|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 34/2018 |
| Fecha | de 21 de marzo de 2018 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 5332-2017 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 5332-2017 |
| Fallo | 1º Mantener la suspensión de los artículos 20.6, 37.1 j) y k) y 37.2, de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias.2º Levantar la suspensión de los artículos 8.3, 36.2 b), 38.5 y 6, 69, 72.1 b) y de la disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017 anteriormente citada. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de noviembre de 2017, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 8.3, 20.6, 36.2 b), 37.1 j) y k), 37.2, 38.5 y 6, 69, 72.1 b) y disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias. La citada Ley fue publicada en el “Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña” núm. 7426, de 3 de agosto de 2017. El Abogado del Estado invocó los artículos 161.2 CE y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a fin de que se produjera la suspensión de los preceptos impugnados.

2. Por providencia de 13 de diciembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad.

Se acordó, asimismo, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el artículo 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, así como al Gobierno y al Parlamento de Cataluña, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran pertinentes. Excepcionalmente, y con el fin de evitar un conflicto en la defensa de los intereses del Estado y de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se acuerda simultáneamente la suspensión del plazo para que el Gobierno de Cataluña pueda personarse y formular alegaciones, en tanto el Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 5 del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, ejerza las funciones y competencias que corresponden al Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

La providencia también acuerda tener por invocado el artículo 161.2 CE por parte del Presidente del Gobierno, lo que, a su tenor y conforme dispone el artículo 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada, desde la fecha de interposición del recurso —3 de noviembre de 2017— para las partes del proceso, y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el “Boletín Oficial del Estado” para los terceros, lo que se comunica a las autoridades de la Comunidad Autónoma.

Por último, también se ordena publicar la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya”. El recurso se publicó en el “Boletín Oficial del Estado”, núm. 309, de 21 de diciembre de 2017.

3. Por escritos registrados en este Tribunal los días 20 de diciembre de 2017 y 5 de febrero de 2018, la Presidenta del Congreso de los Diputados, y el Presidente del Senado, comunicaron respectivamente los acuerdos de las Mesas de cada una de las dos Cámaras de personarse en este procedimiento, y de ofrecer su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

4. La Letrada del Parlamento de Cataluña, obrando en nombre y representación de la Cámara, y mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de diciembre de 2017, comunicó la resolución de la Presidencia del Parlamento de Cataluña, de 21 de diciembre de 2017, de personarse en el procedimiento, y solicitó una prórroga del plazo concedido para formular alegaciones. Por providencia de 2 de enero de 2018, el Pleno de este Tribunal acordó tenerla por personada y prorrogarle en ocho días más el plazo inicialmente concedido.

5. El 24 de enero de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal el escrito de alegaciones de la Letrada del Parlamento de Cataluña, que solicitó la íntegra desestimación del recurso. Mediante otrosí digo, solicitó el levantamiento anticipado de la suspensión, amparándose para ello en la consolidada jurisprudencia constitucional que admite el levantamiento de la suspensión sin necesidad de agotar el plazo de cinco meses, así como en la naturaleza excepcional de la institución suspensiva del artículo 161.2 CE.

Entiende el Parlamento de Cataluña que, a la hora de adoptar la decisión de mantener o levantar la suspensión de la vigencia de las normas impugnadas, es necesario ponderar los intereses públicos y privados concernidos por los preceptos suspendidos y los eventuales daños al interés general o de terceros derivados de su vigencia. Y, acudiendo a tal análisis, entiende esta parte que el Tribunal debería levantar la suspensión de los artículos 8.3, 20.6, 36.2 b), 37.1 j) y k), 37.2, 38.5 y 6, 69, 72.1 b) y disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017. Estos preceptos, referidos a la regulación de la materia de comercio interior, horarios comerciales y regulación de municipios turísticos, gozan de presunción de constitucionalidad, de manera que se sustenta la necesidad de levantamiento de la suspensión de vigencia, en la preservación de los intereses públicos cuya tutela tienen encomendada la Generalidad, relativos a la defensa de consumidores y usuarios, y a la preservación de un modelo comercial que cohoneste los intereses ciudadanos, tanto de consumidores, como de comerciantes, con las exigencias de una ordenación territorial y urbanística sostenible.

A juicio de esta parte, el mantenimiento de la suspensión del impugnado artículo 8.3 impide a los consumidores proteger su derecho a ser atendidos en la lengua oficial que escojan, de acuerdo con lo establecido en los artículos 3.2 CE y 34 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) y en la Ley del Parlamento de Cataluña 22/2010, de 20 de julio, del código de consumo de Cataluña. Por lo que hace a los intereses públicos o generales afectados, en el supuesto de una futura declaración de inconstitucionalidad, ninguno se vería afectado, como no lo haría tampoco ningún interés particular o privado, toda vez que los comerciantes no verán afectados sus intereses económicos, ni su volumen de ventas.

Por lo que hace a la suspensión del artículo 72.1 b), su mantenimiento impide el ejercicio de la potestad sancionadora también en relación con los apartados del artículo 8 de la Ley 18/2017 que no han sido impugnados, lo que exige que el Tribunal deslinde los tipos infractores afectados por el artículo 72.1 b) excluyendo de la suspensión por ser plenamente constitucionales la posibilidad de que la administración de la Generalitat pueda imponer una sanción por incumplimiento de lo establecido en los apartados primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 72.1 b) de la norma impugnada. En síntesis, por lo que hace a los apartados primero, tercero, cuarto y quinto del artículo 8, a que se refiere el artículo 72.1 b) y la disposición transitoria primera de la ley de igualdad, entiende el Parlamento de Cataluña que deben ser excluidos del enjuiciamiento de la suspensión por no tener conexión material con lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 8 de la Ley impugnada.

En relación con el artículo 20.6 de la Ley 18/2017, relativo a la venta en rebajas, el levantamiento de la suspensión no provocaría daño alguno, ni al interés general ni a terceros, porque el apartado en cuestión no conculca la libertad del comerciante para poder elegir el momento para llevar a cabo este tipo de venta especial de acuerdo con sus particulares intereses.

Por su parte, el mantenimiento de la suspensión de los artículos 36.2 b), 37.1 j) y k) y 37.2, a lo largo de la tramitación del presente recurso comportaría una desregulación casi completa de los días y horario de apertura comercial, lo que a su vez generaría el desplazamiento de la demanda de unas franjas horarias a otras y de unos formatos comerciales en detrimento del comercio integrado en los centros urbanos, lo que podría llevar a la destrucción prácticamente irreversible del modelo comercial de Catalunya. Las medidas desreguladoras, por su propia esencia, no tienen costos de implementación, mientras que la reversión del proceso liberalizador entraña enormes dificultades, dado que la destrucción del tejido comercial urbano es de difícil regeneración.

Asimismo, debiera levantarse la suspensión de los apartados quinto y sexto del artículo 38, puesto que ello no supondría daño alguno al interés general o de terceros, en la medida en que, la desestimación por silencio administrativo que regulan, tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo que resulte procedente, sin perjuicio de que la administración competente deba dictar la resolución expresa correspondiente. Y por lo mismo sería preciso levantar la suspensión del artículo 69, que detalla unos plazos de prescripción de las infracciones y sanciones distintos de los establecidos en la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista, por cuanto el artículo 30 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, permite la existencia de diversos plazos de prescripción, en función de las leyes reguladoras de las infracciones y sanciones, no suponiendo tal diversidad, asumida en la Ley citada, un daño al interés general o a terceros.

Por último, y respecto de la disposición transitoria primera, que establece criterios de aplicación derivados de la entrada en vigor de la nueva Ley a situaciones reguladas por el marco legal al que sustituya, en lo que se refiere a las zonas calificadas como turísticas e efectos de la excepción prevista en materia de horarios comerciales, también se solicita el levantamiento de la suspensión. En este caso se argumenta que el levantamiento de la suspensión de la disposición transitoria primera de la Ley no conlleva perjuicio para el interés general ni para terceros, puesto que las excepciones otorgadas en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, mantienen una vigencia de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley, en el caso de los municipios que deban declarar obligatoriamente una zona turística, y en caso de que la excepción sea aplicable a todo el término municipal (cosa que sucede solo en Barcelona y Tarragona), se aplica también subsidiariamente la Ley 1/2004, extendiéndose a todo el municipio la excepción de zona turística si la Comunidad Autónoma no hubiera aprobado la excepción en cuestión.

6. El Pleno, por providencia de 13 de febrero de 2018, dada la proximidad de finalización del plazo de cinco meses, que establece el artículo 161.2 CE desde que se produjo la suspensión de la Ley impugnada en este recurso de inconstitucionalidad, acordó oír a las partes personadas, concretamente al Abogado del Estado, para que, en el plazo de cinco días, expusiera lo que considerase conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

7. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 21 de febrero de 2018, evacuó el trámite conferido, interesando el mantenimiento de la suspensión.

Tras exponer la jurisprudencia constitucional en materia de mantenimiento o levantamiento de la medida cautelar adoptada ex artículo 161.2 CE, la Abogacía del Estado entiende que la argumentación que se le exige a la hora de instar el mantenimiento de dicha medida se refiere a la previsibilidad de los perjuicios en el caso de levantarse la suspensión y, a su vez, a la existencia de fumus boni iuris en relación con la posición de esta parte, presunción que se halla conectada con el grado de unidad legislativa que ha de tener la regulación derivada o aprobada en ejecución de la competencia legislativa estatal, al menos a nivel básico, para todo el país. Dicho en otros términos, el Abogado del Estado sostiene que la finalidad de una medida cautelar, además de prevenir perjuicios materiales en el sentido más patrimonial del término, puede consistir también en asegurar provisionalmente que aquella de las partes litigantes cuya pretensión resultaría presumiblemente de estimación final, sobre todo por razón del sentido de la jurisprudencia anterior sobre cuestiones muy similares o idénticas, vea al menos momentáneamente mantenido el statu quo similar al confirmado por pronunciamientos anteriores reiterados.

A partir de este razonamiento, la Abogacía del Estado detalla, para sostener su solicitud de mantenimiento de la suspensión, los siguientes argumentos:

a) la vigencia de la norma impugnada produciría perjuicios económicos cuantificables, por cuanto los establecimientos comerciales de Cataluña no se beneficiarían de la legislación estatal liberalizadora, siendo prueba de ello, entre otras, que la Comunidad Autónoma Catalana ha visto reducir entre 2000 y 2017, en mayor media que en el resto de España, su número de establecimientos de comercio al por menor (un 13,5 por 100 frente a un 7.1 por 100), que la ocupación laboral en el subsector del comercio minorista ha experimentado un menor incremento que en el conjunto de España y que el Índice de precios al consumo (IPC) ha aumentado en Cataluña más que en el resto de España. En relación con este argumento, las alegaciones de la Abogacía del Estado se remiten a un informe denominado “informe sobre elementos de valoración para el análisis de los perjuicios que el levantamiento de la suspensión de determinados preceptos de la Ley 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias de Cataluña, recurrida ante el Tribunal Constitucional, pudiera causar a los intereses del Estado o de particulares”, elaborado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, y aportado, como anexo, al escrito de alegaciones.

b) es doctrina del Tribunal Constitucional que el mantenimiento de la suspensión se pueda acordar, excepcionalmente, con arreglo a otros criterios que no tengan que ver con la valoración de los perjuicios de imposible o difícil reparación que ello generaría, siendo uno de esos criterios excepcionales “el criterio del fumus boni iuris, que resulta aplicable cuando los preceptos impugnados, sobre los que versa el incidente de suspensión, contienen previsiones muy similares (una ‘similitud intensa o coincidencia literal’) con otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas por Sentencia de este Tribunal” (con cita de los AATC 78/(1987, de 22 de enero, FJ 2; 18312011, de 14 de diciembre, FJ 4; 18212015, de 3 de noviembre, FJ 6; 41/2016, de 16 de febrero, FFJJ 2 y 3, y 17112016, de 6 de octubre, FJ 3).

El Abogado del Estado expone que la STC 211/2016, de 15 de diciembre, declaró inconstitucionales y nulos los artículos 1.2 a) y b); los incisos “domingo y lunes de pascua” y “25 y 26 de diciembre” del artículo l .2 e); el inciso “los que solo son accesibles desde el interior de…”, del artículo 2.1 b); el artículo 2.1 i) y el artículo 2.2, todos ellos de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de horarios comerciales, en la redacción dada por el Decreto-ley 4/2012, de 30 de octubre, de medidas en materia de horarios comerciales y determinadas actividades de promoción, así como el inciso “dentro de los siguientes períodos estacionales” y las letras a) y b) del artículo 5 del Decreto-ley 4/2012, de 30 de octubre. Y que esos preceptos, declarados inconstitucionales y nulos, eran muy similares a los ahora impugnados.

Tras presentar la dicción literal de los preceptos declarados inconstitucionales, y la redacción de los que ahora se impugnan, esta parte concluye que ambas normas, la declarada inconstitucional y la que conforma el objeto del presente recurso, son disposiciones limitativas de la libertad comercial que van en la misma línea reguladora, restrictiva de la regulación general establecida por la norma básica estatal sobre la materia o incidente en la misma, como señala la STC 211/2016, que concluye con un proceso constitucional en el seno del cual el Tribunal decidió mantener la suspensión de la vigencia de la norma entonces recurrida (con cita del Auto de 5 de junio de 2013). En la misma línea, y con la intención de acreditar la concurrencia del fumus boni iuris, el Abogado del Estado cita también la STC 25/2017, de 16 de febrero, que declaró inconstitucionales y nulos los artículos 1.2 b), 2.1, letras i) y j), 3.1, 3.2 y 16.10, en el inciso “en los siguientes períodos estacionales” y las letras a) y b ), de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2014, de 19 de febrero, de horarios comerciales y de medidas para determinadas actividades de promoción.

Para concluir, el Abogado del Estado reitera que, en razón de las repeticiones normativas y entendiendo que los preceptos objeto de recurso de inconstitucionalidad constituyen incumplimientos de las sentencias anteriormente recaídas sobre la misma materia, la actividad normativa de la Comunidad Autónoma, a través de la aprobación de la Ley 18/2017, de 1 de agosto, es contraria a la lealtad institucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente resolución consiste en determinar, de acuerdo con el artículo 161.2 CE, si procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia de los artículos 8.3, 20.6, 36.2 b), 37.1 j) y k), 37.2, 38.5 y 6, 69, 72.1 b) y disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias, que se encuentran suspendidos en su aplicación, como consecuencia de la invocación de los artículos 161.2 CE y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al promoverse el recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno.

El Abogado del Estado, como se detalla de modo más preciso en los antecedentes, fundamenta su solicitud de mantenimiento de la suspensión cautelar de esas concretas previsiones, de un lado, en las pérdidas económicas previsibles, de recuperarse la vigencia de las normas impugnadas, vinculando las mismas a la reducción de las medidas liberalizadoras de horarios que se contemplan en la norma estatal, y que se derivarían de la aplicación de la norma autonómica impugnada. De otro lado, sostiene la necesidad de aplicar, en este caso, el fumus boni iuris, entendiendo que la norma impugnada presenta similitudes y denota una línea de continuidad con las normas, de la misma Comunidad Autónoma, declaradas inconstitucionales por las SSTC 211/2016, de 15 de diciembre, y 25/2017, de 16 de febrero.

Por su parte, la Letrada del Parlamento de Cataluña ha instado el levantamiento de la suspensión de la aplicación de la Ley en su totalidad, invocando la presunción de constitucionalidad, y la necesidad de preservar tanto un modelo comercial autonómico que cohoneste los intereses ciudadanos con las exigencias de una ordenación territorial y urbanística sostenible, como los intereses públicos cuya tutela tienen encomendada la Generalitat, relativos a la defensa de consumidores y usuarios.

2. Como el Tribunal sostiene, sistemáticamente, en los autos en los que se pronuncia sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión automática ex constitutione (art. 161.2 CE) de las disposiciones autonómicas impugnadas por el Gobierno, este tipo de pronunciamiento debe ser autónomo, respecto del procedimiento principal en el que se dilucida la constitucionalidad de las normas recurridas, al poseer una naturaleza genuinamente cautelar. En ese sentido, la suspensión acordada cautelarmente tiene carácter excepcional, debido a la presunción de legitimidad de que gozan las leyes en cuanto expresión de la voluntad popular, mientras no se constate que han infringido la Constitución (por todos, ATC 277/2009, de 10 de diciembre, FJ 2).

Esa excepcionalidad exige, de la decisión que debe adoptar el Tribunal Constitucional, respecto del mantenimiento o levantamiento de este tipo de medida cautelar, el recurso a cánones de razonamiento estrictos, siendo que la propia doctrina previamente desarrollada, en un sinnúmero de pronunciamientos, ha identificado de manera clara e incontrovertida dichos cánones.

De un lado, es reiterada nuestra doctrina según la cual, para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de una medida cautelar de suspensión de vigencia de una disposición autonómica, es necesario ponderar los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, así como los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Acudiendo a esta doctrina, el Tribunal debería realizar una ponderación, que es propia de este incidente cautelar, recordando que han de resultar ajenas a tal ponderación consideraciones que traten de vincular el levantamiento o ratificación de la suspensión a la solución que, en su caso, pudiera darse a la cuestión de fondo objeto del debate sobre el que versa el proceso (en este sentido, por todos, AATC 114/2011, de 19 de julio, FJ 4; 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 2; 60/2013, de 26 de febrero, FJ 2; 265/2014, de 4 de noviembre, FJ 2; 67/2015, de 14 de abril, FJ 1, y 157/2016, de 20 de septiembre, FJ 3). En coherencia con esta construcción jurisprudencial, el Tribunal ha venido sosteniendo que la valoración que le compete ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas, recordando que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno de la Nación, a quien se debe la iniciativa, aporte y razone con detalle los argumentos que la justifiquen, pues debe partirse en principio de la presunción de constitucionalidad de las normas objeto de recurso (por todos, AATC 24/2011, de 3 de marzo, FJ 2, y 44/2011, de 12 de abril, FJ 2).

De otro lado, y junto a la línea jurisprudencial anterior, el Tribunal también ha admitido que el mantenimiento de la suspensión se pueda acordar, excepcionalmente, con arreglo a otros criterios o consideraciones, sin entrar a valorar los perjuicios de imposible o difícil reparación que ello generaría. El ATC 11/2018, de 7 de febrero, sintetiza los elementos conformadores de esta doctrina, afirmando “que, entre esos criterios excepcionales, se identifican tanto la constatación del bloqueo de competencias estatales (con cita del ATC 63/2015, de 17 de marzo), como el criterio del fumus boni iuris, que resulta aplicable cuando los preceptos impugnados, sobre los que versa el incidente de suspensión, contienen previsiones muy similares (una “similitud intensa o coincidencia literal”) con otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas por Sentencia de este Tribunal (así, AATC 78/1987, de 22 de enero, FJ 2; 183/2011, de 14 de diciembre, FJ 4; 182/2015, de 3 de noviembre, FJ 6; 41/2016, de 16 de febrero, FFJJ 2, y 3, y 171/2016, de 6 de octubre, FJ 3)” (ATC 11/2018, FJ 3).

3. En el presente procedimiento, el Abogado del Estado acude a dos líneas argumentales para sostener el mantenimiento de la suspensión de la totalidad de los preceptos impugnados.

La primera de ellas, parece reconducirse a nuestra jurisprudencia sobre la ponderación de los intereses que se encuentran concernidos, a la hora de adoptar la decisión de levantamiento o de mantenimiento de la suspensión, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, así como a la ponderación de los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión.

Ahora bien, el escrito de alegaciones de la Abogacía del Estado, sin identificar los intereses concernidos respecto de cada uno de los preceptos impugnados, ni los perjuicios de imposible reparación que se derivarían del levantamiento de la suspensión de esos preceptos, individualmente considerados, hace una remisión genérica al informe elaborado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Ese informe dice avalar “lo perjudicial que está siendo para la Comunidad Autónoma de Cataluña el apartarse de las medidas previstas en la legislación básica”, sin especificar a cuáles concretamente se refiere. En la misma línea se argumenta que las medidas liberalizadoras del comercio y que permiten “un régimen más flexible de aperturas”, adoptadas por el Estado, tienen por finalidad superar la recesión que el comercio interior viene sufriendo durante años “generando fuertes caídas del consumo”, y que el levantamiento de la suspensión de la totalidad de los preceptos recurridos, produciría una restricción de libertades, y un agravio comparativo respecto de otras Comunidades Autónomas, así como una vulneración del principio de unidad de mercado. Junto a lo anterior, el informe insiste, en sus últimas páginas, en los beneficios de la liberalización de horarios para el sector del comercio minorista, negando el impacto negativo de tal liberalización sobre los derechos de los trabajadores y la conciliación de la vida personal y laboral.

A estos argumentos, asociados a la pretensión de fondo que se ventila en el procedimiento, y que no puede ser objeto del actual pronunciamiento, limitado como está a resolver sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión cautelar de cada una de las disposiciones recurridas, se une una serie de datos relativos al descenso del número de locales comerciales en Cataluña desde el año 2000 y hasta el 2017, al menor incremento —en relación con la media nacional— del número de ocupados en el comercio minorista en Cataluña, de 2002 a 2017, al crecimiento del índice de precios al consumo en Cataluña por encima de la media española, entre el año 2000 y el 2017, al elevado número de locales de comercio de pequeño tamaño en Cataluña en relación con los datos nacionales, y, por último, tanto al descenso de las ventas del comercio minorista en los primeros nueve meses de 2017, como al menor incremento de esas ventas en el período 2012-2016, respecto de la media nacional.

Acudiendo a nuestro criterio general de decisión, esto es, al examen de los concretos perjuicios para los intereses generales o de terceros alegados por el Abogado del Estado y a la verificación de si tales perjuicios alcanzan la gravedad y la consistencia necesarias como para prevalecer sobre la presunción de constitucionalidad de los preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña que se impugna, no es posible sustentar el mantenimiento de la suspensión de las disposiciones normativas impugnadas.

Es sobre el Abogado del Estado sobre quien pesa la carga, no solo de alegar, sino también de acreditar la existencia de los perjuicios que se alegan, y la imposible o difícil reparación de los mismos. Pero la detallada exposición del contenido del escrito de alegaciones, e incluso del contenido del informe a que se remite dicho escrito, no permite identificar perjuicios específicos para el interés general o para terceros derivado del eventual levantamiento de la suspensión de los mencionados preceptos. Los argumentos a que recurre la Abogacía del Estado son argumentos genéricos, basados en datos que evalúan la situación de distintos indicadores económicos, pero tales indicadores reflejan una realidad cuyas causas podrían ser múltiples, y estar o no asociadas al contenido normativo concreto de los preceptos impugnados. No corresponde a este Tribunal determinarlo, pero sí al Gobierno tratar de levantar la carga argumental tendente a demostrar tales vínculos causales. Y nada en la argumentación expuesta permite conectar el impacto normativo de las disposiciones impugnadas, con la situación económica del comercio minorista descrita en el informe. Y ello, sin entrar a valorar que los argumentos desarrollados en el escrito de alegaciones y en el informe ministerial se centran en la política de liberalización de horarios, cuando de los preceptos impugnados, y suspendidos cautelarmente, solo los artículos 36.2 b) y 37.1 j) y k) regulan, de forma directa e inequívoca, condiciones relativas a los horarios de apertura de los establecimientos comerciales.

A mayor abundamiento cumple recordar que “son reiterados los pronunciamientos de este Tribunal sobre el levantamiento de la suspensión de normas autonómicas en materia de horarios comerciales y ventas promocionales (entre otros, AATC 20/2002, de 12 de febrero, 47/2002, de 21 de marzo, 453/2006, de 12 de diciembre)” (FJ 2), debiendo sumarse a los citados el más reciente ATC 153/2014, de 27 de mayo. Este último es particularmente pertinente, a los efectos del asunto que nos ocupa porque, en aquel caso, como en este, el Abogado del Estado basaba sus argumentos en un informe de 4 de marzo de 2014, elaborado por la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Competitividad, cuyos datos pretendían acreditar, como es aquí el caso, los daños y perjuicios que se producirían de aplicarse los preceptos impugnados, y en el que se argumentaba que la evolución desfavorable del comercio a nivel nacional, desde el año 2008 a 2013, se habría debido a la existencia de políticas restrictivas, y que la liberalización de horarios produce en todos los casos, y con independencia de las circunstancias concretas del comercio en cada Comunidad Autónoma, resultados beneficiosos sobre la actividad comercial. En aquel caso, el Tribunal desestimó estos argumentos por la falta de conexión entre las características del comercio en la Comunidad Autónoma en cuestión, los efectos de las mencionadas medidas liberalizadoras y la importancia de las limitaciones introducidas por los preceptos cuya suspensión se solicitaba fuera mantenida. Exactamente en los mismos términos es preciso pronunciarse ahora.

4. Descartada, pues, la primera línea argumental a que acude la Abogacía del Estado para acordar el mantenimiento de la suspensión cautelar de los preceptos impugnados, cumple abordar la segunda, que se refiere a la posibilidad, siempre excepcional, tal y como se ha expuesto previamente, de mantener la suspensión de los preceptos impugnados, amparándose en el criterio del fumus boni iuris, aplicable cuando los preceptos impugnados sobre los que versa el incidente de suspensión contienen previsiones que presentan una “similitud intensa o coincidencia literal” con otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas por pronunciamientos previos de este Tribunal.

Abordar este tipo de razonamiento exige recordar, de un lado, la dicción literal de los preceptos impugnados, todos ellos suspendidos cautelarmente en su vigencia, y respecto de la totalidad de los cuales la Abogacía del Estado solicita el mantenimiento de la suspensión.

Así, los preceptos objeto del presente pronunciamiento, establecen lo siguiente:

“Artículo 8. Ejercicio de la actividad comercial y la prestación de servicios

…

3. Las personas que accedan a la actividad comercial y a la prestación de servicios, incluso aquellas que lo hagan en calidad de trabajadores asalariados, deben conocer las condiciones del ejercicio de la actividad comercial y de la prestación de servicios en Cataluña y deben estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña”.

“Artículo 20. Venta en rebajas

…

6. Las temporadas habituales para llevar a cabo la venta en rebajas son el invierno y el verano, en el que tradicionalmente se realiza este tipo de venta con finalidad extintiva. Anualmente, antes del 30 de septiembre, el consejo asesor de la Generalitat en materia de comercio debe recomendar las fechas de inicio y finalización de las temporadas del año siguiente, atendiendo, en cada momento, a las demandas del sector comercial”.

“Artículo 36. Horario general

…

2. No obstante lo establecido por el apartado 1, los establecimientos comerciales de venta al público de mercancías pueden establecer el horario comercial de su actividad teniendo en cuenta que:

…

b) El número de horas semanales en que los establecimientos comerciales pueden permanecer abiertos es de setenta y cinco, como máximo”.

“Artículo 37. Exclusiones del horario comercial general.

1. Las limitaciones que establece el artículo 36 no afectan a los siguientes casos:

…

j) Los establecimientos comerciales, de venta personalizada o en régimen de autoservicio, cuyos titulares sean autónomos, microempresas o pequeñas empresas, de acuerdo con el criterio de clasificación europeo, siempre que la superficie de venta no supere los 150 metros cuadrados, y que tengan una oferta orientada esencialmente a productos de compra cotidiana de alimentación.

k) Los establecimientos comerciales, de venta personalizada o en régimen de autoservicio cuyos titulares sean autónomos, microempresas o pequeñas empresas, de acuerdo con el criterio de clasificación europeo, situados en municipios de menos de 5.000 habitantes, siempre que la superficie de venta no supere los 150 metros cuadrados, previa autorización del pleno municipal y la comunicación del ayuntamiento al departamento competente en materia de comercio.

…

2. Los establecimientos situados en municipios turísticos y las tiendas de conveniencia deben adelantar el horario de cierre a las ocho de la tarde, como máximo, los días 24 y 31 de diciembre, y deben permanecer cerrados los días 1 de enero y 25 de diciembre”.

“Artículo 38. Determinación de los municipios turísticos.

…

5. La propuesta a que se refiere el apartado 2 se considera denegada si no se adopta resolución expresa alguna en el plazo de tres meses, a contar desde la presentación de la propuesta.

6. La condición de municipio turístico puede ser prorrogada sucesivamente por períodos de cuatro años mediante la presentación a la dirección general competente en materia de comercio, antes de que se agote el plazo de vigencia, de una nueva propuesta que fundamente que siguen vigentes los requisitos que determinaron inicialmente la calificación de municipio turístico a efectos de horarios comerciales. Esta nueva propuesta se considera denegada si no se adopta resolución expresa alguna en el plazo de tres meses, a contar desde su presentación”.

“Artículo 69. Prescripción de las infracciones y las sanciones.

1. Las infracciones muy graves prescriben a los cinco años; las graves, a los dos años, y las leves a los dieciocho meses.

2. Las sanciones muy graves prescriben a los tres años; las graves a los dos años, y las leves al año.

3. Los plazos de prescripción deben computarse de acuerdo con la legislación general aplicable a las infracciones y las sanciones”.

“Artículo 72. Infracciones leves.

1. Con relación al ejercicio de la actividad comercial y la prestación de servicios, son infracciones leves:

…

b) Incumplir las condiciones y los requisitos establecidos en el artículo 8 para el ejercicio de cualquier actividad comercial o de prestación de servicios en el ámbito territorial de Cataluña, sin perjuicio de otros tipos de infracciones que establezca la normativa sectorial específica”.

“Disposición transitoria primera. Excepciones en horarios comerciales de los municipios turísticos.

Las excepciones en materia de horarios comerciales derivadas de la calificación de municipio turístico a efectos de horarios comerciales que estén vigentes en el momento de la entrada en vigor de la presente ley se extinguen en el plazo fijado por la resolución por la que se aprueba la excepción o, si no se especifica plazo, a los cuatro años desde la entrada en vigor de la presente ley”.

De otro lado, cumple citar también las sentencias de este Tribunal Constitucional que invoca la Abogacía del Estado, para justificar la aplicación del criterio de la apariencia de buen derecho, y que son la STC 211/2016, de 15 de diciembre, estimatoria del recurso de inconstitucionalidad 630-2013 promovido por el Presidente del Gobierno contra el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 4/2012, de 30 de octubre, de medidas en materia de horarios comerciales y determinadas actividades de promoción; y la STC 25/2017, de 16 de febrero, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 7067-2014, interpuesto en nombre del Presidente del Gobierno frente a determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2014, de 19 de febrero, de horarios comerciales y de medidas para determinadas actividades de promoción.

La STC 211/2016 declaró inconstitucionales y nulos los artículos 1.2 a) y b); los incisos “domingo y lunes de pascua” y “25 y 26 de diciembre” del artículo 1.2 e); el inciso “los que solo son accesibles desde el interior de” del artículo 2.1 b); el artículo 2.1 i) y el artículo 2.2, de la Ley 8/2004, así como el inciso “dentro de los siguientes períodos estacionales” y las letras a) y b) del artículo 5 del Decreto-ley 4/2012, de 30 de octubre. Todas las disposiciones declaradas inconstitucionales y nulas se referían sea al horario general de los establecimientos comerciales (art. 1 del Decreto-ley 4/2012 impugnado y de la Ley 8/2004 que modifica), sea a los supuestos de exclusión del horario comercial general (art. 2 del Decreto-ley y de la Ley 8/2004), sea al período para celebrar ventas en rebajas (art. 5 del Decreto-ley 4/2012).

Y, la STC 25/2017, de 16 de febrero, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 1.2 b), 2.1, letras i) y j), 3.1, 3.2 y 16.10, en el inciso “en los siguientes períodos estacionales” y las letras a) y b), de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2014, de 19 de febrero, de horarios comerciales y de medidas para determinadas actividades de promoción. En la medida en que esta norma deroga el Decreto-ley 4/2012, de 30 de octubre, también sustituye algunas de las disposiciones de aquel. En concreto, el artículo 1.2 b) se corresponde con el artículo 1.2 b) del Decreto-ley 4/2012, al regular el número de horas diarias en las que los establecimientos comerciales pueden permanecer abiertos; el artículo 2.1 i), es idéntico al artículo 2.1 i) del Decreto-ley 2/2014, al regular las excepciones al horario comercial general que se aplican a determinados comercios minoristas, mientras que el apartado j), que declara inconstitucional esta sentencia prevé el régimen aplicable a esos mismos comercios minoristas cuando se ubican en localidades de menos de 5000 habitantes; y el artículo 16.10 se corresponde con el artículo 5 del Decreto-ley 4/2012, definiendo en idénticos términos los periodos de realización de la venta en rebajas. Por su parte el artículo 3.1 se refiere a la determinación de los municipios turísticos, definiendo qué se entiende por municipio turístico a los efectos de la ley; y el artículo 3.2 establece como se determina que un municipio sea declarado como zona turística.

Pues bien, si analizamos el contenido de las disposiciones impugnadas podemos constatar cómo el artículo 8 se refiere al ejercicio de la actividad comercial y la prestación de servicios, refiriéndose el apartado tercero a la obligación, que vincula a las personas que presten servicios comerciales en Cataluña, de conocer las condiciones del ejercicio de la actividad comercial y de la prestación de servicios en Cataluña, y de estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña; el artículo 69, se refiere a la prescripción de las infracciones y las sanciones, y el 72 a las infracciones leves relacionadas con el ejercicio de la actividad comercial y la prestación de servicios. Ninguna de estas cuestiones es objeto de las sentencias invocadas por el Abogado del Estado, ni ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en dichas resoluciones, por lo que, para ninguna de los preceptos apuntados es de aplicación el criterio excepcional del fumus boni iuris.

Un razonamiento más exhaustivo se exige respecto del resto de preceptos impugnados.

a) El artículo 36.2 b) de la Ley 18/2017 establece el número máximo de horas semanales de apertura de los establecimientos comerciales, mientras que los preceptos declarados inconstitucionales por las SSTC 211/2016 y 25/2017 establecían la libertad de horarios comerciales con la determinación de un número máximo de horas de apertura por día, no por semana. En las Sentencias citadas, el Tribunal sostiene que las normas declaradas inconstitucionales entran en contradicción con las “reglas recogidas en los arts. 3.2 y 4.3 de la Ley 1/2004, que determinan que tal extremo será libremente decidido por cada comerciante, dentro del respeto al límite máximo del horario global semanal para los días laborables, y del régimen de apertura para los domingos y días festivos, respectivamente” (STC 25/2017, FJ 3). Por tanto, la cuestión de si la normativa autonómica respeta o no la normativa básica en materia de límite semanal de horas de apertura comercial no ha sido juzgada. Es más, en la STC 112/2016, al delimitar el objeto del procedimiento, se excluyó del análisis la letra c) del artículo 1.2 del Decreto-ley 4/2012, que establecía que “el tiempo semanal de apertura de estos establecimientos los días laborables es de setenta y dos horas, como máximo”, porque dicha norma no se mantuvo en el artículo 1 de la Ley 3/2014, que sustituyó, tras la oportuna tramitación parlamentaria, al Decreto-ley.

Los argumentos precedentes conducen a entender que, respecto del artículo 36.2 b) de la Ley 18/2017, no se justifica el mantenimiento de la suspensión por aplicación del criterio de fumus boni iuris, por la falta de “similitud intensa o coincidencia literal” entre la norma cuya suspensión se pide mantener y las normas indicadas por el Abogado del Estado como referente de la aplicación del criterio antedicho.

b) El artículo 37.1, en sus apartados j) y k), coincide en buena media con la dicción de los artículos 2.1, apartados i) y j), del artículo 2, tanto de la Ley 8/2004, como de la Ley 3/2014. El apartado i) del artículo 2.1 de la primera fue declarado inconstitucional por la STC 211/2016, y los apartados i) y j) del artículo 2.1 por la STC 25/2017.

Los argumentos contenidos en el fundamento jurídico 3 b) de este último pronunciamiento llevan a entender que, en este caso, sí es preciso acordar el mantenimiento de la suspensión de la vigencia de la norma impugnada, por aplicación del criterio de fumus boni iuris, y es que el artículo 37.1, en sus apartados j) y k), presenta una similitud intensa con los apartados i) y j) del artículo 2.1 tanto de la Ley autonómica 8/2004, como de la Ley 3/2014, porque todos ellos se refieren a la introducción de restricciones —prácticamente las mismas— a la libertad horaria reconocida, por el artículo 5.2 de la Ley 1/2004, a los establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea inferior a 300 metros cuadrados, esto es, por la normativa básica tal y como se deriva de lo establecido en la STC 18/2016, FJ 9 c).

c) Por lo que hace al artículo 37.2 de la Ley 18/2017 de Cataluña, el mismo se refiere al adelanto del horario de cierre a las ocho de la tarde, los días 24 y 31 de diciembre, y el cierre obligatorio el 25 de diciembre y el 1 de enero, para los establecimientos situados en municipios turísticos y las tiendas de conveniencia. Exactamente en idéntico sentido a lo que preveía el artículo 2.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2004, de 23 de diciembre, de horarios comerciales, declarado inconstitucional y nulo por la STC 211/2016, al considerarlo contradictorio con las bases estatales, sin que tal contradicción pudiera resultar salvable por vía interpretativa [FJ 8 g)]. Por tanto, también en este caso, como en lo que hace al apartado 1 del mismo artículo y sobre la base de idénticos argumentos, ha de mantenerse la suspensión de la vigencia del precepto.

d) El apartado 5 del artículo 38 de la Ley 18/2017 establece, en el marco de un precepto que regula con amplitud la determinación de los municipios turísticos, el sentido del silencio administrativo para los supuestos en que un ayuntamiento decida optar por acogerse a la excepción de municipio turístico, a efectos de los horarios comerciales, presentando la oportuna solicitud a la dirección general competente en materia de comercio, órgano al que corresponde aprobar o denegar la propuesta. En el apartado quinto se establece que la propuesta se considera denegada si no se adopta resolución expresa alguna en el plazo de tres meses, a contar desde su presentación.

Por lo que hace al apartado sexto, también impugnado en el presente procedimiento, y por tanto suspendido en su vigencia, se establece un sistema de prórrogas por períodos de cuatro años, del reconocimiento de la condición de municipio turístico, estableciéndose el mecanismo de solicitud de la prórroga y el sentido del silencio administrativo en caso de falta de respuesta de la dirección general competente.

El artículo 3.1 de la Ley 3/2014 establecía la noción de municipio turístico, y el apartado 3 del mismo precepto precisaba que la determinación de un municipio como zona turística había de tener en cuenta el período de afluencia turística real en función del perfil turístico del municipio. La STC 25/2017, en su FJ 3.c), excluye la compatibilidad entre los apartados 1 y 2 del artículo 3, y las bases estatales, fundamentalmente contenidas en los apartados 4 y 5 del artículo 5 de la Ley 1/2004, puesto que la normativa autonómica, al no prever los mismos supuestos que la norma estatal para determinar cuándo un municipio puede ser considerado como municipio turístico, pretendía excluir la regulación básica estatal, regulando un “régimen alternativo y diferente que presenta un grado escaso si no nulo de integración con las bases, al dejar la delimitación de zonas de gran afluencia turística, que vienen impuestas como consecuencia obligada de la aplicación de los criterios mínimos establecidos por el artículo 5, 4 y 5 de la Ley 1/2004, en manos de la decisión discrecional de la Comunidad Autónoma”.

Resulta evidente que los apartados 5 y 6 del artículo 38 de la Ley autonómica 18/2017, objeto del presente pronunciamiento, no se refieren a la definición de los criterios para determinar cuándo un municipio puede o no ser considerado como municipio turístico y puede, por tanto, beneficiarse de las excepciones en materia de horarios comerciales. Esas disposiciones se refieren, exclusivamente, al procedimiento para el reconocimiento, por parte de la Comunidad Autónoma, de la condición de municipio turístico. Por tanto, no existiendo ni similitud ni coincidencia entre estos últimos preceptos y los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Ley 3/2014, declarados inconstitucionales por la STC 25/2017, no resulta aplicable el criterio del fumus boni iuris para justificar el mantenimiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos que aquí nos ocupan. Exactamente el mismo razonamiento cabe aplicar al levantamiento de la suspensión de la disposición transitoria primera, que no encuentra regulación equivalente alguna entre las previamente declaradas inconstitucionales por las SSTC 211/2016 y 25/2017.

e) Por último cabe atender a la regulación contenida en el artículo 20 de la Ley 18/2017, referido a la venta en rebajas. Se impugna exclusivamente el apartado 6, que establece que las temporadas habituales para llevar a cabo la venta en rebajas son el invierno y el verano, y que cada año, antes del 30 de septiembre, el consejo asesor de la Generalitat en materia de comercio debe recomendar las fechas de inicio y finalización de las temporadas del año siguiente, atendiendo, en cada momento, a las demandas del sector comercial.

Las disposiciones previamente declaradas inconstitucionales, esto es, el artículo 16.10 de la Ley 3/2014, de 19 de febrero, de horarios comerciales y de medidas para determinadas actividades de promoción y el artículo 5 del Decreto-ley 4/2012 establecían de modo específico y datado las fechas de las rebajas estacionales tanto de invierno, como de verano. El fundamento jurídico 9 de la STC 211/2016, estableció que “al igual que en el caso resuelto en la STC 59/2016, el contraste entre el tenor del precepto estatal y el contenido del precepto autonómico es evidente, resulta indudable ya que este último limita el número de períodos de ventas en rebajas a dos únicas temporadas al año, acotando las épocas en que cada una de ellas podrá tener lugar, e impone, además, para cada uno de tales períodos una duración máxima de dos meses. De este modo en el régimen aplicable a las ventas en rebajas, se introducen unas medidas restrictivas de la libertad del comerciante que no tienen cabida en el régimen liberalizador que configura el legislador estatal con carácter básico en este ámbito”, habida cuenta que además consideramos que “la norma básica no circunscribe la temporada de rebajas a uno o varios periodos estacionales concretos, como tampoco otorga a este tipo de figura promocional una duración determinada, permitiendo así que sea el comerciante quien libremente adopte las correspondientes decisiones al respecto”.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, que sostienen la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos equivalentes al aquí cuestionado, puede entenderse que existe una similitud lo suficientemente intensa entre la regulación impugnada en el presente procedimiento, y la previamente declarada inconstitucional en las SSTC 211/2016 y 25/2017, como para entender aplicable el criterio de la apariencia de buen derecho y sostener en este criterio excepcional el mantenimiento de la suspensión de la vigencia del precepto impugnado. Si bien el artículo 20.6 ni circunscribe, ni data, las temporadas de rebajas, sí establece la existencia de unas temporadas habituales y prevé que la autoridad autonómica recomendará las fechas de inicio y finalización de las temporadas de rebajas estacionales, contemplando la introducción de límites que podrían restringir la capacidad del comerciante de adoptar libremente las correspondientes decisiones sobre las ventas en rebajas. Por tanto, en este caso, se opta por mantener la suspensión de la vigencia del artículo 20.6 de la Ley de Cataluña 18/2017, en aplicación del excepcional criterio de respeto al principio de fumus boni iuris.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

1º Mantener la suspensión de los artículos 20.6, 37.1 j) y k) y 37.2, de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias.

2º Levantar la suspensión de los artículos 8.3, 36.2 b), 38.5 y 6, 69, 72.1 b) y de la disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017 anteriormente citada.

Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil dieciocho.