



INFORME DE LEA/AVC CON RELACIÓN A LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA APERTURA DE COMERCIOS EN DÍAS FESTIVOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto analizar el régimen jurídico en la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE) de la apertura de los comercios en días festivos, concretando el derecho del comerciante a la apertura de sus establecimientos en festivos y la extensión de dicha facultad.

II. LIBERTAD DE EMPRESA

2. La libertad de empresa es un derecho fundamental reconocido en el artículo 38 de la CE y en el artículo 16 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.
3. La CE reconoce en su artículo 38 el derecho a la “libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”. Este precepto se enmarca en el Título Primero, Capítulo II, Sección 2ª, entre los denominados “Derechos y Deberes de los Ciudadanos” y, como tal, disfruta de las garantías que establece el artículo 53 CE: vincula a todos los poderes públicos y sólo puede regularse su contenido por ley, respetando en todo caso su contenido esencial.
4. Por su parte, el derecho a la libertad de empresa también está conectado con las garantías establecidas en los artículos 1 y 10 CE (libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, art. 1 CE, y dignidad de la persona, artículo 10 CE).
5. El Tribunal Constitucional en diversas sentencias¹ se ha pronunciado en esta materia definiendo el contenido esencial de la libertad de empresa, tanto respecto de la libertad de acceso al mercado como de la libertad de permanencia en el mercado.

¹ Entre otras, Sentencia nº 84/1993 y Sentencia nº 71/1982



III. DERECHO DEL COMERCIANTE A LA APERTURA DE SU ESTABLECIMIENTO

6. La Ley vasca 7/2000, de 10 de noviembre, de modificación de la ley vasca 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial, estableció en su Disposición Adicional Segunda que el Gobierno Vasco, en el ejercicio de las competencias de la CAE en materia de comercio, podía dictar normas de ordenación de los horarios para la apertura y cierre de los locales comerciales correspondiente a los grandes establecimientos comerciales, de acuerdo con los principios de libre y leal competencia.
7. En desarrollo de dicha Ley, el Gobierno Vasco aprobó el Decreto 33/2005, de 22 de febrero, de horarios comerciales en la CAE. En el artículo 2 de dicho Decreto se estableció que los grandes establecimientos comerciales (establecimientos de venta al por menor que cuenten con una superficie de venta al público superior a 400 metros cuadrados) pueden establecer el número máximo de domingos y festivos en los que podrán desarrollar su actividad comercial y no podrán superar los ocho días del total anual de domingos y festivos establecidos en la CAE.
8. El Estado, a través de Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introdujo modificaciones a la Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.
9. En relación con la apertura en domingos y festivos, a través de su artículo 27, amplió hasta dieciséis el número mínimo anual de apertura en domingos y festivos, pudiendo las CCAA aumentar o reducir esa cifra, pero nunca por debajo de diez días.
10. El Gobierno Vasco interpuso contra el citado Real Decreto Ley (artículos 27 y 28) el recurso de inconstitucionalidad nº 2218/2013. Dicho Recurso fue resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2016, de 23 de junio, rechazando en lo que respecta a los horarios comerciales (artículo 27) que el Estado se extralimitase en sus competencias².

² Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2016, de 23 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2218/2013 interpuesto por el Gobierno Vasco contra los artículos 2, 8,10,27, 28 y Disposición final Tercera del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.



11. Como consecuencia de dicha STC, la Viceconsejería de Régimen Jurídico del Departamento de Administración Pública y Justicia, emitió un documento denominado “Comentario jurisprudencial” en el que establece las consecuencias prácticas de dicha Sentencia³:

“(....)

-o bien se aplica directamente en la CAPV la normativa básica de los arts. 27 y 28 del RDL 20/2012.

- o bien se incorporan y desarrollan los contenidos de los arts. 27 y 28, declarados constitucionales por el TC, por medio de una modificación de la ley vasca de la actividad comercial o por una nueva disposición de carácter general que los integre. (...)”

12. En cualquier caso, en virtud de la Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, los comerciantes tienen plena libertad para determinar los días festivos de apertura y el número de horas diarias o semanales en los que ejercerá la actividad (artículo 1).

13. Con carácter general y básico el legislador establece que el número mínimo de domingos y días festivos en los que los comercios pueden permanecer abiertos al público son al menos dieciséis (artículo 4).

14. Sin embargo, las Comunidades Autónomas pueden modificar dicho número en atención a sus necesidades comerciales, incrementándolo o reduciéndolo, sin que en ningún caso se pueda limitar por debajo de diez el número mínimo de domingos y festivos de apertura autorizada.

15. En efecto, cada Comunidad Autónoma determinará para su respectivo ámbito territorial los domingos y días festivos, dentro del mínimo anual. Para ello, la Comunidad Autónoma debe atender de forma prioritaria el atractivo comercial de acuerdo con los siguientes criterios:

a) La apertura de al menos un día festivo cuando se produzca la coincidencia de dos o más días festivos continuados.

b) La apertura en los domingos y festivos correspondientes a los periodos de rebajas.

³ <https://opendata.euskadi.eus/catalogo/-/comentario-jurisprudencial/comentario-a-la-stc-1192016-23-de-junio-de-2016-recurso-de-inconstitucionalidad-2218-2013-interpuesto-por-el-gobierno-vasco-contralos-arts-2-8-10-27-28-y-disposicion-final-tercera-de-rdl-202012-de-13-de-julio-de-medidas-para-garantizar-la-estabilidad-pre/>



- c) La apertura en los domingos y festivos de mayor afluencia turística en la Comunidad Autónoma.
 - d) La apertura en los domingos y festivos de la campaña de Navidad.
16. Todas las Comunidades Autónomas, salvo la de Euskadi, establecieron un calendario de domingos y festivos⁴ para el año 2019.
17. Por su parte, la CAE mantiene formalmente vigente el Decreto 33/295, de 22 de febrero, de horarios comerciales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El artículo 2 de dicho Decreto señala que los grandes establecimientos comerciales (establecimientos de venta al por menor con superficie de venta al público superior a 400 metros cuadrados) pueden abrir un número máximo de 8 días del total anual de domingos y festivos establecidos en la CAE.
18. Sin embargo, como ya se ha señalado, la Ley estatal 1/2004, de carácter básico, aplicable en la CAE, establece un mínimo de 16 días de apertura en domingos y festivos.
19. El extinto Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, a través de Nota de Prensa de 3 de diciembre de 2009, dio a conocer que propondría al Gobierno Vasco el establecimiento por Decreto de los días festivos del año. Pese a dicha propuesta, la CAE es la única que carece de calendario de apertura comercial en festivos⁵.
20. Además del régimen general expuesto, el legislador estatal establece un régimen especial de plena libertad para determinar los días y horas para los siguientes tipos:
- a) Establecimiento de venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia⁶, así como las instaladas en puestos

⁴ Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Calendario Domingos y festivos de apertura para 2019. http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Ordenacion-del-Comercio/Documents/2181220_CALENDARIO%20DOMINGOS%20Y%20FESTIVOS%20DE%20APERTURA%20COMERCIAL%202019.pdf

⁵ Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Nota de Prensa 3 de diciembre de 2009. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/nota_de_prensa/es_notadepr/adjuntos/NOTA%20DE%20PRENSA%20DEL%20TVDC%20%20HORARIOS%20COMERCIALES.pdf

⁶ El artículo 5.3 de la Ley 1/2004 entiende por tiendas de conveniencia aquellas que, con una superficie útil para la exposición y venta al público no superior a 500 metros cuadrados, permanezcan abiertas al



fronterizos, en estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo y en zonas de gran afluencia turística⁷.

b) Establecimientos de reducida dimensión distintos de los anteriores, que dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público inferior a 300 metros cuadrados, excluidos los pertenecientes a empresas o grupos de distribución que no tengan la consideración de pequeña o mediana empresa según la legislación vigente.

público al menos dieciocho horas al día y distribuyan su oferta, en forma similar, entre libros, periódicos y revistas, artículos de alimentación, discos, videos, juguetes, regalos y artículos varios.

⁷ El artículo 5.4 de la Ley 1/2004 considera Zonas de Gran Afluencia turística, aquellas áreas coincidentes con la totalidad del municipio o parte del mismo, en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Existencia de una concentración suficiente, cuantitativa o cualitativamente, de plazas en alojamientos y establecimientos turísticos o bien en el número de segundas residencias respecto a las que constituyen residencia habitual. b) Que haya sido declarado Patrimonio de la Humanidad o en el que se localice un bien inmueble de interés cultural integrado en el patrimonio histórico artístico) Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas) Celebración de grandes eventos deportivos o culturales de carácter nacional o internacional. e) Proximidad a áreas portuarias en las que operen cruceros turísticos y registren una afluencia significativa de visitantes. f) Que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras. g) Cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen.

Las Zonas de Gran Afluencia Turística deben ser declaradas por las Comunidades Autónomas a petición de cada Ayuntamiento. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, 17 de julio de 2018 (Recurso 2858/2017), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, 25 de marzo de 2019 (Recurso 2795/2018), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, 28 de mayo de 2019 (Recurso 3308/2018).



IV. CONCLUSIONES

1. La libertad de empresa es un derecho constitucional y, en el mismo, se incluye el derecho de acceso a una actividad económica, de desarrollo de la misma y de cese.

El derecho a la libertad de empresa en el ámbito del comercio minorista conlleva **la plena libertad** de apertura en festivos y el número de horas diarias o semanales en los que el empresario ejercerá su actividad.

2. El mínimo de días de apertura es de dieciséis, si bien puede ser modificado por las CCAA, al alza o limitarlos hasta diez días. La CAE no ha realizado modificación alguna, con lo que el número de días en que los comerciantes pueden abrir sus establecimientos en festivos es el legalmente establecido por la Ley 1/2004, un mínimo de 16.

Cuando se habla de la apertura de establecimientos en festivos estamos hablando de libertad de empresa. El comerciante en virtud de sus circunstancias debe adoptar libremente la decisión de abrir su establecimiento al público y su horario.

3. LEA/AVC recomienda:

- garantizar la plena libertad de cada comerciante, fundamentalmente de los pequeños comercios, de decidir respecto de las jornadas y horarios de apertura de sus establecimientos.

- adecuar la normativa autonómica vigente en Euskadi, lo que ayudará a incrementar la protección al pequeño comercio.

En Bilbao, 10 de enero de 2020