una ruptura de esta tradicional vinculación. En esa fecha se aprueba un Decreto-ley que supone un giro copernicano en la historia española de la regulación de los horarios mercantiles. Podemos así hablar de un antes y un después de 1974. Antes, se prohíbe el trabajo en domingos y días festivos por motivos puramente religiosos y se identifica el horario de los comercios con la jornada laboral. Después, si bien se sigue prohibiendo la apertura de los comercios en días de fiesta, dicha prohibición se flexibiliza en términos generales y se elude la justificación religiosa. Asimismo, a partir de 1974, se desvincula ya la jornada de trabajo de los horarios mercantiles. La ausencia de razones religiosas o de reclamaciones laborales o sociales es una constante en las sucesivas normas reguladoras del horario de los establecimientos mercantiles. Así, el Decreto 3/1976, de 9 de enero, que, aun con ciertas restricciones, se muestra bastante más liberal que las leyes anteriores. Sobre la evolución histórica del horario comercial nos remitimos al análisis que efectuamos en *Régimen jurídico de los horarios comerciales*, Comares, Granada, 1999, pp. 9-76.

⁵ Así, la Ley de la Comunidad Valenciana 8/1986, la Ley de Galicia 10/1988, la Ley de Aragón 9/1989 y la Ley de Cataluña 23/1991, todas ellas anuladas parcialmente por el TC en lo que a horarios se refiere. Un capítulo aparte merece la Ley del País Vasco 9/1983 que fue aprobada antes que la norma básica estatal de 1985 y no fue recurrida ante el TC.

tencial entre Estado y las Comunidades Autónomas, la argumentación del Tribunal se condensa escuetamente en los tres siguientes razonamientos: a) los horarios comerciales son una materia integrada en la competencia comercio interior; b) no obstante, el Estado dispone de la competencia prevista en el artículo 149.1.13^o, por tratarse de una decisión de planificación económica general y, por último, c) declaración del carácter básico de la norma estatal y subsiguiente inconstitucionalidad de las disposiciones autonómicas por contravenirla. La reacción a estas sentencias no se hizo esperar y vino, además, por partida doble. De un lado, motivó que el Grupo Parlamentario catalán (CiU) presentara una Proposición de Ley de Comercio Interior el 26 de julio de 1993 ⁶ y, de otro, el Gobierno adoptó el Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de los horarios comerciales (el llamado *Decreto Gómez-Navarro*). Después de un largo y conflictivo trámite parlamentario, la citada Proposición de Ley se convirtió en las vigentes leyes de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996 y LO 2/1996, ambas de fecha 15 de enero).

En la actualidad la regulación de los horarios comerciales en España está determinada por dos bloques normativos. Uno, el estatal, compuesto por la legislación básica integrada por la LO 2/1996 y el reciente RD-L 6/2000 (al que, si se nos permite, denominaremos *Decreto Rato*, al igual que los anteriores dictados sobre la materia tomaron sus nombres de los, a la sazón, Ministros del ramo) cuyas regulaciones se solapan. El otro, el autonómico, está constituido por las normas de desarrollo dictadas por las Comunidades Autónomas. Muchas de ellas fueron dictadas en ausencia de las competencias normativas en materia de comercio interior, precisa —según la jurisprudencia del TC secundada por los TSJ— para regular los horarios comerciales. No obstante, en el momento presente, tras las reformas de sus respectivos Estatutos, todas las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias exclusivas sobre la materia comercio interior y, en consecuencia, ya no tienen las restricciones de antaño para regular los horarios.

A continuación, pretendemos analizar descriptivamente, aunque sin eludir algún que otro juicio de valor ⁷, la regulación sustantiva de los horarios comerciales. Hemos decidido prescindir del examen de cuestiones formales, como las que pudieran plantearse en torno al carácter básico de la legislación estatal o al presupuesto constitucional de la «extraordinaria y ur-

⁶ Sobre ella puede consultarse el comentario de M. TRONCOSO Y REIGADA, «Notas críticas a la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, n.º 3634, 21 de octubre de 1994 y el exhaustivo informe de J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, A. CALONGE VELÁZQUEZ, J.C. LAGUNA DE PAZ y J.A. GARCÍA DE COCA, *La Proposición de Ley de Comercio*, IEE, Madrid, 1994, *in totum*.

⁷ Compartimos con Max WEBER la idea de que «el investigador y el profesor ha de hacer necesariamente la distinción entre la comprobación de hechos empíricos (...) y su propia toma de posición valoradora que enjuicia los hechos, en tanto los considere como deseables o indeseables, y adopta en este sentido una actitud valoradora». Cfr. *Gesammelte ansätze zur wuissenschaftslehre*, J.C.B. Mohr, Tubingem, 1969 (trad. cast.: M. Faber-Kaiser, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Ed. Península, 3ª ed., Barcelona, 1977, p. 107).

gente necesidad» para aprobar una medida de este tipo mediante Decreto-ley, de las que ya se ha ocupado el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones⁸. Tampoco examinaremos los problemas que, en principio, pudiera parecer que plantea la modificación de una Ley orgánica mediante Decreto-ley, pues la anterior regulación de los horarios comerciales fue innecesariamente incluida en una Ley de carácter orgánico y, por tanto, la LO 2/1996 no ha congelado el rango normativo de la regulación básica de horarios comerciales; en consecuencia, los problemas son meramente aparentes y es posible que un Decreto-ley modifique dicha regulación⁹. Nos ceñiremos, por tanto, a los aspectos jurídico-materiales de la LO 2/1996 y del *Decreto Rato* y lo haremos de forma conjunta, pues, como ya se ha explicado, ambas normas se superponen. En realidad, el artículo 43 del RD-L 6/2000 es una transcripción literal de la LO 2/1996 en la que realizan algunas modificaciones puntuales. Aun a riesgo de soslayar matizaciones importantes, y en aras de un mejor entendimiento de lo que a continuación se va a exponer, podemos adelantar cuál es el esquema legal que diseñaba la LO 2/1996. Se comenzaba proclamando la libertad de apertura, pero, seguidamente, se introducía un doble control: por una parte, una pausa «temporal» (no se aplicará como mínimo hasta el año 2001) y, por otra parte, un procedimiento de «consenso territorial» (la aplicación de la libertad exige el acuerdo del Gobierno estatal y los gobiernos autonómicos). En definitiva, la libertad de horarios se posponía hasta el 1 de enero del año 2001, lo que no significaba que entrara en vigor a partir de esa fecha, puesto que su vigencia estaba condicionada. A partir de esa fecha, se aplicaría la libertad en aquellas Comunidades Autónomas que, tras alcanzar un acuerdo con el Gobierno, así lo decidiesen. Entretanto, durante esa peculiar *vacatio legis*, se imponían una serie de reglas restrictivas de la apertura. Reglas que correspondía determinar a las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios, respetando, necesariamente, los mínimos que establecía la legislación estatal: apertura semanal durante setenta y dos horas y ocho festivos al año¹⁰. Ade-

⁸ Nos remitimos a las SSTC 225/1993, de 8 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio y 284/1993, de 30 de septiembre. El carácter básico de la norma estatal que se defiende desde la primera sentencia (STC 225/1993) fue puesto en tela de juicio en los votos particulares. En cuanto al presupuesto habilitante para dictar el Decreto-ley, el TC consideró, siguiendo su propia doctrina, que es lícita la utilización del Decreto-ley «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos de la gobernación del país y que por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (STC 225/1993, FJ 4º que se remite a la STC 6/1983, FJ 5º).

⁹ De los tres preceptos que contiene la LO 2/1996, únicamente el primero de ellos, que contempla la transferencia de competencias ejecutivas a favor de las Islas Baleares es *ratione materiae* objeto de Ley orgánica. No hay ninguna razón para incluir en una ley orgánica ni el principio de libertad de horarios del art. 2º ni las reglas del art. 3º. *Vid.*, más extensamente, A. M. REDONDO GARCÍA, «Algunas reflexiones en torno a la tramitación parlamentaria de la Ley de Comercio», *Revista de Derecho Político (UNED)*, nº 47, septiembre-octubre, 1999.

¹⁰ Sobre la regulación que ha establecido la LO 2/1996, *vid.*, por todos, nuestra monografía *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, especialmente, pp. 305-397.

más, la Ley enumeraba un buen número de establecimientos sustraídos de las limitaciones horarias. El *Decreto Rato* mantiene, en términos generales, el régimen expuesto. Los principales cambios que introduce son los siguientes: la fecha a partir de la cual el Gobierno conjuntamente con el Gobierno de cada una de las Comunidades Autónomas puede decidir aplicar la libertad de horarios se pospone ahora hasta el 1 de enero del 2005. El mínimo de setenta y dos horas a la semana se transforma en noventa y los ocho festivos se amplían a doce progresivamente a razón de uno más por año. Finalmente, entre las excepciones al régimen restrictivo de horarios, se introduce una importante novedad: libertad de apertura para establecimientos de menos de 300 metros cuadrados de superficie útil para la exposición y que no pertenezcan a grupos de distribución.

Una advertencia final antes de iniciar el examen del régimen sustantivo de horarios: trataremos de conjugar ese examen con el análisis de la legislación autonómica sobre horarios que ha ido dictándose después de la entrada en vigor de la LO 2/1996, pero hemos decidido no dedicarles un epígrafe independiente y comentarla al hilo de la descripción de los preceptos de la legislación estatal.

II. EL PRINCIPIO DE LIBRE FIJACIÓN DE HORARIOS. NORMA BÁSICA PARA EL FUTURO Y SUPLETORIA EN LA ACTUALIDAD

En el artículo 2 de la LO 2/1996, bajo el encabezamiento *Libertad de horarios*, se establece:

*«Cada comerciante determinará, con plena libertad y sin limitación legal alguna en todo el territorio del Estado, el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías, así como los días, festivos o no, y el número de horas diarias o semanales, en que desarrollará su actividad»*¹¹.

Resulta significativo que de los tres artículos que componen este breve texto legal, el segundo sea el único titulado («Libertad de horarios»), quizá porque se quería dejar sentado desde el principio que la Ley tenía como principal e ineludible objetivo la plena libertad de apertura de los locales comerciales; bien es cierto que la llegada de la libertad se somete a un período transitorio de muy difícil concreción, como se verá¹². También el Real De-

¹¹ El texto de este precepto reproduce, exactamente, la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista al artículo 16 de la Proposición del Grupo Catalán (BOCC, Congreso, Serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, p. 104).

¹² En este sentido, L.J. PORFIRIO CARPIO, «La libertad de horarios comerciales en España: de la desregulación (1985) a la incertidumbre (2001)», *Derecho de los Negocios*, núm 74, noviembre, 1996, pp. 10-11, en nota.

creto-Ley 6/2000 comienza hablando de la libertad absoluta de horarios para someterla a continuación a un nuevo período transitorio de no menos difícil concreción que el anterior.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 2 de la LO 2/1996 pudiera muy bien pensarse que el legislador estatal reintroduce el régimen de libertad que hacía más de una década había proclamado el *Decreto Boyer*. Parece, pues, que se desea, nuevamente, que la actividad comercial se desarrolle en el espacio temporal que determine el sujeto que la ejerce, porque precisamente a él se le atribuye la facultad de fijar libremente su propio horario ¹³.

Además, se precisa que esa libertad se entiende «sin limitación legal alguna en todo el territorio del Estado». Por tanto, este principio juega como legislación básica y uniforme que no admite, o mejor, no admitirá, ninguna restricción por la legislación de las Comunidades Autónomas ¹⁴. No admitirá, porque, por el momento, la eficacia de tan enfáticamente proclamado principio ha quedado desterrada, desmentida, por las disposiciones del artículo 3 y ahora, también, del artículo 43 Uno del Real Decreto-Ley 6/2000.

Cuando se aprobó la LO 2/1996, el principio de libre fijación de horarios, tan conforme —a mi juicio— con la libertad de empresa, la libertad individual de los ciudadanos y el interés general de los consumidores, era, por desgracia, prácticamente un espejismo ¹⁵. Hoy en día, con la libertad de horarios para los establecimientos de menos de 300 metros cuadrados que introduce el Real Decreto-Ley 6/2000, el principio de libre fijación de horarios pudiera dejar de ser la ilusión óptica que era hace cuatro años.

Extrañamente el artículo 2 aparece configurado como una norma básica para el futuro y supletoria en la actualidad ¹⁶. Por el momento, la regla básica de libertad queda aplazada en el primer párrafo del artículo 3: «*Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación (...)*». E igualmente se aplaza en el apartado uno del art. 43 del RD-L 6/2000: «*La libertad absoluta de horarios y de determinación de días de apertura de los comerciantes no será de aplicación...*». Pero, sorprendentemente, el propio artículo 3 *in fine* de la LO 2/1996 la vuelve a resucitar cuando establece: «*(...) en defecto de las disposiciones autonómicas sobre las materias reguladas en este artículo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley*». Y exactamente lo mismo se establece en el último

¹³ A juicio del profesor SÁNCHEZ MORÓN, la determinación libre del horario de apertura se configura como un *derecho subjetivo* del titular de cada establecimiento comercial. *Vid.* «Comentario a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista», en *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista* (coord. R. Bercovitz y J. Leguina), Tecnos, Madrid, 1997, p. 26.

¹⁴ *Ibidem*, p. 26.

¹⁵ Para un análisis de la libertad de empresa en relación con los horarios comerciales, *vid.* mi trabajo, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

¹⁶ Así, M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios comerciales», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (dir. J.L. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez), Civitas, Madrid, 1997, p. 657.

párrafo del apartado Uno del artículo 43 del RD-L 6/2000. Este precepto convierte al artículo 2 de la LO 2/1996 en el régimen supletorio que se impondrá a todas las Comunidades que no ejerzan sus competencias.

El artículo 2 presenta, en definitiva, una doble virtualidad. En un hipotético futuro será una norma básica para todas las Comunidades Autónomas. En la actualidad, es una norma supletoria para aquellas Comunidades que no aprueben normas propias reguladoras de los horarios¹⁷. Dicho de otro modo, en ausencia de normativa autonómica, rige en la actualidad el principio de libertad de horarios. La declaración de la supletoriedad de la legislación estatal quizá pueda plantear problemas a la luz de la última doctrina constitucional¹⁸.

¹⁷ Además, en el momento en que se aprobó la LO 2/1996, el art. 2 resultaba de aplicación supletoria en todas aquellas Comunidades Autónomas que carecían de competencias normativas en materia de comercio interior, en aquel entonces eran la mayoría y hoy ya ninguna.

¹⁸ Como es sobradamente conocido, en la STC 118/1996, sobre Transportes Terrestres y, sobre todo, en la STC 61/1997, sobre el Régimen del Suelo, el TC da un paso definitivo en su concepción de la supletoriedad, anulando disposiciones que atribuían carácter supletorio a la legislación del Estado y declarando inconstitucionales preceptos que tenían dicha naturaleza. Por lo que aquí interesa, debemos resaltar que, según estas sentencias, sólo podrán tener carácter supletorio «las normas dictadas válidamente por el Estado en materias de su competencia». Para que las normas del Estado tengan carácter supletorio, no es suficiente con que el Estado ostente un título que le atribuya cualquier competencia en una materia determinada, el Tribunal exige que el Estado pueda invocar un título específico que lo habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate. El problema en este caso reside, pues, en resolver qué título ostenta el Estado para declarar la supletoriedad del artículo 2 de la Ley. Cuestión, desde luego, bastante dudosa. Mantenemos, con reservas, que el título habilitante en que se ampara el Estado para dictar la legislación básica que contiene esta Ley es el que le otorga el artículo 149.1.13^o CE. Si efectivamente esto es así, el Estado podría también atribuir carácter subsidiario a normas que han sido dictadas en el ejercicio de sus competencias. Pero resulta, que el TC tiene declarado —y éste puede entenderse un título competencial más específico que el anterior— que los horarios comerciales son parte integrante de la materia comercio interior, sobre la que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva (*Vid.* F.J. 3^o de la STC 225/1993 y concordantes). Si consideramos que, en función de esto último, las normas dictadas por el legislador estatal —siguiendo la reciente jurisprudencia del TC— no son válidas; entonces, habríamos de admitir que en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva sobre la materia comercio interior (que ahora son todas) no sería de aplicación la cláusula de supletoriedad del art. 3 *in fine* de la LO 2/1996. En consecuencia, estas Comunidades tendrían que legislar sobre las materias que son de su propia competencia. Sin afán de exhaustividad, dado el aluvión de comentarios —críticos por lo general— que las SSTC 118/1996 y 61/1997 han provocado, remitimos al lector a algunos de los últimos artículos publicados sobre la supletoriedad del Derecho estatal: J. BARNES, «Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE a propósito de la STC 118/1996. ¿Disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio?», *REDA*, n^o 93, enero-marzo, 1997, pp. 83 y ss.; E. CARBONELL PORRAS, «La supletoriedad del derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional», *RAP*, núm. 143, mayo-agosto, 1997; P. BIGLINO CAMPOS, «La cláusula de supletoriedad: Una cuestión de perspectiva», *REDC*, n^o 50, mayo-agosto, 1997, pp. 29 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», *REDA*, n^o 95, julio-septiembre, 1997, pp. 407 y ss.; J. LEGUINA VILLA, «El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal», *Cuadernos de Derecho Público*, n^o 2, 1997, pp. 9 y ss.; L. MARTÍN-REYORTILLO, «Supletoriedad del Derecho nacional y principio de unidad de mercado», *Derecho de los Negocios*, n^o 87, 1997, pp. 8 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, «Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; en particular la regla de la supletoriedad del Derecho general estatal», *AA*, 1997, XXXVI, pp. 571 y ss.; J.L. PEÑARANDA RAMOS, «Supletoriedad, delegación legislativa y derogación. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, dictada respecto al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992», *Cuadernos de Derecho Público*, n^o 1, 1997, pp. 133 y ss.; J.L. REQUEJO PAGÉS, «El Estado autonómico: ¿un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», *Cuadernos de Derecho Público*, n^o 1, 1997,

Las contradicciones del sistema que diseñan tanto la LO 2/1996 como el *Decreto Rato* son inevitables. En caso de inactividad del legislador autonómico, no se impone un régimen general de intervención sobre los horarios, que podría ser el de las reglas del artículo 3 de la Ley o del artículo 43 Uno del Decreto-Ley, convirtiendo los mínimos en máximos. Ante la inactividad, se aplicará el artículo 2, es decir, un régimen de libertad. De tal manera que la normativa básica estatal impone como regla básica dos tipos de intervención materialmente diversos, según se aplique la libertad de horarios en virtud del juego de la supletoriedad, o se regule la materia por el juego norma básica-norma de desarrollo autonómico según lo establecido tanto en el artículo 3 de la LO 2/1996 como en el *Decreto Rato*. Tal situación 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»¹⁹. En consecuencia, para saber si le es aplicable un régimen u otro, resultará imprescindible conocer el ordenamiento jurídico en que se ubique el establecimiento comercial²⁰.

III. MATIZACIÓN DEL PRINCIPIO

1. ¿Un régimen transitorio?

Como acabamos de ver, tras la rotunda declaración del artículo 2, la libertad es matizada hasta el punto de hacerse prácticamente inexistente. A renglón seguido, el art. 3 establece lo siguiente: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación hasta que el Gobierno conjuntamente con el Gobierno de cada una de las Comunidades Autónomas así lo decidan para su correspondiente territorio, y no antes del 1 de enero del año 2001».

El párrafo primero del apartado uno del artículo 43 del RD-L 6/2000, mantiene el mismo tenor literal pero modifica la fecha: ahora se establece que la decisión conjunta del Gobierno y las Comunidades Autónomas no tendrá lugar antes del 1 de enero del año 2005.

y ss., M. GÓMEZ PUENTE, «Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico», *REDA*, n° 98, abril-junio, 1998, pp. 211 y ss.; J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; continuidad y renovación del derecho estatal», *REP*, n° 99, 1998, pp. 281 y ss. y J. M^a. ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, «La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (art. 149.3 de la Constitución)», *REDA*, n° 106, abril-junio, 2000, pp. 201 y ss.

¹⁹ Son palabras del profesor TORNOS MAS respecto del RD-L. 22/1993, pero perfectamente trasladables a la nueva regulación estatal. *Vid.* «Libertad de horarios comerciales y marco constitucional», *Derecho privado y Constitución*, n° 5, 1995, p. 203.

²⁰ *Vid.* LI. CASES PALLARÉS, «Comentario al artículo 3», en *Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, (coord. Arimany-Manubens), Praxis, Barcelona, 1996, p. 22. Efectivamente, existe la posibilidad de que los establecimientos comerciales queden sometidos a regímenes jurídicos muy dispares. Esta situación, a la que la empresa lógicamente debe acomodarse, obliga a un conocimiento exhaustivo de las normas autonómicas en la materia.

De esta advertencia parece desprenderse, en principio, que la libertad de horarios queda en suspenso, no sabemos muy bien hasta cuándo. Desde luego, no hasta el 1 de enero del 2005, sino hasta una fecha indefinida, que podrá ser: a) aquella en que el Gobierno llegue a un acuerdo con el conjunto de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas; b) aquellas (distintas en cada territorio autonómico), si se entiende que el Gobierno ha de adoptar acuerdos específicos y singulares con cada una de los Gobiernos autonómicos. Esta segunda interpretación nos parece la más apropiada al tenor literal de tan enigmático precepto. En otro caso, la referencia a «su correspondiente territorio» carecería de sentido. Por tanto, la decisión conjunta de la que habla este precepto se produce entre el Gobierno de la Nación y un concreto Gobierno de una determinada Comunidad, no todos los Consejos de Gobierno de todas las Comunidades al mismo tiempo²¹.

En definitiva, la libertad de horarios se pospone ahora hasta el año 2005, pero no significa que entre en vigor a partir de esa fecha, su vigencia está condicionada. A partir de esa fecha, regirá la libertad absoluta de horarios en aquellas Comunidades Autónomas que, tras alcanzar un acuerdo con el Gobierno, así lo decidan. Quiere esto decir que, si no media ese acuerdo, la libertad quedará en el olvido. La «decisión conjunta» exige la concurrencia de dos voluntades. En consecuencia, si un Consejo de Gobierno autonómico se niega a adoptar el acuerdo, conseguirá que incluso después del año 2005 no rija en su Comunidad la libertad de horarios²².

Sin embargo, antes de proseguir, es necesario hacer algunas puntualizaciones, que eviten que nos perdamos en el caótico régimen legal de los horarios comerciales. Seguiremos el preciso análisis que del párrafo 1º del artículo 3 realiza el profesor REBOLLO PUIG, que puede ser aplicado sin inconvenientes a la nueva regulación.

En primer lugar, de lo que hasta ahora llevamos diciendo, no cabe deducir que la libertad de horarios no se pueda establecer con anterioridad al año 2005. Por paradójico que parezca, lo cierto es que cualquier Comunidad Autónoma puede establecerla ahora mismo. Y ello porque —y volveremos sobre ello de inmediato— las reglas que establecen tanto el artículo 3 de la LO 2/1996 como el apartado Uno del artículo 43 del RD-L 6/2000 señalan mínimos de libertad que, en todo caso, deberán ser respetados por las Comunidades Autónomas. O, lo que es lo mismo, fijan los máximos de restricciones autonómicas, permitiendo, en definitiva, que las Comunidades Autónomas opten ya por la libertad total²³.

Por otra parte, no es exacto decir que la libertad de horarios «no será de aplicación» hasta que se produzcan esas decisiones conjuntas entre el Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

²¹ De la misma opinión, M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 658.

²² *Ibidem*, p. 658.

²³ *Ibidem*, p. 659.

Como explicamos anteriormente, el artículo 2 de la LO 2/1996 tiene ya plena vigencia y es aplicable como Derecho supletorio en virtud del artículo 3 *in fine* de la LO 2/1996 y del último inciso del apartado Uno del artículo 43 del *Decreto Rato*. Parece, entonces, que lo que queda aplazado es su efectividad como norma básica²⁴. El ejercicio compartido y negociado de una competencia básica del Estado supone, qué duda cabe, una alteración del régimen de competencias y, al mismo tiempo, la creación de una extraña figura que, a partir de ahora se puede denominar, en palabras de José Eugenio SORIANO, «la competencia estatal básica a compartir negociadamente cuando las Comunidades Autónomas lo estimen oportuno o lo tengan por graciable»²⁵.

Que la aplicación de la libertad de horarios se haga depender de un acuerdo entre el Gobierno y cada Comunidad niega el más elemental sentido de la legislación básica. En efecto, *no es posible imaginar unas bases que sólo vinculan a las Comunidades Autónomas en la medida en que lo deseen. Como también es inadmisibles que las bases sean efectivas en unas Comunidades y no en otras, porque entonces ya no constituirán un régimen necesario y uniforme en toda España*²⁶. Estos obstáculos interpretativos únicamente podrían salvarse si reconocemos —negando la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto— que el régimen de libertad de horarios no tiene carácter básico.

Por tanto, debe quedar claro que, por varias razones, no estamos ante un régimen transitorio al uso. De ahí que titulásemos este epígrafe entre interrogantes. No es un régimen propiamente transitorio, en primer lugar, porque se niega su carácter temporal o pasajero, desde el momento en que la fecha de su fin es indeterminada²⁷. La transitoriedad implica caducidad que, en este caso, no existe. Y, en segundo lugar, un régimen transitorio, aunque fugaz o precedero, está dotado de efectividad plena durante un período de tiempo concreto. Tampoco esto se cumple, puesto que la libertad puede ser plenamente efectiva en la actualidad.

Así las cosas, lo cierto es que, en el momento presente, ninguna Comunidad Autónoma parece estar dispuesta a aplicar en su territorio un régimen de libertad. Antes bien, es bastante previsible que el «período de transición»

²⁴ *Ibidem*, p. 658.

²⁵ Extraña figura a la que califica de «especie de Minotauro». Cfr. J.E. SORIANO, «Ley de Comercio: Estado de Derecho y fraude constitucional», *El País*, 3 de enero de 1996. En este sentido, ALZAGA sostiene que «la ley debería incorporarse a un museo de inventos legislativos» por la imaginativa solución de liberalizar los horarios a partir del año 2001 mediante la técnica de leyes pactadas cuando «el Gobierno conjuntamente con el Gobierno de cada una de las Comunidades Autónomas, así lo decida para su correspondiente territorio». Citado por E. LABORDA VALLE, «La nueva ordenación del comercio minorista y la competencia desleal», en *Nueva ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996, p. 24.

²⁶ Vid. M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 659.

²⁷ «Esa fecha hubiera tenido sentido como límite de la transitoria posibilidad de inaplicar el principio, si se hubiera mantenido con carácter automático la vigencia del principio de libertad a partir de ella. No siendo así, su significado es más que dudoso». Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Comentario a la LO 2/1996...», *op. cit.*, p. 27.

se prolongue y los Gobiernos autonómicos se resistan a partir del 1 de enero a 2005 a dar su *placet* al sistema de libertad incondicionada que tanto la Ley Orgánica como el RD-L 6/2000 han decidido que rija en el futuro²⁸. Ya cuando se aprobó la Ley que regulaba los horarios en 1996 era predecible que el incierto período de transición que establecía sería prolongado²⁹. De hecho, así ha ocurrido, puesto que pocos meses antes de que llegase el «fatídico» 1 de enero del 2001 —mediante el RD-L 6/2000, de 23 de junio—, se concede una especie de prórroga a la fecha en que podían comenzar a formalizarse los acuerdos entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas para decidir aplicar la libertad de horarios. Se acercaba el 2001 y se preveía que nada iba a cambiar. Por ello el Gobierno, en apariencia partidario de introducir reformas, se enfrenta al inmovilismo autonómico, dejando las extrañas «decisiones conjuntas» para el 2005 (otros cuatro años más, por cierto, concluida la presente Legislatura) y ampliando en el ínterin un poquito más la libertad a través de los límites que se ponen a las políticas proteccionistas de las Comunidades Autónomas, en los términos que luego se expondrán. El objetivo desde los tiempos del *Decreto Boyer* (y ya han transcurrido quince años) siempre ha sido la libertad, pero el camino para conseguirlo está resultando tortuoso. De momento la libertad es sólo un *desideratum* y el futuro sigue siendo incierto. Por ahora, nos interesa saber que hasta que ese futuro llegue, el RD-L 6/2000 (como antes lo hiciera la LO 2/1996) se ocupa de diseñar el presente estableciendo una serie de reglas que a continuación vamos a describir³⁰.

2. «En el ejercicio de sus competencias»

Se comienza señalando que corresponde a las Comunidades Autónomas, «en el ejercicio de sus competencias», regular los horarios para la apertura y cierre de los establecimientos comerciales, *en el marco de la libre y leal competencia* y respetando necesariamente los *principios generales de la economía* que se contienen ahora en el artículo 43 del *Decreto Rato* y antes en el artículo 3 de la Ley.

Estamos ante un recordatorio de lo que es la jurisprudencia constitucional en materia de horarios comerciales. Son las Comunidades Autónomas las competentes para regularlos, pero respetando las normas básicas que establece el Estado en función de la competencia que tiene atribuida *ex*

²⁸ Vid. T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en VV.AA. *Nueva ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996, *op. cit.*, p. 228.

²⁹ Véase H. VILLAREJO GALENDE, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

³⁰ Salvo puntuales modificaciones, en términos generales, esas reglas no son otras que las que establecía ya la LO 2/1996, que, a su vez, reproducía, literalmente, sin más variaciones que las obligadas por la nueva ubicación sistemática, el régimen de horarios establecido en el RD-L 22/93.

artículo 149.1.13^a CE. Tal y como ocurría en la legislación anterior, vuelve a repetirse la fórmula «en el ejercicio de sus competencias», que en su día planteó numerosos problemas puesto que no todas las Comunidades Autónomas disponían de potestad legislativa sobre la materia «comercio interior». Aquellas Comunidades Autónomas que no habían asumido en sus Estatutos la competencia normativa sobre esta materia (todas menos seis, en el momento de aprobarse la Ley), no estaban autorizadas para regular los horarios comerciales. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), partía de una situación de desigualdad entre las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior³¹. Ello explica, en buena medida, que se aprobara la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, en un intento frustrado de transferir competencias legislativas a las Comunidades Autónomas que no las tenían³². Parece claro que la Ley trataba de paliar el problema de desigualdad competencial que impedía regular los horarios a la mayoría de las Comunidades Autónomas y así lo declara el legislador en el Mensaje que se reproduce en el Preámbulo. Ocurrió, sin embargo, que la voluntad del legislador se quedó en una mera declaración de intenciones, que no se tradujo en el articulado de la Ley. Dejando aparte el artículo 1, que expresamente transfiere competencias ejecutivas a la Comunidad de Baleares, ninguno de los otros dos preceptos que constituyen esta Ley, transfiere o delega facultades del Estado a las Comunidades Autónomas. No lo hace el artículo 2, que recoge el principio de libertad de horarios ni el art. 3 que establece una regulación sustantiva de los horarios comerciales. En definitiva, en nuestra opinión, de la *voluntas legislatoris* no puede colegirse que la LO 2/1996 operase una transferencia o delegación de competencias en favor de algunas Comunidades Autónomas, salvo a Baleares³³.

³¹ Vid. J. TORNOS MAS, «Comentario a la Disposición final única», en *Ordenación del comercio...*, *op. cit.*, p. 511.

³² La LO 2/1996 en su propia denominación oficial afirma estar «aprobada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución en relación con el 150.2», esto es, como Ley orgánica de transferencia o delegación. Por cierto, el nombre de la Ley fue introducido después de su publicación, como una insólita corrección de errores que pretendía salvar más de una errata (*BOE* de 27 de enero de 1996).

³³ Los términos de la LO 2/1996 son tan confusos que los autores que se han ocupado de la cuestión no se han puesto de acuerdo. Así, hay quienes entienden que esta Ley opera una transferencia de competencias normativas sobre el régimen de horarios comerciales a las Comunidades Autónomas que no dispusieran ya de un título normativo específico sobre comercio interior: En este sentido, A. CARRASCO PEREIRA, «El TSJ de Castilla-La Mancha anula el Decreto de horarios. Crítica de la sentencia y construcción del título competencial», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n^o 22, marzo, 1997, pp. 23-25; L. J. PORFIRIO CARPIO, «La libertad de horarios comerciales...», *op. cit.*, p. 1 y, manifestando sus reservas y calificándola de «Ley de transferencia o delegación *sui generis*», M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, pp. 651-656. Por contra, basándose en el contenido material de la Ley, los profesores TORNOS MAS y POMED SÁNCHEZ niegan rotundamente que se haya operado una transferencia de competencias (Vid. J. TORNOS MAS, «Comentario a la Exposición de motivos», en *Ordenación del comercio...*, *op. cit.*, pp. 4-11 y «Distribución de competencias en materia de comercio interior», en *Jornadas sobre la Ley...*, *op. cit.*, pp. 124-129; y L. A. POMED SÁNCHEZ, «Evolución reciente de la ordenación administrativa de la actividad comercial: horarios comerciales y Comunidades Autónomas», en *Derecho Privado y Constitu-*

Debe advertirse que, aunque mantengamos la afirmación de que la LO 2/1996 no modificó el sistema competencial existente sobre la materia comercio interior, más tarde, dicho sistema se ha visto alterado por la vía de las reformas estatutarias emprendidas por las Comunidades Autónomas de la llamada «vía lenta». Hoy en día, estas Comunidades han ampliado sus techos competenciales, adquiriendo, entre otras, competencias exclusivas sobre comercio interior. Con ello, los problemas interpretativos que se plantearon a raíz de la aprobación de la LO 2/1996 han quedado zanjados. Se produjera o no una transferencia o delegación de competencias «implícita», poco importa ahora que todas las Comunidades Autónomas, de forma explícita, han asumido en sus Estatutos esas competencias «supuestamente» transferidas por la LO 2/1996³⁴. El comercio interior es, por tanto, una materia competencial que corresponde «en exclusiva» a las Comunidades Autónomas³⁵ y, todas ellas, «en el ejercicio de sus competencias», pueden regular esa «submateria del comercio interior» que, en palabras del Tribunal Constitucional, son los horarios comerciales, siempre que respeten el contenido de las bases que fija el Estado.

3. Horario de los días laborables

Según el art. 43, Uno, 2, inciso 1º: «El horario global en el que los comercios podrán desarrollar su actividad durante el conjunto de los días laborables será, como mínimo, de noventa horas». Es ésta una disposición dirigida a las Comunidades Autónomas, no a los comerciantes, que supone que aquéllas podrán establecer límites al desarrollo de la actividad de éstos, siempre y cuando no reduzcan los «mínimos» de libertad fijados para todo el territorio español en noventa horas. Como es lógico, el mínimo no puede entenderse en el sentido de que todo comerciante tenga la obligación de abrir, al menos, durante ese número de horas. Es decir, la norma estatal viene a establecer un «núcleo irreductible» de libertad que, necesariamente, habrán de respetar las disposiciones autonómicas de desarrollo, que podrán regular al alza, pero no a la baja, la cantidad de horas semanales de atención al público. El mínimo de noventa horas es una de las novedades que ha introducido el *De-*

ción, nº 8, Enero-abril, 1996, pp. 338-342. Se suman a su postura E. GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *Horarios comerciales y oficinas de farmacias*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 48 y L. MIGUEZ MACHO, «El reparto de competencias en materia de comercio interior en la Ley de ordenación del comercio minorista», *RAAP*, nº 11, diciembre, 1997, pp. 102 y 103). En otra ocasión hemos tenido oportunidad de argumentar y apoyar una interpretación adversa a la supuesta igualación competencial operada mediante la LO 2/96. Vid. H. VILLAREJO GALENDE, *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 328-338.

³⁴ Ahora bien, ratificamos nuestra opinión sobre la imposibilidad de entender que la Ley operara una transferencia de competencias con un argumento más a nuestro favor en la actualidad: Si a través de la Ley de horarios se hubiera realizado en efecto una transferencia o delegación de competencias legislativas sobre comercio interior a las Comunidades Autónomas del art. 143 CE, ¿por qué, entonces, si ya las tenían, era preciso que las volvieran a adquirir mediante la reforma de sus Estatutos?

³⁵ En tal sentido, se pronuncian A. CARRASCO PERERA, «Comentario I a la Disposición Final única», en *Comentarios a las Leyes...*, op. cit., p. 1103, y M. SÁNCHEZ MORÓN, «Comentario a la LO 2/1996...», op. cit., pp. 23 y 24.

creto Rato puesto que en la regulación anterior el horario mínimo se cifraba en setenta y dos horas (art. 3, 2ª, pfo. 1º) ³⁶.

El horario global, finalmente adoptado por la Comunidad Autónoma, podrá ser distribuido entre los días de la semana con absoluta libertad por el comerciante. Con ello se impide que la regulación autonómica establezca «horarios de coincidencia» de apertura o de cierre de los establecimientos comerciales ³⁷. No es admisible que se predeterminen franjas horarias para ejercer la actividad comercial, de tal manera que nada impediría que, por poner un ejemplo extremo, un comerciante decidiera abrir su establecimiento de lunes a miércoles veinticuatro horas al día o doce horas diarias los seis días laborables de la semana. Otra cosa es que la costumbre o las asociaciones de comerciantes, movidas por un «espíritu corporativo o gremial», impongan lo que podemos denominar «horarios de coincidencia fácticos», pues, de hecho, en nuestras ciudades, el horario comercial de la mayoría de establecimientos es el mismo, comprendido, generalmente, entre las 10 y las 14 horas de la mañana y las 17 y 21 de la tarde. Pero, reiteramos, ninguna disposición legal obliga a que esto sea así.

Una última consideración, a modo de apunte, sobre el horario global de los comercios. Es dudoso que la libertad, de suyo indivisible, pueda cuantificarse en un número determinado de horas. ¿Goza de más libertad el comerciante que puede abrir noventa horas que el que dispone de sesenta y ocho, por ejemplo? Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

4. Domingos y festivos: apertura limitada

«Los domingos y días festivos en que los comercios podrán permanecer abiertos al público serán, como mínimo: *Nueve en 2001, diez en 2002, once en 2003 y doce en 2004*» (art. 43, Uno, 2, inciso 2º).

³⁶ Ha existido una coincidencia en todas las Comunidades Autónomas en considerar como máximo el número de setenta y dos horas de apertura semanal que mencionaba la Ley y, previsiblemente, también las noventa horas se transformarán en el máximo autorizado para abrir. En fase de corrección de pruebas podemos ya dejar constancia de que, en efecto, así ha ocurrido en la mayoría de las normas autonómicas aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del RD-L 6/2000. Con alguna excepción notoria como la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Islas Baleares, cuyo artículo 18 fija un período máximo de apertura y cierre de los establecimientos comerciales de setenta y dos horas semanales, sin respetar, por tanto, el mínimo de noventa horas dispuesto con carácter básico por la norma estatal. Precisamente éste es uno de los preceptos de la Ley balear que, por vulneración del régimen constitucional de competencias, el Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 2001 ha acordado recurrir ante el Tribunal Constitucional.

³⁷ *Verbi gratia*, resultaría inadmisibles un precepto como el artículo 11 de la Ley gallega de ordenación del comercio interior (Ley 10/88, de 20 de julio) que disponía que el horario comercial habría de encontrarse comprendido entre las 8.00 y las 22.00 horas. El citado precepto fue declarado inconstitucional por la STC 228/1993, si bien por motivos diferentes a los que acabamos de aducir. Sin embargo, mediante Decreto de 4 de febrero de 1994, amparándose en la norma estatal de 1993, la Xunta de Galicia volvió a regular los horarios, estableciendo un horario semanal máximo de 72 horas y una franja horaria para el ejercicio de la actividad comercial entre las 9.00 y las 21.00 horas. Y, aún hay más, tras la aprobación de la Ley estatal, la Xunta, derogando la disposición anterior, ha regulado los horarios por Decreto de 8 de octubre de 1996 (DOG del 8), estableciendo en el art. 1 que «el ejercicio de la actividad comercial (...) se desarrollará entre las 8 y las 24 horas». Previsión con la que se restringe la libertad del comerciante que en la ley no admite más cortapisas que las derivadas del respeto a un horario global semanal de un mínimo de 72 horas. En consecuencia, a nuestro juicio, debe entenderse que el artículo 1 del Decreto gallego es nulo de pleno derecho (arts. 1.2 CC, 26 y 28 LRJAE y 62.2 LPC).

Este inciso es el resultado final de una transacción política que tiene su origen en la fuerte polémica provocada por el anuncio del Gobierno de aprobar una medida que permitiría a los comercios abrir entre dieciséis y veinte domingos al año. Tras unas semanas de duras críticas y movilizaciones de comerciantes, sindicatos o partidos políticos como CiU, el Gobierno decidió suavizar su primera propuesta. Finalmente el Ejecutivo, nuevamente en su papel de mediador en la eterna batalla entre pequeños comerciantes —que pedían que se mantuviesen los ocho domingos de la LO 2/1996— y los grandes —que defendían dieciséis—, optó por una medida intermedia: ampliar de forma gradual la apertura de festivos a doce al año. De tal manera que en el presente año, como mínimo se podrá abrir ocho festivos, el año que viene se ampliará a nueve y así sucesivamente hasta llegar a doce en el año 2004. En el bien entendido que esta regla básica va dirigida a las Comunidades Autónomas y no a los comerciantes, que podrán optar entre abrir o no en los días festivos que autoricen las normas autonómicas.

Así pues, corresponde a cada Comunidad Autónoma determinar con un amplio margen el número de domingos y días festivos en que los establecimientos comerciales podrán ser abiertos al público. Pueden optar entre la libertad de apertura en todos los domingos y días festivos, posibilidad máxima, hasta permitir la apertura únicamente nueve, diez, once o doce días, posibilidad mínima para cada uno de los próximos cuatro años. Cuando la norma estatal dice que los domingos y festivos en que los comercios podrán permanecer abiertos al público «serán como mínimo: nueve en 2001, diez en 2002, once en 2003 y doce en 2004», se está señalando a las Comunidades Autónomas que ese número de días son el máximo de restricción permitido cada año. Es decir, no podrán establecer menos libertad que esa. Las Comunidades Autónomas podrán autorizar dieciséis, veinticuatro o todos los domingos del año, pero, en ningún caso siete o ninguno ³⁸.

Una vez determinado el número total de domingos y festivos autorizados, corresponde de nuevo a las Comunidades Autónomas y no al comerciante, la fijación de las fechas en que podrá ser operativa la apertura (art. 43, 2, inciso 4^o). En la práctica, anualmente, las Consejerías correspondientes de las Comunidades Autónomas han ido dictando Órdenes por las que se establece el calendario de domingos y festivos en los que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público.

³⁸ Tras la aprobación de la LO 2/1996, la mayoría de Comunidades Autónomas optaron por convertir en máximo el número de días establecido como mínimo en la Ley, por lo que, de hecho, la apertura de los comercios se autorizaba en casi toda España únicamente durante ocho domingos o festivos al año. En Madrid los días de apertura autorizada en 1997 fueron 13; mientras que en Galicia sumaban diez, al incluir las fiestas locales, con la posibilidad teórica de llegar hasta doce. También en Extremadura y en Castilla y León se pueden ampliar a nueve, mediante la autorización de festividades locales. *Vid.* J. M. ALCALDE ROJO, «Consideraciones en torno a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *ICE*, n^o 763, junio, 1997, *op. cit.*, p. 29.

Asimismo, la Comunidad Autónoma establecerá el número de horas en que se permitirá la apertura en los domingos y festivos autorizados, posibilitándose que puedan existir regímenes distintos según la fecha, siempre y cuando se respete el límite mínimo de doce horas. Dentro de los límites establecidos por las disposiciones autonómicas, el horario de apertura correspondiente a cada domingo o día festivo de actividad autorizada será libremente determinado por el comerciante (art. 43, 2, inciso 3º) ³⁹.

Cabe la posibilidad de que las normas autonómicas no establezcan un único calendario de domingos y festivos de apertura permitida para todo su territorio y, por el contrario, prevean diferencias según las peculiaridades locales, como de hecho ha sucedido en alguna Comunidad ⁴⁰. Al margen de la oportunidad de esta opción, entendemos, con REBOLLO PUIG, que las bases estatales no lo impiden. Cuando se establece que la fijación de los días festivos autorizados para la apertura corresponderá a «cada Comunidad Autónoma para su *respectivo ámbito territorial*» se está recordando el carácter territorial de la competencia, no imponiendo que el calendario haya de ser único en toda la Comunidad. Además, según este autor, la variedad de calendarios dentro del territorio autonómico no desvirtúa la finalidad de las bases: garantizar un mínimo a todos los comerciantes ⁴¹. Ahora bien, a nuestro juicio, habida cuenta de que el mínimo que pretenden asegurar las bases es un mínimo de libertad puede resultar bastante discutible, a la luz del principio de igualdad, que dentro de una misma Comunidad se privilegie a los comerciantes de determinados Municipios confiriéndoles la posibilidad de

³⁹ Esto es, la norma autonómica podrá disponer que el domingo «x» del mes «y» los establecimientos podrán permanecer abiertos dieciocho horas y el día de Navidad, por ejemplo, trece horas, pero nunca ocho o diez horas. Dentro de ese margen, cada comerciante, podrá distribuir a su albur las horas de apertura. Hay quien ha entendido, erróneamente, a nuestro juicio, que le corresponde a las Comunidades Autónomas y no al comerciante la determinación del horario concreto de apertura en los festivos autorizados (Ll. CASES PALLARÉS, «Comentario al art. 3», *op. cit.*, p. 23). Insistimos en que lo que establece cada Comunidad Autónoma es el límite máximo de horas que pueden permanecer abiertos los comercios los días festivos y el horario de atención al público durante esos días festivos, como es lógico, será libremente fijado por cada comerciante, respetando, eso sí, el límite máximo establecido por las Comunidades Autónomas (no inferior a doce horas).

⁴⁰ Por ejemplo, en Canarias, la Orden de la Consejería de Industria y Comercio de 21 de diciembre de 1994 (*BOCan.*, del 28) señalaba ocho domingos y festivos diferentes para cada Isla o, incluso, dentro de algunas Islas, para cada Municipio, llegando a establecerse doce calendarios diversos. Un poco menos «diferenciadora», la Orden canaria de 14 de noviembre de 1996 (*BOCan.*, de 9 de diciembre) establece siete calendarios, uno para cada Isla.

En Castilla y León, se ha establecido un régimen singular para los establecimientos dedicados de forma exclusiva a la venta de artículos de confección de piel (art. 5.4 del Decreto 258/1998, de 3 de diciembre). Dichos establecimientos, que realizan la mayor parte de sus ventas en el período invernal, podrán acogerse a un calendario especial que permite abrir en ocho domingos diferentes —los de noviembre y diciembre— de los autorizados con carácter general. En este caso, la excepción no viene motivada por peculiaridades locales, sino por el producto que se comercializa, pero igualmente se está fijando un calendario *ad hoc* de dudosa legalidad. Cabría preguntarse por qué se privilegia a los peleteros, dándoles la posibilidad de optar por un calendario más favorable para ellos y no, por ejemplo, a los vendedores de productos típicamente veraniegos, como muebles de terraza y jardín, sombrillas o ropa de baño.

⁴¹ Así lo declara M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 666.

abrir sus comercios un mayor número de días festivos. En todo caso, desde luego, las diferencias que se introduzcan habrán de ser racionales, proporcionadas, no arbitrarias y conformes a la libre y leal competencia ⁴².

Por último, interesa realizar una breve reflexión sobre naturaleza de la limitación de apertura en domingos y festivos. Si difícilmente podía entenderse el sentido de cuantificar el «núcleo irreductible» de libertad de horarios en setenta y dos horas o en noventa horas, otro tanto cabe decir de la autorización mínima de ocho, nueve o doce domingos y festivos. ¿Acaso es más libre quien desarrolla su actividad mercantil durante diez domingos que el que lo hace ocho? La libertad de empresa comercial no es más que la ausencia de coacciones injustificadas, irracionales y desproporcionadas para el ejercicio de la actividad comercial. El Tribunal Constitucional, de forma capciosa, a nuestro entender, entendió que la libertad de horarios comerciales no formaba parte del contenido esencial de la libertad de empresa y que correspondía al ámbito de la libre configuración legal optar por un régimen limitativo de los horarios (siempre que sea racional, proporcionado y no arbitrario) o, por el contrario, de libertad de horarios ⁴³. Puesto que el legislador estatal ha optado por limitar la libertad y fijar un número mínimo de domingos al año (que los legisladores autonómicos han convertido, por lo general, en máximo), cabe que ahora nos preguntemos, siguiendo el razonamiento del Tribunal

⁴² Si se acepta la posibilidad de establecer diferentes calendarios en función de las peculiaridades locales, puede admitirse también que las Administraciones municipales participen en el señalamiento de las fechas. En este sentido, la Ley 4/1994, de 6 de junio (BOCM, del 16) y el Decreto 70/1994, de 7 de julio (BOCM, del 19) de la Comunidad de Madrid, prevén que las Corporaciones Locales soliciten dos días de apertura en festividades locales; y, en la Región de Murcia, el Decreto 5/1997, de 17 de enero (BORM, de 7 de febrero), admite que el calendario general sea modificado para cada Municipio a petición del Ayuntamiento, aunque la decisión final en ambos casos sigue siendo regional. Esto, se ha señalado, parece muy adecuado a los artículos 2 y 62 de la LBRL. Vid. M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 667, en nota. Señala este autor que, sin embargo, sería más difícil de aceptar la regulación de alguna Comunidad, como la de Extremadura, que confía a cada Corporación Municipal la fijación de dos de los ocho domingos y festivos de apertura con la sola condición de comunicarlo a la Consejería de Comercio (art. 1 del Decreto 170/1996, de 11 de diciembre (DOE, del 17)). En efecto, teniendo presentes los artículos 7.1, 54 y 25.3 LBRL, esto resulta inadmisibile. Puesto que la titularidad de la competencia para determinar los domingos y festivos autorizados para la apertura de los comercios corresponde a las Comunidades Autónomas, si las Entidades Locales las ejecutan, lo harán en régimen de delegación. El hecho de que la Administración a la que corresponde el ejercicio delegado de la competencia —como ha señalado J. MIR I BAGÓ— no sea titular de dicha competencia, explica que «no disponga de plena autonomía para gestionarla, debiendo someterse a algún tipo de controles o instrucciones por parte de la administración titular» (*El sistema español de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 322; sobre la naturaleza de las competencias locales, especialmente de las competencias delegadas, *vid.* del mismo libro, pp. 318-336; F. SOSA WAGNER y P. DE MIGUEL GARCÍA, *Las competencias de las Corporaciones Locales*, IEAL, Madrid, 1985, pp. 67-91; F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho local*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 48-56 y L. ORTEGA, *El Régimen Constitucional de las Competencias Locales*, INAP, Madrid, 1988, pp. 129-145).

⁴³ Vid. STC 225/1993, de 8 de julio, F.J. 3B. Un comentario de ésta y del resto de sentencias que se ocuparon de enjuiciar la constitucionalidad de la libertad de horarios que establecía el Decreto Boyer en J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ *et al.*, «La Proposición de Ley...», *op. cit.*, p. 62-67; G. ARIÑO OKITZ, *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons-IDELCO, Madrid, 1995, pp. 92-97 y H. VILLAREJO GALENDE, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 170-176.

Constitucional, ¿qué hay de justificado, racional o proporcionado en esta medida? Entiendo que, en modo alguno, las restricciones horarias pueden basarse en razones de justicia distributiva, en la búsqueda de un reequilibrio de la posición del pequeño comercio frente a las grandes superficies. Es inadmisibile limitar la libertad de empresa con el fin de proteger a un determinado sector comercial⁴⁴.

¿Variaría la situación si el régimen de intervención de los horarios se fundase en otros fines de interés general o en razones de carácter cultural, religioso o sociológico? Al margen de otras consideraciones que pudieran hacerse, lo que aquí interesa apuntar es que, en ningún caso, la regulación actual responde a ese tipo de limitaciones. En cuanto a las religiosas, lejos quedan las Leyes de descanso dominical de 1904 o de 1940. En la regulación actual se manifiesta una pérdida del contenido religioso del domingo, las restricciones se imponen por razones seculares. Si efectivamente, como algunos pretenden, el domingo tuviera carácter sagrado, sería un sacrilegio que las tiendas pudieran abrir ocho domingos al año. Por lo que se refiere a las culturales y sociológicas, todo apunta a que, en la actualidad, de ellas se deriva lo contrario. La incorporación de la mujer al trabajo, la importancia del factor tiempo en la toma de decisiones de las familias, el consumo como forma de ocio, las formas alternativas de distribución (venta a distancia), las necesidades de una sociedad de servicios y un largo etcétera son circunstancias que reclaman clamorosamente un régimen de libertad antes que unos horarios restringidos.

IV. EXCEPCIONES O RÉGIMENES ESPECIALES

Siguiendo con el análisis del «supuesto régimen transitorio» que diseña el RD-L 6/2000, merecen ser objeto de una consideración especial, tanto por razones cuantitativas como cualitativas, las excepciones previstas al citado régimen. El párrafo 3º del artículo 43 del RD-L 6/2000 (como antes lo era el artículo 3.3º de la Ley) es un *totum revolutum*, en el que, sin ningún criterio, se enumera un elenco de establecimientos que quedan sustraídos al régimen limitativo de horarios. Las excepciones son de tan diversa naturaleza que no resulta fácil clasificarlas. Aun así, en aras de un mejor entendimiento, pretendemos estudiar a continuación los establecimientos exceptuados atendiendo a cuatro criterios: el tamaño del establecimiento, el tipo de actividad, la zona donde se desarrolla y la modalidad de venta.

1. *Libertad de horarios para los establecimientos con una superficie inferior a trescientos metros cuadrados*

Sin duda, la principal novedad que ha introducido la nueva regulación de los horarios comerciales es la que aparece recogida en el inciso 2º del pá-

⁴⁴ Vid. J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ *et al.*, «La Proposición de Ley...», *op. cit.*, p. 62-67.

rrafo tercero del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000: «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 para la exposición y venta al público inferior a 300 metros cuadrados, excluidos los que pertenecen a grupos de distribución u operen bajo el mismo nombre comercial de aquéllos».

Se declara, por tanto, que todos los establecimientos cuya superficie no supere los 300 metros cuadrados y, siempre que no pertenezcan a cadenas de distribución, gozarán de plena libertad para fijar sus fechas y horarios de apertura. *Sensu contrario*, los horarios comerciales sólo están limitados para los establecimientos de más de 300 metros cuadrados o para los integrados en grupos de distribución comercial. Por tanto, las reglas restrictivas respecto al número de festivos o de horas de apertura sólo serán de aplicación a este tipo de establecimientos; para el resto, libertad de horarios.

Quizás esté de más advertir que esta medida no obliga a abrir a nadie. Lo que se concede es la libertad, por cierto, torticeramente presentada por quienes se oponen a ella como si la nueva regulación instituyese la obligatoriedad de permanecer abiertos las 24 horas del día, los 365 días del año, cuando de lo que se trata es de otorgar plena capacidad para que cada comerciante ajuste su actividad a las demandas de sus clientes.

Con esta novedad se impone en nuestro Derecho un tratamiento diferenciado que se basa exclusivamente en la superficie para la exposición y venta al público⁴⁵. Se trata de una discriminación que podemos calificar de *acción positiva*⁴⁶ en favor de los pequeños comerciantes que pueden abrir todos los domingos y cuantas horas deseen, mientras que las grandes superficies y cadenas de distribución se someten a las reglas restrictivas que fijen las Comunidades Autónomas respetando la legislación básica estatal.

La aplicación del régimen de libertad se hace depender del número de metros cuadrados, de la dimensión o superficie física, lo cual plantea problemas irresolubles: ¿qué ocurrirá con los comerciantes individuales con es-

⁴⁵ El nuevo sistema puede estar inspirado en el que estableció en Gran Bretaña la *Sunday Trading Act* de 26 de agosto de 1996 que permitió a los establecimientos con una superficie menor o igual a 280 metros cuadrados decidir con total libertad sus horarios de apertura en domingo. Las grandes superficies, en cambio, pueden abrir un máximo de seis horas, entre las diez de la mañana y las seis de la tarde. Sobre la regulación de los horarios en el Reino Unido, *vid.* A. ARNULL, «What shall we do on Sunday?», *European Law Review*, vol. 16, n.º 2, abril, 1991, pp. 112-124; D.T. BINDER, «The Sunday Trading Ban in the United Kingdom: A Thorn in the European Community's Side», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 16, Winter 93, pp. 115-126; C. BARNARD, «Sunday Trading: A Drama in Five Acts», *The Modern Law Review*, may, 1994, pp. 449 y 460 y S. DEAKIN, «Open for Business», *Industrial Law Journal*, vol. 23, n.º 4, Dec 1994, pp. 333-337.

⁴⁶ Las acciones positivas, traducción del concepto *affirmative action* del Derecho estadounidense, constituyen el núcleo primigenio del Derecho antidiscriminatorio y pueden definirse, en el ámbito de la discriminación sexual, como «todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho». Un examen de estas medidas en F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, especialmente pp. 83 y ss.

tablecimientos de un tamaño de 320 metros cuadrados? Se ha optado por una extensión máxima de 300 metros cuadrados para la aplicación del régimen de libertad, pero cualquiera que sea la extensión que se utilice, siempre se estará estableciendo una significativa diferencia de régimen y de posibilidades de actuación entre establecimientos que sólo se distinguen por tener un metro cuadrado más o menos, lo que inevitablemente conducirá a un acomodamiento de las empresas al metro menos, para sustraerse del régimen de los legalmente «grandes»⁴⁷. En definitiva, la fórmula legal empleada puede originar prácticas comerciales fraudulentas que, ajustándose al texto escrito de la ley, vulneren su espíritu. Se ha optado por la «superficie de exposición y venta al público» como parámetro para ser incluido en el régimen de libertad, pero no se ha establecido una definición de qué ha de entenderse por *superficie de venta*⁴⁸. Precisión que habrán de efectuar en su legislación de desarrollo las Comunidades Autónomas si quieren evitar que se vulnere el objetivo que pretende el legislador, en este caso, la protección del pequeño comercio dotándolo de una ventaja competitiva de la que son excluidos los grandes⁴⁹. No se han barajado otras opciones como el criterio de la *superficie edificada total* o el doble criterio *población/superficie de venta*, del que por cierto hace uso generalmente el legislador sectorial autonómico a la hora de definir una gran superficie⁵⁰. Tampoco se ha considerado una opción radicalmente diversa a la de la superficie como es la de definir al pequeño establecimiento en función del número de empleados. En cualquier caso, la fijación de un criterio legal, sea cual sea, puede dar lugar a cierta picaresca⁵¹.

⁴⁷ Así se ha señalado respecto a la definición de gran establecimiento, *vid.* J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *et al.*, *La Proposición de Ley...*, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁸ También la LOCM sigue este criterio para definir al gran establecimiento comercial: sin perjuicio de lo que determinen las Comunidades Autónomas, en todo caso, los que «tengan una superficie útil para la exposición y venta al público superior a 2500 metros cuadrados» (art. 2.3), pero tampoco ofrece una definición del concepto *superficie de venta*.

⁴⁹ Así, por ejemplo, respecto a los grandes establecimientos, la Ley 2/1996, de 18 de junio, de equipamientos comerciales de Castilla y León (BOCyL n.º. 106, de 4 de junio) en su artículo 8.2º establece: «Tendrá la consideración de superficie neta de venta al público, aquella destinada a la actividad de comercio en la que se almacenan artículos directamente expuestos al público, esté o no cubierta, y asimismo la que sea utilizable efectivamente por el consumidor dentro del establecimiento, excluyéndose los aparcamientos». Un detenido examen del criterio de la superficie de venta como criterio delimitador en J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Urbanismo comercial y libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 435-448.

⁵⁰ Según señala el artículo 8.1 de la Ley 2/1996 de Castilla y León, que tendrán la consideración de grandes establecimientos: «a) En las poblaciones con menos de 10.000 habitantes, aquellos establecimientos que, individual o colectivamente, tengan una superficie neta de venta al público superior a los 1.000 m.² b) En las poblaciones con más de 10.000 y menos de 50.000 habitantes, que no sean capitales de provincia, aquellos establecimientos que, tengan una superficie neta de venta al público superior a los 1.500 m.² c) En capitales de provincia y en las poblaciones con más de 50.000 habitantes, aquellos establecimientos que, individual o colectivamente, tengan una superficie neta de venta al público superior a los 2.500 m.²».

⁵¹ Véase J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Urbanismo comercial...*, *op. cit.*, p. 432.

Es importante destacar que la nueva regulación insiste en otorgar un trato jurídico diferenciado a unos y otros establecimientos, como ya se había hecho al introducir la exigencia de una licencia comercial específica para la implantación de grandes superficies en la Ley 6/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (arts. 6 y 7)⁵². Cabe preguntarse si este tipo de medidas vulneran el principio de libertad de empresa o el principio de igualdad. Con el objeto de defender al pequeño comercio se adoptan medidas discriminatorias primando las libertades de unos frente a las de otros⁵³. Debe recordarse que tanto la libertad de empresa como la de establecimiento están expresamente afirmadas por nuestra Constitución y constituyen libertades básicas del sistema jurídico-económico de la Unión Europea. Sin embargo, escudándose en la hipócrita declaración de proteger dichas libertades (véanse, por ejemplo, los arts. 3º y 5º de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista) se establecen regulaciones que terminan aniquilándolas. El régimen de instalación y apertura de los grandes establecimientos comerciales y, ahora, la libertad de horarios sólo para los pequeños establecimientos, ejemplifican a la perfección un paternalismo regulador en el que la libertad de empresa es sustituida por la decisión política que decide a quién enriquece y en qué medida, decisiones que, en el marco de una economía libre y competitiva, sólo debe adoptar el mercado.

2. Actividades exceptuadas del régimen general

En función del tipo de actividad que se desarrolla en algunos establecimientos, el RD-L 6/2000, como lo hiciera en su día la LO 2/1996, prevé un

⁵² Sobre el mal llamado urbanismo comercial, *vid.* J. TORNOS MAS, «Comercio interior», en *Derecho administrativo económico* (dir. S. Martín-Retortillo), tomo II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 646 y ss.; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *et al.*, *La Proposición de Ley...*, *op. cit.*, pp. 8-19 y 128-137; L. PAREJO ALFONSO, «Ordenación del comercio minorista y urbanismo comercial», en *Jornadas sobre la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; Ll. CASES PALLARÉS, «Instalación de grandes establecimientos y tramitación de las licencias», en *Ordenación del comercio...*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; J.M. TRAYTER, «Instalación de grandes establecimientos comerciales: criterios y procedimiento para la concesión de las licencias», en *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; L. BERENGUER FUSTER, «El régimen de los grandes establecimientos en la Ley de ordenación del comercio minorista», en *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Comentario a los artículos 6 y 7», en *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista* (coord. R. Bercovitz y J. Leguina), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 56 y ss.; I. MARTÍNEZ DE PISÓN, «Urbanismo comercial: El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista», *RAP*, n.º 145, 1998, pp. 363 y ss.; C. NAVARRO DEL CACHO, «La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para la instalación y apertura de grandes establecimientos», *REALA*, n.º 280-281, mayo-diciembre, 1999, pp. 389 y ss. Además, en los últimos años, se han publicado dos monografías al respecto: Ll. CASES PALLARÉS, y F. PONS CÁNOVAS, *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Marcial Pons, Madrid, 1998 y J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Urbanismo comercial...*, *op. cit.* Muy interesantes resultan también las aportaciones que se recogen en la obra colectiva que coordina TORNOS MAS, *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, Tecnos-Ediciones de la Universitat de Barcelona, Madrid, 2000.

⁵³ Podemos preguntarnos sobre la razonabilidad de la diferencia normativa de trato. La línea divisoria entre los tratos diferenciados legítimos y los discriminatorios es fina y difícil de trazar. La discriminación a favor de los pequeños comerciantes no es fácil de justificar, porque no sólo implica un trato diferente, sino también perjudicial. Simultáneamente se perjudica a los establecimientos de más de 300 metros cuadrados o a los que, teniendo menos, pertenecen a un grupo de distribución.

tratamiento jurídico diferenciado: a unos se les aplica la libertad de horarios; a otros, su normativa específica; y, finalmente, a un tercer grupo, se les exime de la aplicación de la normativa estatal. Veamos con detenimiento cuáles son los establecimientos que, por el tipo de actividad que realizan, están sometidos a un régimen excepcional.

A) Actividades libres: Listado y «tiendas de conveniencia».

El primer inciso del párrafo 3 del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000 enumera una serie de establecimientos en los que los comerciantes gozan de plena libertad para determinar los días y horas que permanecerán abiertos al público. Se trata de un listado de comercios concretos y de las llamadas «tiendas de conveniencia». En estos casos, la capacidad de las Comunidades Autónomas para regular los horarios comerciales y, en consecuencia, restringir su libertad, no es operativa.

El listado de excepciones es el siguiente: *Establecimientos de venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristería y plantas*. En torno a esta lista se suscitan, en principio, dos cuestiones: si estamos ante una lista abierta o cerrada y el problema de las que denominaremos «tiendas mixtas».

En primer lugar, cabe plantear si las Comunidades Autónomas pueden ampliar o reducir el listado de actividades exceptuadas establecido por el legislador estatal. La pregunta que aquí nos hacemos es si realmente las Comunidades Autónomas pueden establecer excepciones al régimen de restricción de horarios comerciales en términos distintos a los que establece el primer inciso del párrafo 3º del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000, ya sea por exceso (añadiendo algunos tipos de establecimientos) o por defecto (excluyendo otros que sí figuran) ⁵⁴.

La variación por defecto no es posible en ningún caso, debiendo respetar todas las Comunidades las excepciones al régimen restrictivo que garantiza el párrafo 3º del artículo 43 del RD-L 6/2000. Y ello porque tiene carácter de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.1ª y 13ª de la Constitución según lo establecido en la Disposición final segunda del *Decreto Rato* ⁵⁵. Por tanto, puesto que son bases, como tales, determinan un común denominador que debe ser mantenido en las disposiciones autonómicas ⁵⁶.

⁵⁴ La misma cuestión fue planteada en la primera sesión del pleno del Observatorio de la Distribución Comercial con respecto a estas mismas excepciones contempladas antes en la regla 3ª del art. 3 de la LO 2/1996. Véase A. CALVO LÓPEZ, «La Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *ICE*, n° 763, junio, 1997, pp. 65-73.

⁵⁵ La LO 2/1996, con imprecisa técnica legislativa, omitía una declaración expresa sobre el carácter de bases que tenían los arts. 2 y 3, pero éste podía inferirse notoriamente de su contenido y estructura. M. REHOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 654.

⁵⁶ Se plantea la cuestión porque en algunas Comunidades Autónomas han surgido algunos intentos en este sentido por parte del sector de las panaderías. Así, por ejemplo, el art. 8.1 de la Ley 8/1997, de 9 de diciembre, de Horarios Comerciales de la Comunidad Valenciana, no incluye las panaderías en el listado de establecimientos exceptuados del régimen general (*BOE* de 8 de enero de 1998).

En cuanto a las variaciones por exceso, se plantea la posibilidad de que, en el ejercicio de sus competencias, las Comunidades Autónomas decidan la aplicación de la libertad plena para determinados comerciantes en función de su actividad, mientras que para el resto dispongan la aplicación de las reglas enunciadas anteriormente. De hecho, varias disposiciones autonómicas, aprobadas tras la LO 2/1996, incluyeron entre las excepciones al régimen de horarios algunas que no aparecían en la Ley. En algunos casos, al extender el régimen de libertad a establecimientos de venta de productos típicos, heladerías y tiendas de frutos secos, caramelos y productos asimilados⁵⁷. En otros casos —recogiendo una excepción de gran raigambre en nuestra historia⁵⁸— se prevé que los establecimientos ubicados en zonas donde se celebren ferias, mercados y mercadillos de marcado carácter tradicional, podrán permanecer abiertos los domingos y festivos que coincidan con tales celebraciones⁵⁹. También nos encontramos con excepciones singulares en alguna que otra Comunidad⁶⁰. E, incluso, estas variaciones al régimen básico de excepciones han llegado a plantearse en términos generales, admitiéndose regímenes excepcionales, previa autorización, en la legislación de desarrollo⁶¹.

En contra de estas variaciones se han aducido diversos argumentos. Por un lado, puesto que el régimen del párrafo 3º del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000 es, hoy por hoy, un régimen de excepción, como tal, ha de ser objeto de interpretación estricta⁶². Y, por otro, cabe argüir que cuando el legislador estatal

⁵⁷ Amplían la libertad de horarios a las tiendas de recuerdos típicos, heladerías, frutos secos, caramelos y dulces asimilados: el art. 2 c) del Decreto aragonés 24/1995, de 21 de febrero (*BOA*, del 24), el art. 3.1 del Decreto castellano y leonés 285/1996, de 19 de diciembre (*BOCyL*, del 23) y el art. 3 del Decreto riojano 58/1996, de 18 de diciembre (*BOLR*, del 24). Este último excluye, además, las tiendas dedicadas a la venta de «vinos de Rioja». Cabría preguntarse qué razones llevan a beneficiar con la libertad a los vendedores de estos vinos y no a los de otro tipo de productos gastronómicos, también típicos de la tierra.

⁵⁸ Un análisis de la evolución histórica de la regulación pública del horario comercial en H. VILLAREJO GALENDE, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 9-120.

⁵⁹ *Vid.* art. 2 a) del Decreto aragonés 24/1995, de 21 de febrero (*BOA*, del 24) art. 6 del Decreto canario 24/1994, de 4 de marzo (*BOCan*, del 14), art. 3.8 del Decreto castellano y leonés 285/1996, de 19 de diciembre (*BOCyL*, del 23), art. 3.4 del Decreto gallego 365/1996, de 8 de octubre (*DOG*, de 8 de octubre), art. 4.3 de la Ley madrileña 4/1994, de 6 de junio de 1994 (*BOCM*, del 16) y art. 4 del Decreto asturiano 2/97, de 15 de enero (*BOPA*, de 4 de febrero).

⁶⁰ En Aragón, por ejemplo, están exentas de limitaciones en materia de horarios las tiendas de alimentación general y aquéllas situadas en poblaciones de menos de 3.000 habitantes, siempre que la actividad se realice a título personal, sin personal asalariado (arts. 4 y 5 del Decreto 24/1995). Parece que se resucita la vieja confusión entre jornada laboral y horario comercial. No entendemos por qué motivo se priva de libertad a los comerciantes con personal contratado, si éstos, al determinar las horas de apertura de sus comercios, respetan los derechos del trabajador.

⁶¹ Algunas Comunidades Autónomas han previsto, para sus ámbitos territoriales o para un tipo de actividad concreta, la autorización de horarios excepcionales. Las autorizaciones serán concedidas por el órgano autonómico correspondiente a petición de las Corporaciones Locales, asociaciones empresariales o titulares de los establecimientos, atendiendo a determinadas peculiaridades. En este sentido, art. 5 del Decreto castellano y leonés 285/1996, de 19 de diciembre (*BOCyL*, del 23), art. 5.3 de la Ley madrileña 4/1994, de 6 de junio de 1994 (*BOCM*, del 16) y art. 4 del Decreto valenciano 42/1994, de 21 de febrero (*DOCV*, del 25).

⁶² *Vid.* A. CALVO LÓPEZ, «La Ley de Ordenación...», *op. cit.*, p. 67.

pretende un régimen peculiar (que es el caso de los *productos culturales* que examinaremos más adelante), ya habilita de forma expresa al legislador autonómico ⁶³.

Pero, sin duda, existen argumentos de mucho más peso para admitirlas. Uno de ellos es el principio *in dubio pro libertate*. La libertad que la Constitución reconoce como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), opera como una directriz jurídico material establecida principalmente para disciplinar el comportamiento de los Poderes públicos. No olvidemos tampoco que el principio *pro libertate*, como exigencia del Derecho comunitario, debe presidir la ordenación estatal del comercio ⁶⁴. Otro argumento podría basarse en que *quien puede lo más* (libertad de horarios), *puede lo menos* (ampliar la libertad respecto a determinados casos). Si las Comunidades pueden, en su respectivo ámbito territorial, decretar la libertad plena de horarios, porque así lo permite la Ley, ¿cómo no van a poder ensanchar los límites que acotan esa libertad? Además, estamos ante una regulación básica, una regulación de mínimos que puede ser desarrollada por las Comunidades Autónomas. Finalmente —y no creemos que con esto se agoten los numerosos argumentos que pueden esgrimirse a favor de la ampliación de las excepciones—, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Norma Suprema difícilmente admite que se privilegie con la libertad de apertura a determinados establecimientos, sin ninguna razón suficiente para ello. La Ley, mediante la aplicación selectiva de la libertad, está estableciendo discriminaciones injustificadas entre los comerciantes, que se traducen en situaciones favorables para unos y restrictivas para el resto. Recordemos que las intervenciones públicas en el mercado no son neutras y que, por este motivo, deben imponerse con carácter general ⁶⁵. No tiene justificación alguna privilegiar a unos y discriminar a otros. Entendemos, en consecuencia, que todas las actuaciones autonómicas dirigidas a aumentar el número de establecimientos exentos del régimen restrictivo supondrían pasos en el camino de la libertad y de la igualdad.

Por otra parte, como anunciábamos más arriba, el listado de excepciones del párrafo 3º del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000 plantea el problema de las llamadas «*tiendas mixtas*», esto es, aquéllas en que se venden a la vez artículos

⁶³ De esta manera parece entenderlo LI. CASES PALLARÉS, «Comentario al art. 3», en *Ordenación del Comercio...*, *op. cit.*, p. 24. Señala, además, que puesto que el art. 3 dispone que la regulación autonómica se ha de formular en el marco de la libre y leal competencia, *haría difícil formular la imprescindible justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas*.

⁶⁴ J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ *et al.*, *La Proposición de Ley...*, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁵ Como ha señalado ENTRENA CUESTA, «...la inserción de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado junto con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución exige que cualquier limitación o condicionamiento se imponga *con carácter general*, tanto desde el punto de vista de los sujetos como en el orden territorial» («El principio de libertad de empresa», *El modelo económico de la Constitución española*, dir. F. Garrido Falla, vol. I, IEE, Madrid, 1981, *op. cit.*, p. 138. En este sentido, el art. 2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales exige que las limitaciones públicas no tengan carácter individual o discriminatorio.

exceptuados y prohibidos⁶⁶. Algunas Comunidades ya han dispuesto que en esas «tiendas mixtas» no se vendan en domingo géneros no exceptuados. Así, la Ley andaluza establece que «no se podrá expender fuera del horario del régimen general otros artículos que aquellos que hayan justificado, en su caso, la consideración de establecimiento con libertad horaria» o el Decreto castellano y leonés: «...aquella (la venta) se limitará, durante los domingos y festivos no incluidos en el Anexo I, única y exclusivamente a las excepciones recogidas en el presente Decreto»⁶⁷. Previsión, sin duda, harto difícil de hacer cumplir⁶⁸.

Tanto los problemas sobre el carácter abierto o cerrado del listado de establecimientos exceptuados como los de las llamadas «tiendas mixtas», en buena medida, disminuirán o desaparecerán con la nueva excepción introducida por el párrafo 3º del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000 que permite que todos los establecimientos de menos de trescientos metros cuadrados que no formen parte de un grupo de distribución determinen con plena libertad sus horarios de apertura.

Junto al listado de establecimientos al que acabamos de referirnos, en el inciso 1º del párrafo 3º del artículo 43 Uno, se precisa que, asimismo, gozarán de plena libertad para determinar los días y horas de apertura las denominadas «tiendas de conveniencia», definidas en el inciso 3º del siguiente modo: «Se entenderá por tiendas de conveniencia aquellas que, con una extensión útil no superior a 500 metros cuadrados, permanezcan abiertas al público, al menos, dieciocho horas al día y distribuyan su oferta, en forma similar, entre

⁶⁶ Es el problema conocido genéricamente en Estados Unidos como *commodity approach* (puede traducirse como «mercancías asequibles» o «productos que se pueden conseguir»). Es decir, el problema de la determinación de los productos que pueden ser vendidos legalmente en domingo. Se trata de exceptuar de la prohibición del comercio en domingo una serie de bienes, bien porque resultan «necesarios» (medicamentos, gasolina, comestibles...), bien porque están relacionados con actividades de recreo (periódicos, revistas, libros, artículos deportivos...). En muchos Estados, bajo la vigencia de las *blue laws* (leyes restrictivas de la actividad dominical), se plantearon conflictos jurídicos sobre esta cuestión, que generaron una abundante y dividida jurisprudencia. Mientras algunas Cortes Supremas aceptaban el método de las *commodity approach*, como un método para poder seguir manteniendo la vigencia de las *blue laws*; otras, sin embargo, las rechazaban. Quizá la crítica más persuasiva de las *commodity approach* fuera la realizada por el juez Carter de la Corte Suprema de Nebraska en *Terry Carpenter, Inc v. Wood* (177 Neb. 515, 129 N.W. 2d 475, 1964): «Contradictions that were completely ludicrous resulted. Under some laws a store could sell camera film but not a camera; it could sell lipsticks but not a mirror; it could sell comic books but not toys; it could sell a pet bird but not a cage. Untangling the perplexities of such a situation is comparable to untangling a barrel of fish hooks. The commodity approach became confusing, irrational, and inconsistent when measured by the yardstick of uniform classifications». Vid. N.J. DILOFF, «Never on Sunday: The blue laws controversy (on sale of merchandise to public)», *Maryland Law Review*, vol. 39, 1980, pp. 692 y 693; y H. VILLAREJO GALENDE, «Las *Blue Laws*: un drama en tres actos (Análisis del problema de los horarios comerciales en Estados Unidos)», *RAP*, n.º 147, septiembre-diciembre, 1998, pp. 459 y ss.

⁶⁷ Art. 20.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía (BOJA, del 18) y art. 3.3 del Decreto castellano y leonés 285/1996, de 19 de diciembre (BOCYL, del 23).

⁶⁸ ¿Cómo imaginar al dependiente de una floristería que, tras haberle vendido unas flores a su cliente, se niega a venderle un jarrón para que las coloque? ¿Cómo explicarle a su cliente que, aunque tenga su negocio abierto al público, lo hace en un domingo de los no autorizados en el Decreto de horarios y que, por consiguiente, sintiéndolo mucho, no puede venderle el jarrón solicitado, porque en esos días el sólo tiene permitido vender flores, pero no jarrones? ¿Quién vende una barra de pan y no un litro de leche? ¿Un helado, pero no un refresco? ¿Gasolina, pero no ruedas de recambio? La casuística es infinita. A buen seguro, muy pocos comerciantes en esa situación estarían dispuestos a ver disminuidas sus ventas y a ofrecer semejantes explicaciones a sus clientes. Y probablemente, sería difícil encontrar consumidores que aceptasen de buen agrado esas actitudes. Si comerciantes y consumidores salen perjudicados, ¿a quién benefician tan ridículas disposiciones?

libros, periódicos y revistas, artículos de alimentación, discos, vídeos, juguetes, regalos y artículos varios». Siempre que un establecimiento cumpla los requisitos de extensión, horario y oferta de venta que determina el RD-L 6/2000, gozará de un régimen de libertad de horarios. La definición legal de las tiendas de conveniencia incurre en una flagrante contradicción. Se dice tienen plena libertad de horarios, pero se les exige que permanezcan abiertas un mínimo de dieciocho horas al día. Luego, no disfrutan de una libertad absoluta, puesto que están obligadas a abrir un número determinado de horas diarias. La normativa autonómica aprobada hasta el momento, casi sin excepciones, ha incluido miméticamente la definición de la norma estatal ⁶⁹.

B) Farmacias y Expendedurías de Tabaco.

Siguiendo con el análisis de las excepciones en función del tipo de actividad, el inciso 5º del párrafo 3º del artículo 43 establece que las *oficinas de farmacia se regirán por su normativa específica*, sin que, por tanto, les sea de aplicación la regulación de horarios del RD-L 6/2000. Esta previsión coincide con la Disposición Adicional 5ª de la LOCM que establece la inaplicación de la Ley a la expedición y venta de productos farmacéuticos en los aspectos regulados por sus normativas específicas ⁷⁰. Precisamente en el año 1996 se aprobó una nueva regulación de los horarios farmacéuticos contenida en el artículo 4 del Real Decreto-ley 11/1996, de 17 de julio. No es éste el lugar para comentar esta regulación, pero sí resulta conveniente destacar, como agudamente ha hecho el profesor REBOLLO PUIG, lo paradójico que resulta que al final haya mayor libertad para los horarios de las farmacias que para los comercios ordinarios ⁷¹.

⁶⁹ Así, la mayoría de las Comunidades Autónomas reproducen la definición de las bases, por citar algunas: el art. 20.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Comercio Interior de Andalucía (BOJA, del 18), el art. 2 d) del Decreto aragonés 24/1995, de 21 de febrero (BOA, del 24), el art. 2.2 del Decreto de las Islas Baleares 171/1996, de 6 de septiembre (BOIB, del 17), el art. 4.2 del Decreto canario 24/1994, de 4 de marzo (BOCan, del 14). Ninguna referencia a las «tiendas de conveniencia» aparece en el Decreto 114/1996, de 23 de julio de Castilla-La Mancha (DOCLM, del 26). La excepción la protagoniza Castilla y León, que -haciendo alarde de un excesivo afán regulador-, introduce dos matizaciones a la definición legal. Primera, que los 500 metros cuadrados, serán los computados para dicho comercio en el Impuesto sobre Actividades Económicas y, segunda, que la distribución de la oferta de productos deberá llevarse a cabo *sin exclusión de ninguno de los productos citados* (art. 6 del Decreto 285/1996, de 19 de diciembre). Semejante exigencia es inadmisibile. Como hemos podido leer más arriba, la definición estatal del concepto jurídico indeterminado «tiendas de conveniencia» enumera una serie de productos que se venden en ellas y concluye con una especie de cajón de sastre que denomina «artículos varios». Exigir que se oferten al mismo tiempo todos y cada uno los artículos que allí se citan va más allá de lo que disponen las bases, introduciéndose en el peligroso camino de la discrecionalidad, cuando no de la pura arbitrariedad. Recordemos que, para colmo, esta Comunidad carecía de competencias normativas en la materia comercio interior cuando aprobó esta regulación.

⁷⁰ M. REBOLLO PUIG considera que ha sido un gran acierto excluir los horarios de las farmacias de la Ley de Comercio, tanto por razones materiales, dado el carácter peculiar de estos establecimientos —calificados, a veces, incluso, como *servicios públicos virtuales o impropios*—, como por razones de orden competencial, pues los horarios de las farmacias no pueden incluirse a estos efectos en la materia comercio interior («El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 667).

⁷¹ *Ibidem*, p. 667. Un comentario a la nueva regulación de los horarios de las farmacias en J. GONZÁLEZ PÉREZ y E. GONZÁLEZ SALINAS, *La reforma de la ordenación farmacéutica (Decreto-ley 11/1996 y legislación de las Comunidades Autónomas)*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 66 y ss. y también «La reforma de la ordenación farmacéutica», en *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996, 351 y ss. y E. GÓMEZ-REINO y CARNOTA, *Horarios comerciales y oficinas de farmacias*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 77 y ss.

Una mención especial requieren las *expendedurías de tabaco y timbre del Estado*, a las que ni la LO 2/1996 ni el RD-L 6/2000 hacen referencia alguna. Pero debe tenerse presente la Disposición adicional 5ª de la LOCM, según la cual este tipo de establecimientos, junto con los dedicados a la venta y expedición de productos farmacéuticos, quedan excluidos de aplicación de la citada Ley «en los aspectos regulados por sus normativas específicas». El hecho de que la regulación de los horarios excluya expresamente a las farmacias pudiera hacer pensar que las *expendedurías de tabaco y timbre* sí están incluidas y, en consecuencia, habrían de someterse al actual régimen de horarios⁷². A nuestro juicio, debe acudir de nuevo a los principios de igualdad y *pro libertate* y al resto de argumentos enunciados con anterioridad para fundamentar que los «estancos» son una excepción más al régimen restrictivo de la Ley. Si, finalmente, no han aparecido junto a las farmacias, debe ser achacado, sin duda, a un error del legislador⁷³.

C) Productos culturales.

Atendiendo también a la actividad que desarrolla el comerciante, recibe un tratamiento específico la venta de *productos culturales*. Las Comunidades Autónomas pueden regular los horarios comerciales de los *establecimientos dedicados exclusivamente a la venta de productos culturales, así como los que presten servicios de esta naturaleza* (inciso 6º del párrafo 3º del artículo 43). Por tanto, se excluye a tales establecimientos de la ordenación básica, de manera que las Comunidades puedan regular sin limitaciones sus horarios. Esta previsión —que fue introducida como novedad por la LO 2/1996— tuvo su origen en una enmienda aprobada en el Senado, explicada en su Mensaje Motivado así: «*Se trata de facilitar al ciudadano el acceso a la cultura en sus diversas manifestaciones, teniendo en cuenta que la organización del tiempo libre en la sociedad contemporánea justifica un régimen diferenciado en la materia, para cuyo establecimiento resulta idóneo el nivel autonómico*»⁷⁴. Parece, pues, que la finalidad era permitir a las Comunidades Autónomas flexibilizar el régimen de horarios de estos establecimientos para «facilitar el acceso a la cultura». Sin embargo, la redacción del apartado permite a las Comunidades, no sólo ampliar el horario, sino también restringirlo más intensamente que el de cualquier otro comercio.

Aparte de estas consideraciones, los llamados «productos culturales» plantean dos cuestiones problemáticas: su definición y el sentido de su ubicación. La primera duda que surge es qué ha de entenderse por «establecimiento dedicado exclusivamente a la venta de productos culturales

⁷² Cfr. M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 662.

⁷³ Recordemos, además, que las *expendedurías de tabaco* junto con las farmacias estuvieron excluidas, tradicionalmente, de las normas que regularon el horario comercial como las Leyes de descanso dominical de 1904 y 1940 y la Ley de la jornada de la dependencia mercantil de 1918.

⁷⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, 26 de diciembre de 1995, nº 10-18

o prestación de servicios de esta naturaleza». Los conceptos de «productos culturales» y de «servicios de esta naturaleza» son de tal ambigüedad e indeterminación que *sólo resultarán concretables con ejercicios de pura especulación*⁷⁵. La Ley elude cualquier tipo de aclaración y la concreción de tan compleja definición deberá buscarse en las normas autonómicas que desarrollen las previsiones de la legislación estatal. En este sentido, la pionera fue la Comunidad de Madrid, que en la Orden 3349/1996, de 22 de abril (BOCM del 25) aporta, en su artículo 2, la siguiente definición de productos culturales: «*aquellos cuya finalidad sea cultivar, desarrollar y formar los conocimientos humanos y el ejercicio de sus facultades intelectuales, como son: libros, en soporte escrito o informático, la música en cualquier formato, periódicos, revistas, instrumentos musicales, vídeos, sellos, monedas, medallas conmemorativas, billetes para coleccionistas, artículos de dibujo y bellas artes, obras de arte, antigüedades y productos de artesanía popular*». Disponiendo, al mismo tiempo, que los establecimientos donde se vendan o presten servicios de esta naturaleza, podrán permanecer abiertos al público todos los domingos del año (art. 1)⁷⁶. No todas las disposiciones autonómicas aprobadas con posterioridad a la ley se han ocupado de regular el régimen de los llamados «productos culturales». Las que lo han hecho, siguiendo los pasos de la norma madrileña, han trasladado idéntica definición de productos culturales y les han aplicado el mismo régimen de horarios⁷⁷. Lo que no determina la legislación estatal ni hasta

⁷⁵ Cfr. M. REBOLLO PUIG, «El régimen de horarios...», *op. cit.*, p. 668. En cualquier caso, entendemos que para definir lo que es un «producto cultural» habría que partir, en primer lugar, de una idea medianamente clara de lo que es cultura. Lo cual, como puede intuirse, no resulta sencillo. *Omnis definitio periculosa est*. La definición de cultura que ofrece el *Diccionario de la RAE* sugiere la amplitud y, en cierta manera, indeterminación del concepto: «*conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social, etc.*». Y es que, siguiendo a J. PRIETO DE PEDRO, la cultura se nos aparece como una realidad pluridimensional, pues es al mismo tiempo un ámbito o una faceta de la vida humana, un derecho y una función estatal que se explicita en una diversidad de medios e instrumentos de política cultural. E, incluso, el concepto de cultura que aparece en nuestra Constitución sería aún más extenso, pues está refiriéndose no sólo a una noción general de cultura, sino también a una noción étnica de cultura, a la cultura nacional y a la cultura de las nacionalidades y regiones (*Cultura, culturas y Constitución*, CEC, Madrid, 1993, especialmente pp. 51-52 y 101-192). Sobre la «Constitución Cultural» y «el derecho a la cultura», *vid.* A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Administración e investigación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, donde, además de una exposición sintética y clara de tan confusos conceptos, se contiene una amplia relación bibliográfica.

⁷⁶ La misma regulación se contiene hoy en el art. 29 b) de la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio de la Comunidad de Madrid. Lo que no aclara la norma madrileña es el régimen de horarios a que están sometidos los establecimientos que vendan productos culturales durante los restantes días de la semana. ¿Gozarán de plena libertad para abrir y cerrar cuando convengan, como sucede con los otros establecimientos exceptuados en el art. 3 de la LO 2/96? O, por el contrario, ¿habrán de someterse al régimen general? Nada puede responderse con seguridad, pero, en cualquier caso, parece evidente que si se les concede libertad para abrir todos los domingos y festivos del año, no pueden aducirse razones para restringir su libertad los días laborables.

⁷⁷ *Ad exemplum, vid.* el art. 5 del Decreto 2/97, de 15 de enero, de *horarios comerciales y ordenación del comercio minorista del Principado de Asturias* (BOPA, de 4 de febrero) o el art. 5 del Decreto 114/1996, de 23 de julio, de *Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha* (DOCLM, del 26), que reproducen, en idénticos términos, el art. 2 de la Orden de la Comunidad de Madrid. Salvo error por nuestra parte, la única disposición que se separa, si bien ligeramente, de la norma madrileña es el Decreto 5/1997, de 17 de enero, *sobre horarios comerciales en la Región de Murcia*, que en su art. 5º.2 considera «productos cultu-

el momento ninguna disposición autonómica es que se entienda por «establecimientos que presten servicios culturales». Sin duda, debido a lo desconcertante que resulta esta referencia, porque, en principio, ni cines, ni teatros, ni museos, ni bibliotecas o salas de exposiciones necesitan de esta expresa excepción para entenderse excluidos del régimen de horarios comerciales.

La segunda cuestión incierta reside en los motivos que justifican un régimen especial para este tipo de productos. Si, como parece intuirse, son los mismos que justifican la aplicación del régimen de libertad de fijación de horarios a los establecimientos que enumerábamos con anterioridad, no se entiende por qué razón la venta de productos culturales no ha sido incluida en ese grupo de excepciones, por qué se crea una suerte de «excepción a la excepción» para este tipo de productos y por qué, finalmente, en lugar de aplicarle, como al resto, el régimen de libertad se le aplica aquél que, en cada caso, decida la correspondiente Comunidad Autónoma⁷⁸. En definitiva, si se pretendía, tal y como explicaba el Mensaje Motivado, facilitar al ciudadano el acceso a la cultura, lo lógico hubiera sido incluirlos entre el listado de establecimientos para los que rige la plena libertad de horarios. Resulta absurdo, pues, pretender establecer un régimen especial para los productos culturales.

3. Zonas sometidas a un régimen especial

A) El problema de las «relocalizaciones».

En el primer inciso del párrafo 3º del artículo 43. Uno se señalan, además, determinados ámbitos físicos en los que el comerciante podrá determinar con plena libertad la apertura de su establecimiento, sin que las Comunidades Autónomas puedan regularla.

Estos ámbitos físicos son: puntos fronterizos; estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo; y zonas de afluencia turística. En razón del espacio físico de ubicación del establecimiento comercial, del lugar donde se vende, el régimen de horarios es el de libertad del comerciante para fijarlos. Estas excepciones en función de criterios territoriales pueden desencadenar, como advierte MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *relocalizaciones* de establecimientos que favorezcan a unas zonas y perjudiquen a otras más o menos limítrofes o cercanas, motivadas por las decisiones administrativas

rales» los siguientes: *los libros, las revistas, los artículos de coleccionista (como medallas, sellos, billetes, monedas, minerales, etc.), las antigüedades, las obras de arte y los productos de artesanía*. Se añaden algunos que no aparecen en la definición madrileña como los minerales, pero se suprimen otros como los instrumentos musicales o los vídeos. Posteriormente, el art. 35.2 de la Ley 10/1998, de 21 de diciembre, de Régimen del Comercio Minorista en la Región de Murcia, dispuso que la enumeración de los productos culturales se estableciera mediante Orden de la Consejería competente en materia de Comercio.

⁷⁸ En el mismo sentido, *vid.* Ll. CASES PALLARÉS, «Comentario al art. 3», en *Ordenación del Comercio...*, *op. cit.*, pp. 24-25. La Ley murciana, a la que hacíamos referencia en la nota anterior, con buen criterio, ha venido a equiparar los establecimientos dedicados a la venta de productos culturales con el resto de establecimientos que integran el régimen excepcional, al establecer en su art. 35.1 que *tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público*.

enormemente discrecionales que serán necesarias para hacer las delimitaciones zonales o locales ⁷⁹.

En el supuesto de los llamados «puntos fronterizos», la imprecisión de los conceptos utilizados es la propia de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo, en consecuencia, innecesaria una declaración administrativa sobre la concurrencia de los requisitos para que el establecimiento se incluya en estas categorías y goce, por ello, de libertad de horarios ⁸⁰. Aun así, en algún caso, hay determinaciones precisas de los puntos fronterizos con libertad de horarios ⁸¹.

B) Especial referencia a las zonas de gran afluencia turística.

Entre el turismo y el comercio hay una relación de mutua retroalimentación ⁸². Son dos aspectos de nuestra civilización, que algunos han llamado «civilización del ocio» ⁸³, en la que se aprecia de manera creciente el tiempo libre y el ocio. El ciudadano, cada vez con más frecuencia, se torna turista y el turista se torna, irremediabilmente, consumidor o cliente. Y en su condición de consumidor demanda horarios comerciales que se ajusten a su tiempo de ocio. Por ello, los municipios con gran afluencia de turistas precisan unos horarios comerciales flexibles para satisfacer las necesidades de aquéllos que disfrutan de su tiempo de ocio y, a la vez, para beneficiarse de una de las actividades a las que el «ocioso» dedica su tiempo: el consumo ⁸⁴. Por

⁷⁹ Vid. J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La Proposición...*, op. cit., p. 140. A mayor abundamiento, se considera «siempre desaconsejable hacer depender del arbitrio administrativo tal género de decisiones. Aunque se instrumenten procedimientos para ello muy participativos y llenos de garantías formales. Aunque incluso se traslade la decisión a los Parlamentos transformándose en legislativa».

⁸⁰ No cabe hablar en este supuesto de potestad discrecional de la Administración. Estamos, insistimos, ante un concepto jurídico indeterminado. Sobre la distinción, resulta ineludible remitir a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 446-447.

⁸¹ El anexo II del Decreto 285/1996 de Castilla y León los concreta en siete en la provincia de Salamanca y seis en la de Zamora. El número de puntos fronterizos ha aumentado en esta norma con respecto al anterior Decreto 65/1994. El valor de estas determinaciones es más que dudoso. No todos los municipios situados en la frontera son «puntos fronterizos», exclusivamente los que enumera la norma. ¿Podrán los comerciantes que tengan situados sus establecimientos en zonas excluidas de este listado abrir con total libertad? ¿Qué criterios ha seguido el Gobierno autonómico —nada se dice en la norma— para determinar cuáles son los puntos fronterizos? ¿Cómo se determina su extensión? A nuestro juicio, debería haberse realizado un esfuerzo por precisar el concepto de «punto fronterizo» y, una vez precisado, todos los establecimientos situados en zonas que pudieran ser subsumidas en la categoría legal, podrían *ex lege* determinar sus horarios con total libertad. Pero esta enumeración de «puntos fronterizos» que hace el Decreto castellano y leonés, sin ningún tipo de motivación, no es que sea discrecional (lo cual, en todo caso, no cabría según vimos más arriba), es una pura arbitrariedad. Sobre la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad, *vid.*, por todos, el estudio del profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Discrecionalidad y arbitrariedad*, Civitas, Madrid, 1991, especialmente pp. 105-127 (publicado también en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, t. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2255-2310) y *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 81-96.

⁸² En este sentido, A. PETITIBÓ JUAN, «Competencia y distribución comercial», *Distribución y consumo*, n.º 47, agosto-septiembre, 1999, p. 6.

⁸³ Vid. J.I. RUIZ OLABUENAGA, «Economía y ocio (el mercado de la cultura)», *Mercurio. Revista de Economía y Empresa*, n.º 1, 1997, pp. 12 y 13.

⁸⁴ Jonathan GERSHUNY explica que para todo individuo o sociedad existe un equilibrio: *cuanto más trabajo, menos ocio*. Pero, paradójicamente, para una sociedad en su conjunto, se produce un equili-

esta razón, en España, como en otros países de nuestro entorno, se ha reconocido la libertad de horarios para las «zonas de gran afluencia turística»⁸⁵. Este reconocimiento plantea una serie de problemas⁸⁶. El resto de establecimientos sometidos al régimen excepcional de libertad de horarios no necesitan de ningún acto administrativo de concreción o reconocimiento. Así, por ejemplo, una pastelería, una floristería o cualquier establecimiento de menos de 300 metros cuadrados que cumpla con los requisitos legales, pueden, sin más, abrir las horas y los festivos que estimen convenientes, sin necesidad de ninguna declaración administrativa⁸⁷. La situación es distinta para las tiendas situadas en «zonas de gran afluencia turística». Según el RD-L 6/2000, «la determinación de las zonas turísticas (...) así como los períodos a que se contrae la libertad de apertura en las mismas corresponderá a cada Comunidad Autónoma para su respectivo ámbito territorial» (inciso 4º del párrafo tercero del art. 43 Uno; y, antes, art. 3, 3ª, párrafo 3º de la LO 2/1996).

Por tanto, es necesaria una decisión administrativa autonómica que posibilite el ejercicio de la libertad de horarios en las zonas turísticas. Ningún comerciante, aunque desarrolle su actividad comercial en una zona y período de máxima concurrencia del turismo en España, tiene por esa circunstancia la posibilidad de ejercer directamente la libertad de horarios derivada del precepto básico comentado. La libertad se hace depender de una determinación autonómica. Ahora bien, puesto que el derecho para determinar con absoluta libertad los días y horas en que permanecerán abiertos estos es-

brio diferente: a mayor tiempo de ocio, más trabajo. Vid. «El crecimiento económico y el cambiante equilibrio entre trabajo y ocio», *ICE*, nº 695, julio, 1991, pp. 49 y ss. El ocio, como motor del sistema económico, impone una gestión empresarial privada y una dirección administrativo-política que ponga a disposición del turista desde hoteles hasta balnearios, desde museos hasta parques de atracciones, desde agencias de viajes hasta aeropuertos, desde restaurantes hasta casinos, desde tiendas hasta espectáculos... Las repercusiones económicas del consumo de productos y servicios de ocio difícilmente pueden pasar inadvertidas.

⁸⁵ En muchas ciudades, como Londres o Nueva York, numerosos establecimientos comerciales, amparados en una normativa permisiva, han ampliado sus horarios para beneficiarse de la demanda de sus ciudadanos, pero también de los turistas que visitan la ciudad. La misma circunstancia se refleja en la legislación de países de nuestro entorno más cercano, como Francia o Italia. En Francia, las limitaciones a los horarios no se derivan de una regulación expresa para el sector comercial, sino que son consecuencia de la normativa laboral, que impone como regla general el descanso dominical para los trabajadores asalariados (arts. L.221-1 y ss. del *Code du Travail*). Este régimen general tiene numerosas excepciones, entre ellas, las que introdujo la Ley de 20 de diciembre de 1993 para los municipios turísticos y para algunas zonas de las ciudades que son lugares de una «afluencia turística excepcional» o de una «animación cultural permanente». En Italia, la Ley nº 558 de 28 de julio de 1971 impone el cierre obligatorio de los comercios los domingos y festivos, recogiendo también excepciones entre las que se encuentran las «zonas de gran afluencia turística». Para un examen del Derecho comparado, vid. nuestros trabajos *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 233 y ss. y «Las Blue Laws...», op. cit., pp. 459 y ss.

⁸⁶ Así lo advirtió J. TORNOS MAS, «Libertad de horarios comerciales...», op. cit., p. 202, en nota: «Esta concreción de un concepto de amplia discrecionalidad dará lugar, sin duda, a situaciones conflictivas». En similares términos, L.A. POMED SÁNCHEZ, «Evolución reciente de la ordenación administrativa...», op. cit., p. 325, en nota.

⁸⁷ Como pone de manifiesto M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», op. cit., p. 669.

tablecimientos se establece en una norma básica, hay que concluir, con REBOLLO PUIG, que la determinación autonómica sobre las zonas y períodos de gran afluencia turística debe ser *esencialmente reglada, aunque lo sea con conceptos jurídicos muy indeterminados, y no una decisión puramente discrecional, fruto de una libre opción de política comercial*⁸⁸. En efecto, parafraseando al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la aplicación del concepto jurídico indeterminado «zona de gran afluencia turística» sería un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal —configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto— unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de esa realidad en el sentido que el concepto legal ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional⁸⁹. Sin embargo, según parece, a la vista de su legislación de desarrollo y su ejecución, la mayoría de las Comunidades, en buena medida, sin ningún fundamento e infringiendo las bases, han interpretado que se trata de una decisión puramente discrecional⁹⁰. En todo caso, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado y, como tal, fiscalizable por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a pesar de las dificultades prácticas de este control.

Las Comunidades Autónomas han ido aprobando normas que regulan el procedimiento y la competencia para determinar las zonas y períodos de libertad de horarios por afluencia turística, así como, en su caso, criterios para concretar esos conceptos. La determinación territorial y temporal de esos enclaves de libertad de horarios se realiza *a posteriori* mediante los correspondientes actos administrativos.

En cuanto al procedimiento para esta declaración, las disposiciones autonómicas hasta el momento aprobadas han previsto que éste se inicie de oficio o a solicitud del correspondiente Ayuntamiento⁹¹, sin reconocer, por tanto, la posibilidad de instarlo a los empresarios o a sus asociaciones o Corpo-

⁸⁸ *Ibidem*, p. 670.

⁸⁹ Sobre la distinción entre potestades regladas y discrecionales, *vid.*, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 442-465.

⁹⁰ Ahora bien, la excesiva discrecionalidad administrativa en la determinación de las zonas turísticas ha sido también denunciada en sentido contrario, considerando que constituye, en ocasiones, una intolerable «vía de escape» hacia la libertad de horarios. Para evitar que se incluyan entre las «zonas de gran afluencia turística» espacios que no responden a este concepto (en particular, las zonas de segunda residencia) se propone que se fijen criterios objetivos para determinar estas zonas. *Vid.* A. CALVO LÓPEZ, «La Ley de Ordenación...», *op. cit.*, pp. 67-68.

⁹¹ Incluso, en algún caso —nos referimos al art. 4.2 del Decreto 114/1996, de 23 de julio, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha—, se exigía que el acuerdo municipal esté adoptado por la mayoría absoluta de los miembros del Pleno. Esta exigencia —señala el profesor REBOLLO—, además de resultar absurda, es contraria al art. 47.3.m) LBRL, que requiere Ley para alterar la regla general de mayoría simple («El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 671, en nota).

raciones (Cámaras de Comercio). Es criticable que a los empresarios no se les haya reconocido la legitimación para iniciar este procedimiento, puesto que la consagración en la norma básica de la libertad en las zonas de gran afluencia turística conlleva que los comerciantes tengan un verdadero derecho o cuando menos un interés legítimo en esa declaración. Es evidente que son los comerciantes los realmente interesados⁹², por ello las bases estatales imponen implícitamente que se les reconozca la posibilidad de solicitar la declaración de zona turística. En la misma línea, los empresarios estarían también legitimados «para impugnar las decisiones administrativas, o la simple inactividad, que obstaculicen la libertad que el precepto analizado les concede»⁹³.

Analizado el procedimiento para las declaraciones de «zona de gran afluencia turística», veamos a continuación cuál es el contenido de dichas declaraciones. Dado que las bases no imponen una dimensión mínima, las zonas turísticas no tienen por qué coincidir con un término municipal. Así lo reconocen la mayoría de las normas autonómicas. Por ejemplo, la Ley 8/1997, de 9 de diciembre, de Horarios Comerciales de la Comunidad Valenciana, señala que «la declaración de zona turística podrá extenderse a todo o parte del término municipal o a todo o parte del núcleo urbano» (art. 8º.3)⁹⁴. Sin embargo, alguna normativa autonómica ha entendido que las zonas turísticas han de coincidir con los términos municipales, *verbigratia*, el Decreto aragonés 24/95 sólo prevé estas declaraciones en favor de Municipios completos (art. 6). Pero, insistimos, al no establecerse una dimensión mínima de la zona turística en las bases, puede tratarse de un espacio más reducido, por ejemplo, el centro de una ciudad o su casco histórico, o yendo más lejos sólo el entorno de un monumento⁹⁵.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han considerado que son «zonas de gran afluencia turística» aquellas «en las que la media ponderada anual de la población sea significativamente superior al número de residentes o en las que tenga lugar una gran afluencia de visitantes por motivos tu-

⁹² No los Ayuntamientos, a pesar de que en alguna norma autonómica se habla de los «Municipios interesados» (art. 4 del Decreto 58/1996, de 18 de diciembre de La Rioja) o de «Ayuntamientos directamente afectados» (art. 5 del Decreto 285/1996, de 19 de diciembre, de Castilla y León).

⁹³ Suscribimos aquí, como en tantas otras ocasiones, la opinión de M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, pp. 671 y 672.

⁹⁴ En términos similares, art. 34.1 de la Ley 10/1998, de 21 de diciembre, de Régimen del Comercio Minorista en la Región de Murcia (*BOE* de 11 de marzo de 1999), art. 15.2 de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha (*BOE* de 15 de enero de 1999) o art. 31 de la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid (*BOE* de 18 de agosto).

⁹⁵ Incluso se encuentran declaraciones de zona de afluencia turística en favor de una «finca», la denominada «La Pedrona del municipio de La Losa (Segovia)» (*BOCyL* de 13 de junio de 1995), o de la «zona del Parador Nacional de la Cruz de Tejada» (*BOCan* de 5 de julio de 1995). *Apud* M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 672, en nota.

rísticos»⁹⁶. Otros criterios han sido la cantidad de visitantes diarios que se reciban o el número de alojamientos turísticos⁹⁷. Resulta sorprendente una determinación como la contenida en el artículo 31 de la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid, a tenor de la cual el procedimiento para la declaración de «zona de gran afluencia turística» deberá fundamentarse, además de en criterios tales como la relación entre la población de derecho y las plazas en empresas de actividades turísticas o los establecimientos de restauración, cafés, bares y similares, o como la descripción de atractivos turísticos que acrediten la afluencia turística, en un criterio como el del *grado de aceptación de los comerciantes afectados por el régimen de aperturas de domingos y festivos*. La subjetividad de este último parámetro es evidente y, a mi juicio, lo hace inaceptable desde el punto de vista jurídico en relación con la orientación teleológica de la norma estatal. La decisión debe basarse en criterios de legalidad, no de oportunidad, como lo es el del grado de aceptación de los comerciantes afectados⁹⁸.

Por otra parte, según establecía la LO 2/1996 y ahora además el RD-L 6/2000, en caso de turismo estacional, las disposiciones autonómicas deben señalar el período anual en el que, por darse la gran afluencia turística, procede la libertad de horarios. El *Decreto Rato* introduce novedosamente una previsión de difícil inteligencia: «*En aquellas zonas que tuviesen actualmente otorgada la calificación de zonas turísticas se mantendrá como mínimo el régimen de apertura comercial existente a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley*» (art. 43. Dos). En principio, el régimen de apertura comercial de las «zonas de gran afluencia turística» es la libertad, que se circunscribe, eso sí, a los períodos que determinen las Comunidades Autónomas. Puede entenderse que con el apartado Dos del artículo 43 se pretende que se respeten los períodos que ya estuviesen

⁹⁶ Así, art. 20.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía (*BOE* de 16 de febrero) y art. 2.1 de la Orden de 24 de julio de 1996 de la Junta de Andalucía (*BOJA* de 13 de agosto). En parecidos términos, art. 3.4 del Decreto 258/1999, de 3 de diciembre, de Castilla y León; art. 15.3 de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha; art. 34.1 de la Ley 10/1998, de 21 de diciembre, de Régimen del Comercio Minorista en la Región de Murcia.

⁹⁷ *Vid.*, respectivamente, el art. 2.1 de la Orden valenciana de 11 de mayo de 1994 (*DOGV* del 19) y el art. 3.1 del Decreto catalán de 22 de febrero de 1994 (*DOGC* de 4 de marzo).

⁹⁸ La gran afluencia de turistas es la condición que, según la norma básica estatal, determina la libertad de horarios de los comercios de la zona. Las Comunidades Autónomas están llamadas a fijar las condiciones para que un determinado ámbito territorial pueda ser considerado como de «gran afluencia turística», pero no les compete a ellas, ni tampoco a los Ayuntamientos, entrar a valorar si con la libertad de horarios se perjudica o se beneficia a los comerciantes afectados, porque tal criterio entraña la adopción de una decisión de política comercial. Como ya hemos señalado, la determinación autonómica de las zonas de gran afluencia turística debe ser esencialmente reglada, tratando de subsumir la realidad en el sentido que el concepto legal pretende y no puede ser interferida por una decisión de voluntad del aplicador. Por otra parte, no olvidemos que, como impone el art. 51.3 de la Constitución, el comercio se regulará en el marco de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios y, a todas luces, la libertad de horarios en las zonas de gran afluencia turística es una medida que favorece a los turistas-consumidores.

fijados, porque decir que se respete la libertad es una obviedad y una reiteración innecesaria.

Lo que no resulta posible, en ningún caso, es conceder la libertad de horarios sólo a ciertos tipos de establecimientos comprendidos en la zona turística⁹⁹. Las bases no lo permiten, aunque, quizá, como escribe REBOLLO PUIG, hubiera resultado lógico —dentro de la «lógica ilógica» de esas bases, añadimos nosotros— evitar que la libertad se extienda a comercios que no tienen relación con la afluencia turística que motiva la excepción; de este modo, las Comunidades podrían haber introducido diferenciaciones que no fueran arbitrarias, discriminatorias, desproporcionadas o contrarias al «marco de la libre y leal competencia»¹⁰⁰.

Otro de los problemas que puede originar la determinación de esas «zonas de gran afluencia turística» es el posible solapamiento o confluencia que, tal vez, pueda producirse con otras declaraciones de «zonas turísticas» que, en sus Planes de Ordenación Territorial del Turismo, pueden realizar algunas Comunidades Autónomas¹⁰¹. Declaraciones autonómicas que, aunque previstas para otros fines, fundamentalmente los de la promoción o fomento del turismo y la acción del planeamiento urbanístico, se hacen atendiendo a criterios similares. Pongamos un ejemplo que clarifique el problema que planteamos. La Ley 9/1997, de 21 de agosto, de Ordenación y Promoción del Turismo en Galicia (BOE, de 3 de octubre) señala que podrán ser declarados «municipios turísticos»: a) Aquéllos en los que, por la afluencia periódica o estacional, la media ponderada anual de población turística sea superior al 25 por 100 del número de residentes o el número de alojamientos turísticos superior al 50 por 100 del número de viviendas de residencia primaria; y 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 (art. 8.1)¹⁰². Pues bien, cabría preguntarse si, una vez que la Xunta de Galicia declare que un determinado territorio tiene la condición de «municipio turístico», los dueños de los establecimientos ubicados en ese municipio tienen la posibilidad de

⁹⁹ De esta opinión, REBOLLO PUIG en el artículo tantas veces citado, p. 672.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 673. Resulta inaceptable una previsión como la del art. 9.2 del Decreto de Cantabria 121/1996, de 29 de noviembre (BOC de 5 de diciembre): «Los comercios, a los que se permita la apertura, por estar situados en zonas de gran afluencia turística (...), deberán tener una extensión inferior a 2.500 metros cuadrados». Además de que, como se ha señalado, las bases no permiten ninguna distinción entre los establecimientos situados en una misma zona turística, esta previsión, encima, carece de justificación material.

¹⁰¹ Lo que, según el profesor CALONGE, puede calificarse —pomposamente—, como él mismo reconoce— de «planificación territorial» en materia turística. Vid. A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Turismo: Aspectos institucionales y actividades administrativas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.

¹⁰² El art. 30 de la LBRL contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas constituyan regímenes municipales especiales si concurren determinadas circunstancias, siendo una de ellas precisamente «el predominio en su término de actividades turísticas».

abrirlos con total libertad. O bien, sería precisa otra determinación posterior que declarara a ese mismo municipio «zona de gran afluencia turística» a los efectos de la Ley de Comercio ¹⁰³. Aunque los fines u objetivos de una y otra declaración diverjan, es posible que los criterios o medios para adoptarlas sean similares y que, en ciertos casos, se esté aludiendo a las mismas realidades que, por consiguiente, deberían también implicar idénticas consecuencias.

La interrelación existente entre el «municipio turístico» y la «zona de gran afluencia turística» es evidente. En el caso de que la declaración de «zona de gran afluencia turística» coincida con un término municipal, estamos hablando de la misma realidad y no se nos ocurren las razones que puedan conducir a un tratamiento jurídico diferenciado ¹⁰⁴. En definitiva, sostenemos que la declaración de «municipio turístico» debe llevar aparejada lógicamente la de «zona de gran afluencia turística» a los efectos de la determinación del régimen de los horarios comerciales ¹⁰⁵.

Finalmente, para concluir el análisis de las «zonas de gran afluencia turística», creemos preciso señalar que la mayoría de contradicciones y problemas que el régimen de este concepto entraña derivan, no ya del concepto en sí mismo considerado, sino de algo más general, del sistema de restricciones horarias que consagra la Ley y en el que se enmarca la excepción. Como ya pusiera de manifiesto el profesor Mauricio TRONCOSO, en su incisivo comentario a la Proposición de Ley, las restricciones horarias, amén de ineficaces, terminan provocando una serie de efectos perversos, uno de los cuales es el «aumento artificial» de las áreas turísticas. Dado que la consideración de una zona turística constituye uno de los supuestos en los que la Administración podrá excepcionalmente autorizar aperturas en domingos o festivos o fuera del horario previsto, previsiblemente se producirá un aumento distorsionado de la figura, lo que puede provocar que la excepción deje de ser tal ¹⁰⁶. No se pueden poner puer-

¹⁰³ Hasta el momento, no tenemos constancia de que en Galicia se haya aprobado ninguna norma —aunque está previsto que así se haga en la disposición adicional del Decreto de 8 de octubre de 1996 (DOG de la misma fecha)— que establezca los criterios que habrán de seguirse para fijar las «zonas de gran afluencia turística». Pero si se siguen los pasos de otras Comunidades Autónomas, es probable que establezca *ratios* en función del número de residentes y de visitantes turísticos. De manera, como se percibirá, muy similar a las *ratios* que se determinan para la declaración de «municipio turístico» en su Ley de Turismo.

¹⁰⁴ En cierta medida, la necesaria coordinación por la que abogamos se pone de manifiesto en el Decreto 258/1998, de 3 de diciembre, por el que se establece la regulación de los horarios comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para el año 1999 (BOCyL n.º 245, de 22 de diciembre). En el art. 3.º.6 establece que, a la hora de decidir si un núcleo de población tiene la consideración de zona turística, a los solos efectos de la determinación de los horarios comerciales, la Dirección General de Comercio y Consumo, a la vista de la complejidad del expediente, *podrá solicitar informe de la Dirección General de Turismo*.

¹⁰⁵ Vid. A. CALONGE VELÁZQUEZ y H. VILLAREJO GALENDE, «Municipios turísticos y horarios comerciales», *III Congreso de Turismo Universidad-Empresa* (coord. D. Blanquer), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 331 y ss.

¹⁰⁶ Vid. M. TRONCOSO y REIGADA, «Notas críticas a la Proposición...», *op. cit.*, p. 3, en nota. Ilustra su exposición con el significativo ejemplo de la solicitud del Ayuntamiento a la Comunidad Autónoma de Madrid de la declaración de todo el término municipal como zona turística, con el único objeto de sus- traer el comercio madrileño de las restricciones que incorporaba la Ley 4/1994, de 6 de junio de Calendario de Horarios Comerciales.

tas al campo, o lo que para el caso es lo mismo, a la larga, las «zonas turísticas» se terminarán convirtiendo en el resquicio por el que se cuele la libertad ¹⁰⁷.

4. Formas o modalidades de venta excluidas

Por último, debe recordarse que del régimen general de horarios, no sólo hay que excluir las actividades y zonas a que se refiere el párrafo 3º del artículo 43 Uno del RD-L 6/2000. También quedan fuera del régimen general y básico de horarios todas las actividades no comprendidas en el concepto de comercio minorista recogido en el artículo 1 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de la que —no olvidemos— la LO 2/1996 se declara complementaria. Así, la regulación de los horarios no se aplica a las actividades de comercio mayorista, las realizadas sin ánimo de lucro, las de prestación de servicios, etc. ¹⁰⁸.

Asimismo, el régimen de horarios comerciales se refiere, en la terminología del RD 6/2000 a los «comercios», «locales comerciales» o «establecimientos de venta». Tales expresiones tienen que ser entendidas de conformidad con la definición de establecimiento comercial que, a los efectos de esta legislación, ofrece el artículo 2 de la LOCM. Por ello, no están incluidas en el régimen de horarios las actividades de venta realizadas fuera de establecimiento comercial, fundamentalmente, las de venta a distancia, automática o domiciliaria; tampoco la venta ambulante o no sedentaria. La importancia de estas exclusiones es ya considerable y es de prever que en el futuro tendrán todavía más relevancia, sobre todo, las actividades de venta a distancia, especialmente las realizadas a través de internet ¹⁰⁹. Esto

¹⁰⁷ El problema será que no se tratará de una libertad para todos, sino para unos pocos; para aquellos que, por las razones que sean, consigan de la Administración regional la declaración de zona turística. Tendremos así consumidores y comerciantes de primera categoría —aquellos que se encuentran en las zonas turísticas y que pueden realizar sus adquisiciones y ventas fuera del horario «normal»— y, por otra, el resto, que se verán injustificadamente privados de esa libertad.

¹⁰⁸ Sobre las dificultades que presenta la definición del concepto de comercio nos remitimos a J.A. MANZANEDO, J. HERNANDO, y E. GÓMEZ-REINO, *Curso de Derecho Administrativo Económico*, IEAL, Madrid, 1970, p. 333; A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, pp. 149-151; J. TORNOS MAS, «Comercio Interior», en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, dir. por S. Martín-Retortillo, La Ley, Madrid, 1991, p. 558 y ss. Véanse también los comentarios que sobre el artículo 1 de la LOCM han realizado J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, et al., *La Proposición de Ley...*, op. cit., pp. 50-53; J. TORNOS MAS, «Comentario al artículo 1», en *Ordenación del Comercio...*, op. cit., pp. 35-38; E. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Conceptos básicos y principios de ejercicio de la actividad comercial», en *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 25-30 y P. ESCRIBANO COLLADO, «Conceptos básicos», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, op. cit., pp. 37-43.

¹⁰⁹ En la modalidad de venta a distancia deben entenderse comprendidas, entre otras, la venta por catálogos, la *televenta* o *teletienda*, la venta por correo o por teléfono y las realizadas a través de sistemas informáticos. Vid. J.J. MARÍN LÓPEZ, «La venta a distancia» en *Nueva ordenación del comercio...*, op. cit., p. 160. Del mismo autor, «La venta a distancia en la nueva ordenación del comercio», en *Distribución y Consumo*, n° 27, 1996, pp. 46 y ss. y también, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, n° 5, 1995, pp. 147 y ss. Las ventas a distancia han sido objeto de estudio en la Unión Europea, con el fin de ofrecer una regulación comunitaria de ámbito general, cuyos principios ha recogido la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997.

hace que el profesor REBOLLO con acierto se plantee «si las restricciones horarias sirven efectivamente de protección al comercio tradicional o son, por contra, un estímulo a estas modernas formas de comercio»¹¹⁰. El comercio electrónico no es un futurible, sino una realidad que se desarrolla a toda velocidad. No tiene por qué acabar con los canales tradicionales de distribución, pero es indudable que cubrirá los huecos de demanda que queden sin atender. En efecto, es más que probable que éste sea otro de los «efectos perversos» de una regulación restrictiva de horarios. El desarrollo de las ventas a distancia está en función directa de los horarios comerciales. De este modo, una regulación restrictiva de los horarios comerciales producirá un aumento de este sistema de ventas y a la inversa; sirva de ejemplo Alemania, país europeo que presenta un mayor índice de venta a distancia y que, a su vez, tiene la mayor limitación de horarios de Europa¹¹¹.

5. Valoración crítica de las excepciones

La larga serie de excepciones a las que nos hemos referido en páginas anteriores, suscita, amén de las particulares sobre cada supuesto que ya se han hecho, algunas apreciaciones de carácter general, tales como su falta de sistemática, su rigidez, su oscura justificación y su sentido o motivación última.

Frente a la completa asistematicidad del catálogo de regímenes especiales de la regulación vigente, es sorprendente observar el esfuerzo de sistematización realizado en algunas leyes pretéritas. Así, por ejemplo, la Ley de descanso dominical de 1904 agrupaba las excepciones en tres apartados (por la índole de las necesidades que satisfacían, por motivos de carácter técnico o por los graves perjuicios que pudieran causar al interés público) y permitía, además, que la distribución del horario mercantil quedase en manos de los gremios o de los comerciantes particulares, siempre que se respetase la jornada laboral de los dependientes del comercio. En la Ley de descanso dominical de 1940, el afán de sistematización tal vez fuese excesivo (*absolutas, relativas y otras*) pero, en cualquier caso, trataban de explicarse las razones que justificaban la no sujeción de esas actividades al régimen general.

Por otra parte, alguna de esas leyes pasadas —verbigracia, la de la jornada de la dependencia mercantil de 1918— era mucho más generosa a la hora de enumerar los establecimientos excluidos del régimen general. Y si los recordamos¹¹², comprobaremos que muchos de los supuestos exceptua-

¹¹⁰ «El régimen de horarios...», op. cit., p. 662.

¹¹¹ Como ha puesto de manifiesto R. ALONSO SOTO, «La regulación de las ventas especiales en la Ley de ordenación del comercio minorista», en *Jornadas sobre la Ley de Ordenación...*, op. cit., p. 159.

¹¹² Estas son las excepciones que relataba el art. 3 de la Ley: «1º Farmacias, tiendas de artículos de cirugía, ortopedia, sanidad y laboratorios. 2º Empresas de servicios fúnebres. 3º Cafés, fondas, hoteles, carnicerías, pescaderías, cervecerías, horchaterías, puestos de refrescos, casas de comidas que no sean a la vez tabernas o expendidoras de bebidas alcohólicas, mercados, panaderías, fruterías, verdulerías, ultramarinos, vaquerías, peluquerías y barberías. 4º Ventas de artículos de comer, beber y arder, en locales de espectáculos públicos, estacio-

dos primero en el artículo 3 de la LO 2/1996 y después en el artículo 43 Uno.3 del *Decreto Rato* ya se encontraban allí. Posiblemente, se sigan reproduciendo por mimesis o inercia legislativa, pero no olvidemos que han transcurrido muchos años desde que se aprobara aquella Ley y que las necesidades de entonces, es obvio, no son las de hoy.

Sin embargo, cualquier esfuerzo por encontrar las causas que determinan las excepciones de la legislación actual resulta estéril. Incluso los escolásticos medievales y posteriores, siguiendo a Santo Tomás, hicieron un esfuerzo intelectual por justificar las excepciones a la santificación de las fiestas. Se admitían las excepciones porque la determinación del domingo y otras festividades era cuestión de Derecho eclesiástico positivo. Ahora bien, esas excepciones debían basarse en la necesidad. Y, en el caso del comercio, se entendía que existía verdadera necesidad del mercado en domingo si podía probarse que, sin su celebración, la ciudad sufriría problemas de desabastecimiento ¹¹³.

Ni el más mínimo atisbo de racionalidad o de sistematicidad se vislumbra en esta regulación, lo que acrecienta su irracionalidad y deplorable técnica legislativa. Y los problemas eran más acuciantes antes de la aprobación del *Decreto Rato*. Si el objetivo de la LO 2/1996 era proteger al pequeño comercio, resulta difícil explicar, por ejemplo, que no se incluyeran entonces entre las excepciones las pequeñas tiendas de ultramarinos, las llamadas «tiendas de la esquina» o «pan y leche» ¹¹⁴; comercios que, precisamente, cifran gran parte del volumen de sus ventas durante el domingo. O la ausencia, también, de las churrerías. Hoy, sin embargo, esos comercios pueden beneficiarse de la libertad que se concede a los establecimientos de menos de 300 metros cuadrados, siempre que no superen esa superficie de venta y no formen parte de un grupo de distribución. A pesar de que sigue sin optarse por la libertad plena de todo comerciante, al menos, los pequeños ya pueden beneficiarse de ella; aunque, a juzgar por las aceradas críticas que ha originado la medida, no parecen muy dispuestos a hacerlo.

Desde otro punto de vista, debe dejarse constancia de que el catálogo de excepciones sigue siendo cuantioso, máxime si consideramos el elevado número de establecimientos a los que se les otorga libertad en razón de su tamaño. Ya hemos aludido a las discriminaciones injustificadas que con ese catálogo se introducen. Pero es que, además, las numerosas excepciones ponen en evidencia graves incongruencias en la aplicación de la Ley que inducen a pensar que no es precisamente el «interés público» lo que está debajo

nes, trenes y buques. 5º Venta y distribución de periódicos y revistas en cualquier lugar. 6º Casa de baños. 7º Expendurías de las Compañías Arrendatarias de Tabacos y Timbres del Estado. 8º Cajas de Ahorros y Montes de Piedad. 9º Cualquier otro establecimiento similar a los anteriores (...).

¹¹³ Un tratamiento *in extenso* de esta cuestión, en H. VILLAREJO GALENDE, *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 28-36.

¹¹⁴ Las *Tante-Emma-Laden* en Alemania, esas «tiendas de las faltas» a las que uno acude en domingo en busca del arroz que se le ha olvidado comprar para hacer la paella o el litro de leche para desayunar.

de la reticencia de los legisladores (el estatal y, sobre todo, los autonómicos) a implantar un régimen de libertad de horarios. ¿Cuáles son, en definitiva, las causas que justifican cada uno de los regímenes especiales? ¿Están actuando el Estado o las Comunidades Autónomas como benevolentes guardianes del interés público, buscan realmente la mejora de la sociedad, están protegiendo a los miembros de la comunidad de los efectos indeseables que tendría el funcionamiento del mercado sin trabas? ¿Se restringe la actividad comercial en domingo para salvaguardar las necesidades de alguien? Los escolásticos, lo hemos dicho antes, veían en la necesidad la justificación última para autorizar las ventas en domingos. ¿Cuál es aquí la necesidad?

Mientras no cabe duda de que las restricciones de las ventas en domingo otorgan beneficios a algunos individuos, la cuestión de si ello promueve el interés general público depende de la magnitud de cada beneficio relativo en relación con los efectos negativos impuestos a otros individuos, especialmente los consumidores. Por ejemplo, es curioso que aparentemente no se perciba necesidad alguna de proteger a las familias de los empleados que suministran los «bienes esenciales» del fin de semana (gasolina, flores, películas, museos, periódicos...). ¿Quién tiene y quién no tiene derecho al descanso? ¿Quién y por qué razón ha de trabajar para que otros descansen? ¿Por qué —debemos preguntarnos— la unidad de la familia se ve amenazada por la venta de jarrones o de jamón en domingo, pero no por la de flores o pan?¹¹⁵ Además, ¿por qué los ciudadanos de algunas Comunidades Autónomas necesitan regulación del comercio en domingo, mientras ésta es innecesaria para los ciudadanos de otras Comunidades? O, ¿por qué es socialmente más deseable que un objeto determinado sea vendido en una «tienda de conveniencia» en lugar de en una gran superficie? O, en fin, ¿por qué no puedo comprar en mi barrio y sí unos metros más allá, en el centro de la ciudad, que tiene la consideración de «zona de gran afluencia turística»?

En muchos casos, el problema que entraña esta justificación de las excepciones es qué ha de entenderse por esparcimiento. Podemos preguntarnos qué es ocio y qué no lo es¹¹⁶. El ocio supone la cesación del trabajo, pero, ¿implica la total omisión de cualquier actividad? ¿Queremos, acaso, imponer el rigor de la ley mosaica? Y, por otro lado, ¿es que alguien puede determinar a qué podemos dedicar el tiempo libre? ¿Podemos ir al cine, a un concierto o a un evento deportivo y no «ir de compras» a unos grandes almacenes? ¿Podemos arreglar el jardín y no adquirir las herramientas para hacerlo? ¿Pintar cuadros sin lienzo ni óleos? ¿Puede una familia reunirse y

¹¹⁵ Vid. D.N. LABAND, y D.H. HEINBUCH, *Blue laws. The History, Economics and Politics of Sunday-Closing Laws*, Lexington Books, Massachussets, 1987, p. 139. Su ejemplo, referido a las leyes que obligaban a cerrar en domingo en algunos Estados de EE.UU, es en concreto por qué se permite vender martillos pero no herramientas de jardín.

¹¹⁶ Sobre el particular, desde una perspectiva estrictamente jurídica, A. ALLUÉ BUIZA, «El derecho al ocio y el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos», en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Ed. Bosch, Madrid, 1998, pp. 235-241.

comer el domingo en un restaurante y no pueden hacer la compra juntos para preparar la comida en casa? Acaso, repetimos, ¿alguien puede planificar nuestro ocio o nuestro *modus vivendi*? ¿O es que puede admitirse que el desarrollo de la actividad comercial en domingo implica una grave amenaza para la sociedad? El comercio, la compra o la venta de mercancías, ¿es perjudicial *per se* para los ciudadanos?

En conclusión, si con la Ley en la mano es imposible responder a estas preguntas y a otras muchas que podrían formularse, si no acertamos a encontrar razones que motiven o justifiquen las excepciones, no podemos conformarnos con atribuir, sin más, tan delirante régimen a la locura de los miembros de nuestro Parlamento. Alguna razón habrá.

No nos engañemos, la decisión política de restringir los horarios del comercio está motivada por intereses propios de los políticos y de los miembros de la comunidad ¹¹⁷. A través del mecanismo de limitar los horarios, los políticos tienen el poder de conferir beneficios específicos a determinados individuos o grupos. Esos individuos o grupos reconocen que el poder de los políticos para elaborar regulaciones que influyan en los resultados del mercado puede ser explotado para crear oportunidades que les sean beneficiosas. Su deseo de obtener beneficios económicos, unido al deseo de los políticos de alcanzar un éxito electoral y de tener la capacidad de definir o redefinir las estructuras del mercado genera las condiciones de un mutuo intercambio beneficioso entre los políticos y aquéllos que buscan extraer una ganancia de la regulación económica ¹¹⁸. Desde esta perspectiva, se pone en duda que la restricción del comercio en domingo sirva al interés público. Parece que los grupos de interés políticamente mejor organizados obtienen beneficios a expensas del peor organizado y, sin embargo, mucho más numeroso, grupo de consumidores. El interés público se ve desplazado por el interés privado. Y, desde este punto de vista, puede también ser interpretado el régimen de excepciones que diseña la regulación actual. Al margen de que algunos supuestos sean admitidos, en gran medida, por inercia histórica (panadería, prensa, floristería...), llama la atención que las «excepciones novedosas» (zonas de gran afluencia turística, productos culturales, puntos fronterizos...) son, en el fondo, instrumentos en manos de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, que pueden decidir con grandes dosis de discrecionalidad,

¹¹⁷ Seguimos en este punto la línea argumentativa del análisis económico del Derecho, que cuestiona la validez de la visión del Estado como guardián benevolente del interés público. *Vid.*, entre otros, G. J. STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», *BJEMS*, n.º 2, primavera 1971, pp. 3-21; R. POSNER, «Theories of Economic Regulation», *BJEMS*, n.º 5, otoño 1974, pp. 335-358 y S. PELTZMAN, «Toward a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, n.º 19, agosto 1976, pp. 211-240.

¹¹⁸ En el caso de la LO 2/1996 es posible reconocer quiénes han sido los políticos y quiénes los grupos de interés. Como es sabido, la Ley tuvo su origen en la Proposición de Ley de CiU, conocida defensora de los intereses del comercio minorista. Existía, por tanto, un fuerte componente de clientelismo político, donde el proteccionismo a ultranza del pequeño «botiguero», se consideraba más rentable, en términos electorales, que la defensa de los intereses de los consumidores. *Vid.* G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales...*, *op. cit.*, p. 61.

como hemos visto, qué productos pueden considerarse culturales o a quién se le concede el privilegio de vender con plena libertad por estar en una zona turística. Y es que no puede olvidarse que en las excepciones se está considerando que la libertad es un privilegio, un verdadero favor con el que las Comunidades Autónomas podrán premiar a sus clientes. Quizá este análisis resulte inadmisibles para algunos, pero, de lo contrario, ante la imposibilidad de encontrar una mínima coherencia en el sistema «reglas-excepciones», nos veríamos abocados a afirmar la estulticia o la demencia de nuestros políticos¹¹⁹. Y nada más lejos de nuestra voluntad.

V. INFRACCIONES Y SANCIONES¹²⁰

El primer inciso del apartado 4º del artículo 43.Uno del RD-L 6/2000 dispone —como antes lo hiciera la regla 4ª del artículo 3 de la LO 2/1996— que «*las Comunidades Autónomas establecerán el sistema sancionador aplicable a las infracciones a la normativa que dicten en relación con calendarios y horarios comerciales*». Esta previsión debe ser estudiada teniendo presente el sistema sancionador que diseña la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista en su Título IV.

Según el artículo 64 b) LOCM, «*la realización de actividades comerciales en horario superior al máximo que, en su caso se haya establecido*» tendrá la consideración de infracción leve. Mientras que «*la realización de actividades comerciales en domingos y días festivos en los casos de prohibición*» se define como infracción grave en el artículo 65.1 e) LOCM¹²¹.

Como recuerda el profesor REBOLLO PUIG, la regulación estatal básica únicamente establece un marco dentro del cual las legislaciones autonómicas pueden introducir limitaciones a los horarios comerciales. No impone directamente ninguna limitación y, por tanto «ningún comerciante puede transgredir directamente las normas básicas de horarios». Lo que los comer-

¹¹⁹ «Una persona estúpida es una persona que causa un daño a otra sin obtener, al mismo tiempo, un beneficio para sí o incluso obteniendo un perjuicio». Vid. J.F. CORONA RAMÓN, *Homo Stultus, Homo Sapiens. Los humanos vistos por un economista*, CEDECS, Barcelona, 1996, p. 25. Aplicando el análisis coste-beneficio a los comportamientos de los seres humanos, establece un clasificación cuatripartita: además del estúpido, incauto (si su acción le reporta pérdidas pero beneficia a otras personas), inteligente (si le reporta beneficios para él y para otros) y malvado (si le reporta beneficios pero perjudica a otros).

¹²⁰ Sobre el régimen sancionador de la Ley 7/1996, vid. J.F. MESTRE DELGADO, «Régimen sancionador», *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 527 y ss.; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, «Comentario al Título IV: Infracciones y sanciones», *Ordenación del Comercio...*, op. cit., pp. 456 y ss.; J. M. GUTIÉRREZ DELGADO, «Régimen sancionador en la nueva ordenación del comercio minorista», en *Nueva ordenación...*, op. cit., pp. 175 y ss. Un comentario específico de las infracciones y sanciones del régimen de horarios establecido en la LO 2/1996 en M. REBOLLO PUIG, «El régimen de horarios...», en *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 673 y ss.

¹²¹ La precisa descripción que realizan ambos preceptos satisface las exigencias del principio de tipicidad recogido en el art. 129 de la LRJAP. Un estudio del principio de tipicidad en relación con la regulación que estamos comentando en J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, «Comentario al Título IV: Infracciones...», op. cit., pp. 477- 482.

cientes pueden infringir es la regulación autonómica dictada de conformidad con las bases estatales. En consecuencia, los artículos 64 *b*) y 65.1 *e*) LOCM, no están respaldando unas inexistentes limitaciones básicas sobre horarios ¹²².

Por otra parte, tampoco puede entenderse que estos preceptos sean el «respaldo represivo de la normativa estatal supletoria». Como ya se ha explicado, en defecto de disposiciones autonómicas reguladoras de los horarios, regirá la plena libertad de horarios (art. 43.Uno.4 del RD-L 6/2000 en relación con el 2 de la LO 2/1996). A nadie se le escapa que si se aplica el régimen supletorio de libertad no hay posibilidad de cometer infracciones por incumplimiento de las limitaciones sobre horarios ¹²³.

VI. CONCLUSIONES

La regulación actual de los horarios comerciales contenida en el RD-L 6/2000 se limita a reproducir en gran medida una norma anterior: la LO 2/1996. En ambos casos, parece que se parte de la idea de que la libertad de horarios es el régimen que debe establecerse en un medio plazo que cada vez se hace más largo. Se podía haber ido directamente a esa libertad y establecerla sin más paliativos, pero otra vez ha vuelto a primar ese papel que últimamente vienen jugando los Poderes públicos de mediación entre el pequeño comercio y las grandes superficies.

A modo de conclusión, resulta obvio que la crisis por la que atraviesa el pequeño y mediano comercio no es sólo coyuntural, es decir, provocada por una crisis económica en general o por el afianzamiento en el mercado de las grandes superficies comerciales; sino que, al contrario, dicha crisis es más profunda, es estructural y, por tanto, debida a numerosas causas de muy difícil solución, como, por ejemplo, el excesivo número de comercios, la obsolescencia en los sistemas de ventas, compras y distribución, los cada vez mayores gastos en Seguridad Social, los impuestos municipales y, sobre todo, el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) ¹²⁴.

Por todo ello la posible viabilidad futura del pequeño y mediano comercio no depende de la regulación o no de los horarios comerciales. Si así fuera, estaríamos realizando un planteamiento excesivamente simplista de la crisis del comercio español. Además, como afirma PORFIRIO CARPIO, con expresividad y razón, «seguramente ni un solo comercio que, por las causas antes expuestas, se encuentre en trance de desaparecer (...) se salvará si se limita el horario de apertura de los comercios» ¹²⁶.

¹²² Vid. M. REBOLLO PUIG, «El régimen de los horarios...», *op. cit.*, p. 673 y 674.

¹²³ *Ibidem*, p. 673.

¹²⁴ Estos argumentos y los que se exponen a continuación pueden verse en L.J. PORFIRIO CARPIO, «La libertad de horarios...», *op. cit.*, pp. 18 y 19.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 18.

Por supuesto que el conflicto real existe y que no tiene una fácil solución desde un punto de vista jurídico y legislativo. Por una parte, es cierto que las grandes superficies han supuesto la creación de un número importante de puestos de trabajo; pero, por otra, no lo es menos que miles de éstos del pequeño y mediano comercio están en peligro por las dificultades para competir con las grandes superficies.

A pesar de todo lo expuesto, hay un hecho que cada día es más evidente y que no puede soslayarse: los consumidores prefieren las grandes superficies. Sin lugar a dudas, a esta preferencia ha ayudado la mentalidad empresarial un tanto arcaica del tradicional pequeño comerciante, que sigue confiando en los sistemas de gestión tradicionales y se muestra reacio a innovar o a asociarse con otros pequeños comerciantes.

Quizá la solución a los problemas del sector sea mucho más fácil de lo que a primera vista parece: el pequeño o mediano comercio, el comercio con precios competitivos, con un adecuado trato al cliente y con especialización en los productos ofertados casi nunca va a tener graves problemas. Y, si los tuviera, en ningún caso, la limitación de la libertad comercial sería la solución. Esperemos que nuestros legisladores (el estatal y, sobre todo, los autonómicos) valoren en su justa medida la libertad y rectifiquen su afán regulador de los horarios comerciales.

DOCUMENTOS

