



INFORME CON RELACION A LA PROHIBICIÓN DE OFERTAS COMERCIALES EN LA FASE I DE LA DESESCALADA EN EL ESTADO DE ALARMA

LEA/AVC 438 PROM-2020

Sumario:

I. ANTECEDENTES Y OBJETO	1
II. LIBERTAD DEL COMERCIANTE PARA REALIZAR PROMOCIONES COMERCIALES	3
III. ANÁLISIS DE LA RESTRICCIÓN DE ACCIONES COMERCIALES DURANTE LA FASE 1 DEL PLAN DE DESESCALADA EN EL ESTADO DE ALARMA	4
1. Administración Pública, regulación y libre competencia.....	5
2. Libertad de la actividad comercial y restricciones administrativas de acciones comerciales en la Fase I de la desescalada	7
A. Justificación en imperiosas razones de interés general	7
B. Proporcionalidad	8
C. Discriminación entre operadores	10
IV. CONCLUSIONES	10

I. ANTECEDENTES Y OBJETO

1. Por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (Decreto de alarma), el Gobierno del Estado declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Dicho estado ha sido prorrogado en cuatro ocasiones, la última con ocasión del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, hasta el 24 de mayo de 2020.

2. El Decreto de Alarma (art. 10), ha establecido medidas de contención en el ámbito de establecimientos y locales comerciales, actividades de hostelería y restauración, o archivos entre otros.

Además, ha habilitado al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades, por razones justificadas de salud pública, pudiendo por tanto ampliar esta suspensión a aquellos otros supuestos que se consideren necesarios.



3. En el momento actual, se ha iniciado un proceso de reducción gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y del contacto social establecidas mediante el Decreto de Alarma.

Así, el Consejo de Ministros adoptó el 28 de abril de 2020 el Plan para la transición hacia una nueva normalidad que establece los principales parámetros e instrumentos para la consecución de la normalidad (Plan de desescalada). Este proceso articulado en cuatro fases, fase 0 a fase 3, ha de ser gradual y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas.

El objetivo fundamental del citado Plan es conseguir que, preservando la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar.

4. El Ministro de Sanidad ha dictado la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

El artículo 10 regula la reapertura de los establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados,

1. **Puede procederse a la reapertura al público de todos los establecimientos y locales comerciales minoristas y de actividades de servicios profesionales** cuya actividad se hubiera suspendido tras la declaración del estado de alarma, siempre que tengan una superficie útil de exposición y venta igual o inferior a 400 metros cuadrados, con excepción de aquellos que se encuentren dentro de parques o centros comerciales sin acceso directo e independiente desde el exterior, siempre que cumplan todos los requisitos siguientes:

a) Que se **reduzca al treinta por ciento el aforo total en los locales comerciales**. En el caso de establecimientos distribuidos en varias plantas, la presencia de clientes en cada una de ellas deberá guardar esta misma proporción.

En cualquier caso, se deberá garantizar una distancia mínima de dos metros entre clientes. En los locales comerciales en los que no sea posible mantener dicha distancia, se permitirá únicamente la permanencia dentro del local de un cliente.

b) **Que se establezca un horario de atención con servicio prioritario para mayores de 65 años.**

c) Que cumplan adicionalmente con las medidas que se recogen en este capítulo.(...)

4. Todos los establecimientos y locales que puedan proceder a la reapertura al público según lo dispuesto en este capítulo, podrán establecer, en su caso, sistemas de recogida en el local de los productos adquiridos por teléfono o en línea, siempre que garanticen una recogida escalonada que evite aglomeraciones en interior del local o su acceso.

5. Podrá establecerse un sistema de reparto a domicilio preferente para colectivos determinados.



Al mismo tiempo, a través de su Disposición Adicional Segunda, establece la restricción a las acciones comerciales con resultado de aglomeraciones, en los siguientes términos:

“Los establecimientos no podrán anunciar ni llevar a cabo acciones comerciales que puedan dar lugar a aglomeraciones de público, tanto dentro del establecimiento comercial como en sus inmediaciones.

Esta restricción no afectará a las ventas en rebaja ni tampoco ventas en oferta o promoción que se realicen a través de la página web.”

5. El objeto del presente informe es analizar si las restricciones comerciales establecidas en la meritada Orden Ministerial a través de su Disposición Adicional Segunda son compatibles con la libre competencia.

6. El presente informe se emite en virtud de la potestad que la ley otorga a este organismo en materia de promoción de la competencia efectiva en los mercados mediante acciones no sancionadoras.

II. LIBERTAD DEL COMERCIANTE PARA REALIZAR PROMOCIONES COMERCIALES

7. La actividad comercial se ejerce bajo el principio de libertad de empresa y en el marco de la economía de mercado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)¹.

8. Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial del País Vasco (LACPV)², establece que el ejercicio de la actividad comercial se desarrollará de acuerdo con los principios de libre y leal competencia y de defensa de los consumidores y usuarios, en el marco de la economía de mercado y su planificación general.(art. 4)

9. La LCM establece en su artículo 13.1 que los precios de venta de los artículos serán libremente determinados y ofertados con carácter general de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia, con las excepciones establecidas en leyes especiales.

¹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. BOE nº 15, de 17 de enero de 1996.

² Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial del País Vasco. BOPV nº 111, de 13 de junio de 1994.



10. La LCM, regula en su artículo 18 y siguientes las actividades de promoción de ventas:

- las ventas en rebajas,
- las ventas en oferta o promoción,
- las ventas de saldos,
- las ventas en liquidación,
- las ventas con obsequio y
- las ofertas de venta directa.

Las actividades de promoción de ventas podrán simultanearse en un mismo establecimiento comercial, excepto en los supuestos de venta en liquidación, siempre y cuando exista la debida separación entre ellas y se respeten los deberes de información.

11. La LCM no establece limitación temporal alguna para a la realización de acciones comerciales. En el supuesto de las rebajas, establece expresamente que los comerciantes tienen libertad para determinar los periodos estacionales de su mayor interés comercial, así como la duración (art. 24).

III. ANÁLISIS DE LA RESTRICCIÓN DE ACCIONES COMERCIALES DURANTE LA FASE 1 DEL PLAN DE DESESCALADA EN EL ESTADO DE ALARMA

12. El Decreto de Alama ha suspendido la apertura al público de establecimientos comerciales, como medida de contención de la pandemia del Covid 19, sin perjuicio de las excepciones expresamente contempladas.

13. El Ministro de Sanidad ha dictado la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan de desescalada.

La Orden posibilita la reapertura de los establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados, en los términos expuestos en el párrafo 4.

Sin embargo, a través de su Disposición Adicional Segunda, establece para los pequeños comercios con establecimiento físico la restricción a las acciones comerciales con resultado de aglomeraciones, en los siguientes términos:



“Los establecimientos no podrán anunciar ni llevar a cabo acciones comerciales que puedan dar lugar a aglomeraciones de público, tanto dentro del establecimiento comercial como en sus intermediaciones.

Esta restricción no afectará a las ventas en rebaja ni tampoco ventas en oferta o promoción que se realicen a través de la página web.”

1. Administración Pública, regulación y libre competencia

14. El artículo 103.1 de la CE establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Asimismo, en virtud del artículo 9 de la CE, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

15. El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

16. Es doctrina jurisprudencial constante del Tribunal Supremo que la Administración está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia³.

17. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁴, establece la libertad de los prestadores de servicio de establecerse en el Estado y la libertad de ejercicio de una actividad de servicio.

18. Un mercado sin barreras injustificadas al acceso y al ejercicio de actividad impulsa la productividad, propicia el crecimiento económico, la ocupación y, en definitiva, aumenta el bienestar de consumidores y usuarios.

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo,

o, Sección 3ª, de 2 de junio de 2009. (RC 5763/2006). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de junio de 2007 (RC 9.449/2.004): Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 de noviembre de 2008 (RC 5837/2005).

⁴ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE nº 283, de 24 de noviembre de 2009.



19. Sin embargo, existen supuestos en que, de manera justificada, la Administración puede aceptar o incluso generar limitaciones de acceso o ejercicio en el mercado. Para ello, las limitaciones deberán reunir los siguientes requisitos⁵:

- La necesidad: que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, tales como orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.
- La proporcionalidad: que la limitación sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.
- La no discriminación: todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes.

Dichas limitaciones, las ha integrado el legislador en la normativa que regula el Régimen Jurídico del Sector Público. Así, el artículo 40 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁶, establece que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán,

- Aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva,
- Motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen,
- No producir diferencias de trato discriminatorias.

20. Por su parte, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común⁷, en su artículo 129 establece los principios de buena regulación, entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad.

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE nº 283, de 24 de noviembre de 2009. Redacción dada por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2013.

⁶ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015.

⁷ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015.



2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

2. Libertad de la actividad comercial y restricciones administrativas de acciones comerciales en la Fase I de la desescalada

21. Las Órdenes Ministeriales son disposiciones de carácter general, reglamentos, dictados por los titulares de los departamentos ministeriales en materias propias de su competencia (artículo 24.1 f) y 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

22. Las restricciones en el comercio minorista que establece la Disposición Adicional Segunda de la citada Orden Ministerial deben estar justificadas en la necesidad del interés general, ser proporcionadas y no discriminatorias.

A. Justificación en imperiosas razones de interés general

23. La declaración del estado de alarma ha supuesto el establecimiento de medidas de contención para evitar la propagación de la pandemia del Covid 19.

En el ámbito de la actividad comercial, ha conllevado la suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, etc...

24. Recientemente se ha iniciado un proceso de reducción gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y del contacto social establecidas mediante el Decreto de Alarma⁸. Para ello se ha aprobado el denominado Plan de desescalada.

⁸ El Consejo de Ministros de 23 de abril de 2020 ha aprobado el Plan para la transición hacia una nueva normalidad que establece los principales parámetros e instrumentos para la consecución de la normalidad. Este proceso articulado en cuatro fases, fase 0 a fase 3, ha de ser gradual y adaptable a



- 25.** El objetivo fundamental del citado Plan tiene como objetivo conseguir que, preservando la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar.
- 26.** En desarrollo de dicho Plan, el Ministro de Sanidad ha dictado la Orden Ministerial de flexibilización de medidas adoptadas para evitar la propagación de la pandemia del Covid 19. En lo que respecta al comercio minorista, establece en su artículo 10 condiciones para la reapertura al público de establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados.
- 27.** Sin embargo, al mismo tiempo que flexibiliza la suspensión de apertura al público del comercio minorista, pasa a prohibir para los pequeños comerciantes con establecimiento físico las acciones comerciales que generen aglomeraciones, tanto en el exterior como en el interior del comercio.
- 28.** La flexibilización de las medidas de contención relativas al comercio minorista se encuentra justificadas en la favorable evolución de la pandemia del Covid 19 y a través de las mismas se trata de preservar la salud pública, recuperando paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar.

B. Proporcionalidad

- 29.** La Orden Ministerial establece en su artículo 6 medidas generales de higiene para evitar la propagación de la pandemia, exigibles, entre otras, a las actividades comerciales. Asimismo, establece en su artículo 14 con carácter general medidas en materia de aforo para los establecimientos y locales abiertos al público.
- 30.** Por último, en su artículo 10 establece condiciones particulares exigibles a los establecimientos comerciales referidos en la misma para evitar aglomeraciones de gente en los establecimientos comerciales:
- Limitación a un 30% de su aforo y
 - Necesaria distancia social de dos metros

los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas



31. El Tribunal Constitucional en su Sentencia STC 66/1991, de 22 de marzo de 1991, establece la necesidad de la proporcionalidad de las medidas adoptadas para la satisfacción de un fin constitucionalmente legítimo, como sería en el caso que nos ocupa la salud pública frente a la pandemia:

“(.....) no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor.(.....)”

32. En el supuesto que nos ocupa, existen otras medidas para evitar la aglomeración de gente dentro y fuera de los establecimientos comerciales, menos restrictivos que la radical prohibición de acciones comerciales o su publicidad, como puede ser la cita previa, establecer turnos previos, utilización obligatoria de mascarilla, etc....

33. Por ello, existiendo medidas menos restrictivas para evitar las aglomeraciones de público y con ello la transmisión de la pandemia, la prohibición de acciones comerciales y su publicidad no es una medida proporcional y limita la competencia de los pequeños establecimientos comerciales en el libre ejercicio de su actividad comercial.

34. De este modo, la Disposición Adicional Segunda de la Orden viene a distorsionar el sentido de la propia norma, estableciendo una restricción comercial independiente de los dos hechos que daban razón de ser a la norma: de un lado, la flexibilización de las restricciones del Estado de Alarma correspondientes a la fase 1. De otro, la indiscutida evitación de concentraciones humanas en determinados momentos.

35. En los términos expuestos, la prohibición de acciones comerciales o su publicidad limita injustificadamente la libertad del pequeño comercio para el desarrollo de la actividad comercial (art. 3 de la LCM) y la libertad de empresa prescrita en el artículo 38 CE.

36. La medida resulta extremadamente grave para los pequeños comerciantes que operan en un formato físico, en un contexto de crisis sanitaria y económica, que puede producir salidas del mercado de pequeños establecimientos comerciales.

37. Repárese que dichos establecimientos comerciales han tenido suspendida la apertura al público cerca de dos meses y en el momento en que el comerciante puede abrir su establecimiento físico ve injustificadamente limitada su libertad en el ejercicio de la actividad comercial al no poder realizar promociones comerciales o su publicidad



por razón de las aglomeraciones de gente que se puede producir dentro y fuera de los establecimientos comerciales.

Además, perjudica directamente el conjunto de consumidores, que se verán negativamente afectados por la falta de ofertas y promociones.

C. Discriminación entre operadores

38. La Orden establece expresamente que la restricción para los establecimientos comerciales presenciales, no afectará a las ventas en rebaja ni tampoco ventas en oferta o promoción que se realicen a través de la página web.

Así, se prohíben acciones comerciales o su publicidad en establecimientos físicos por razón de posibles aglomeraciones de gente, mientras que las empresas que operan *on line* gozan de todos los mecanismos promocionales que establece la LCM para el libre ejercicio de la actividad comercial.

De esta manera, se sitúa al pequeño comercio que opera con establecimiento físico en peores condiciones competitivas que las empresas que operan *on line*, no existiendo justificación alguna para la adopción de dicha medida.

39. Así, se produce una discriminación carente de justificación alguna entre comerciantes en función del formato en el que operen y que sitúa a los comerciantes pequeños con establecimiento físico en peores condiciones competitivas que los comerciantes que operan *on line*.

La medida discriminatoria sitúa al comercio minorista con establecimiento físico en una precaria posición competitiva que vulnera la libertad de empresa (art. 38 CE) y con ello el libre ejercicio de la actividad comercial (art. 3 LCM).

IV. CONCLUSIONES

40. En el contexto de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 la salvaguarda de la salud pública requiere evitar la aglomeración de público para evitar el riesgo de transmisión del Covid-19. inherente a la pandemia.

41. Sin embargo, la Orden SND/399/2020 tiene como objetivo la flexibilización de determinadas restricciones respecto del pequeño comercio, garantizando al mismo tiempo las medidas sanitarias y evitando aglomeraciones. Por ello, la prohibición al pequeño comercio con establecimiento físico de realizar acciones comerciales o su publicidad en la Fase I de la desescalada, implica una limitación desproporcionada al



existir medidas alternativas menos restrictivas que permitan alcanzar la finalidad última de la norma.

La medida limita injustificadamente la libertad de empresa (art. 38) CE y, en concreto, la libertad de ejercer el comercio (art 3 LCM).

42. Además, la posibilidad del comercio on line de realizar acciones comerciales o su publicidad frente a la prohibición del pequeño comerciante con establecimiento físico a realizar dichas acciones, supone una discriminación carente de justificación alguna.

La medida discriminatoria sitúa al comercio minorista en una precaria posición competitiva que vulnera la libertad de empresa (art. 38 CE) y con ello el libre ejercicio de la actividad comercial (art. 3 LCM).

En Bilbao a 11 de mayo de 2020