

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063904

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 406/2019, de 25 de marzo de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2795/2018

**SUMARIO:****Horarios comerciales. Zona de Gran Afluencia Turística. motivación de las limitaciones.**

Anulado, por ser contraria a derecho, la resolución de la Dirección General de Comercio de la Junta de Andalucía, por la que se hace pública la declaración en el municipio de Cádiz de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales. La controversia no se centra en la necesaria declaración de zona de gran afluencia turística por la concurrencia de los datos de llegada de turistas a la ciudad en los términos del artículo 5.5 de la LHC, pues la comunidad autónoma de Andalucía realizó dicha declaración, sino que la cuestión controvertida son las limitaciones geográficas y temporales que la declaración contempla y su motivación.

Considera que la petición del Ayuntamiento de Cádiz de las zona y periodos en los que va a regir la declaración de zona y periodos en los que va a regir la declaración de zona de gran afluencia turística y sus efectos de libertad de apertura de comercios, que se limita a una parte del casco antiguo, con exclusión de parte del mismo y de más de la mitad del término municipal, y a dos quincenas al año, "no contiene ninguna explicación o justificación efectiva y fundada en criterios objetivos, sobre la forma en que la indicada selección atiende y protege los intereses comerciales, turísticos y del consumidor.

Respecto a la limitación territorial, indica que obra en el expediente informe de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta que advierte que la delimitación propuesta se refiere a una parte del casco histórico, de la que quedan excluidas diversas zonas, sin que la resolución de declaración de zona de gran afluencia turística impugnada explique las razones de la exclusión de esas y otras zonas del municipio. El número de comercios que quedan excluidos de la declaración de zona de gran afluencia turística, por la limitación territorial efectuada, constituye un motivo más para la exigencia del cumplimiento de motivación efectiva que requiere la Ley de horarios comerciales.

Tampoco se aprecia una motivación basada en los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor en relación con las limitaciones temporales que restringen a dos quincenas los efectos de la declaración de zona de gran afluencia turística. Las exigencias de motivación en los términos requeridos por el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, se hacen especialmente necesarias en un caso como el presente, en el que el establecimiento de restricciones se hace en unos términos tan amplios, especialmente en lo que se refiere al período de aplicación de la declaración, que queda limitada a 4 semanas al año, que convierten en la práctica en algo infrecuente o excepcional la regla general de libertad de horarios comerciales en las zonas declaradas de gran afluencia turística

**PRECEPTOS:**

Ley 1/2004 (Horarios Comerciales), art. 5.

Ley 20/2013, (De garantía de la Unidad de Mercado) art. 5.

Ley 17/2009 (libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), art. 5.

**PONENTE:***Don José María del Riego Valledor.*

Magistrados:



Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Don EDUARDO CALVO ROJAS  
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

### **TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 406/2019

Fecha de sentencia: 25/03/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2795/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2795/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

### **TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 406/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 25 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2795/2018, interpuesto por Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), representada por el Procurador de los Tribunales don José Manuel Villasante García, con la asistencia letrada de don Marcos Casado Martín, contra la sentencia de 30 de enero de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el recurso número 926/2016 , sobre declaración de zona de gran afluencia turística, en el que ha intervenido como parte recurrida la Junta de Andalucía representada por su Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### Primero.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, dictó sentencia el 30 de enero de 2018, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN (ANGED) contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Sin costas."

##### Segundo.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, manifestando su intención de interponer de casación, y la Sala, por auto de 12 de abril de 2018 , tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

##### Tercero.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 18 de julio de 2018 , dictado por la Sección de Admisión, se acordó:

"1º) Admitir el recurso de casación núm. 2795/2018, preparado por la representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución -ANGED- contra la sentencia de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Sevilla, de fecha 30 de enero de 2018 , dictada en el procedimiento ordinario registrado con el número 926/2016.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar si la jurisprudencia existente ( STS de 1 de abril de 2016, recurso 835/2014 ), en relación con la motivación de las limitaciones temporales y territoriales contenidas en las



declaraciones de zona de gran afluencia turística, que regula el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, debe ser matizada o ampliada a la vista de la reforma operada en dicho precepto por el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, al añadir dos nuevos párrafos al mismo.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, tras la reforma operada en la misma por el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia,

4º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."

#### **Cuarto.**

La indicada parte recurrente presentó, con fecha 8 de octubre de 2018, escrito de interposición del recurso de casación, que se fundamentaba en la infracción por la sentencia impugnada de: i) el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, así como la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en las sentencias 88/2010, 195/2016 y 25/2017, y ii) el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado y el artículo 5 de la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición del recurso de casación solicitando a la Sala que declare:

1) Haber lugar al presente recurso de casación 2795/18, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2018, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el PO 926/2016, la case y proceda a su anulación.

2) Estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra la resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de Comercio, de la Junta de Andalucía, por la que se hace pública la declaración en el municipio de Cádiz de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, declarándola contraria a derecho y anulándola.

3) Imponga las costas de esta casación.

#### **Quinto.**

Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Letrado de la Junta de Andalucía por escrito de 29 de noviembre de 2018, en el que se opuso a los motivos de impugnación de la parte recurrente y solicitó a esta Sala que acuerde la completa desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

#### **Sexto.**

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 12 de marzo de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 30 de enero de 2018, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), contra la resolución de 22 de julio de 2016 de la Dirección General de Comercio de la Junta de Andalucía, por la que se hace pública la declaración en el municipio de Cádiz de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales.



## Segundo.

Como se ha expresado en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia, la parte recurrente alega en su escrito de interposición del recurso de casación, en primer lugar, que la sentencia recurrida infringe el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales (LHC), en la redacción dada por el artículo 7 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que era la norma bajo cuya vigencia se dictó la resolución administrativa impugnada.

El artículo 4 de la LHC, en sus apartados 1 y 2, determina el número mínimo de domingos y días festivos en los que los comercios podrán permanecer abiertos al público, que será de dieciséis, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan modificar dicho número en atención a sus necesidades comerciales, incrementándolo o reduciéndolo, sin que en ningún caso puedan limitar por debajo de diez el número mínimo de domingos y festivos de apertura autorizada

Tras esta regla general para todos los comercios, el artículo 5 de la LHC establece una amplia excepción de establecimientos con un régimen especial de plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos. En dicha lista se incluye, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 5 de la LHC los establecimientos dedicados principalmente a la venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia, que se definen en el apartado 3 del mismo precepto, así como las instaladas en puntos fronterizos, en estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo y en zonas de gran afluencia turística.

También tendrán plena libertad para determinar los días y horas de apertura, de conformidad con el apartado 2 del artículo 5 de la LHC, los establecimientos de venta 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 y mediana empresa según la legislación vigente.

La cuestión que se discute en el presente recurso de casación surge en relación con la declaración de las zonas de gran afluencia turística, que como acabamos de ver sitúa a los comercios que se encuentren en las mismas en el listado de establecimientos con plena libertad para determinar los días y horas de apertura, y más concretamente, afecta tal declaración a los establecimientos con una superficie útil para la exposición y venta al público de más de 300 metros cuadrados, porque los que tienen una dimensión inferior disponen de libertad para determinar los horas y días de apertura, aunque se encuentren fuera de zonas de gran afluencia turística, por disposición del apartado 2 del artículo 5 de la LHC.

De acuerdo con el artículo 5.4 de la LHC, las zonas de gran afluencia turística se determinan por las Comunidades Autónomas para su respectivo ámbito territorial, a propuesta de los Ayuntamientos correspondientes.

El mismo artículo 5.4 de la LHC establece los criterios que habrán de concurrir para la declaración de zona de gran afluencia turística. Son los siguientes:

"Se considerarán 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.

c) Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas.

d) 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."

A los anteriores se añade un nuevo criterio para la consideración de un término municipal o un área como zona de gran afluencia turística, por razón de superarse en determinados municipios un determinado número de pernoctaciones o de llegadas de pasajeros de cruceros a sus puertos, que expone el apartado 5 del artículo 5 de la LHC, y que es de aplicación en el presente recurso:

"5. En todo caso, en los municipios con más de 100.000 habitantes que hayan registrado más de 600.000 pernoctaciones en el año inmediatamente anterior o que cuenten con puertos en los que operen cruceros turísticos que hayan recibido en el año inmediato anterior más de 400.000 pasajeros, se declarará, al menos, una zona de gran afluencia turística aplicando los criterios previstos en el apartado anterior."

Los anteriores criterios concurren en la ciudad de Cádiz, que según resulta del expediente administrativo -y no se discute por ninguna de las partes- cuenta con una población que supera los 100.000 habitantes (120.468 habitantes según el Instituto Nacional de Estadística) y con un puerto que en 2015 recibió más de 400.000 pasajeros (411.453 pasajeros según Puertos del Estado).

Esta Sala ha señalado en las sentencias de 17 de julio de 2018 (recurso 2858/2017), 18 de julio de 2018 (recurso 3221/2017), 19 de julio de 2018 (recursos 3505/2017 y 4965/2017), 23 de julio de 2018 (recurso 3481/2017) y 24 de julio de 2018 (recurso 3653/2017), que la concurrencia de los supuestos que detalla el artículo 5.4 de la LHC determina la declaración de zona de gran afluencia turística, sin margen de discrecionalidad en este punto, y de igual manera, en los supuestos de concurrencia de los datos de presencia turística que se indican en el artículo 5.5 de la LHC (número de pernoctaciones o de pasajeros de cruceros), resulta preceptivo para la comunidad autónoma correspondiente la declaración de al menos una zona de gran afluencia turística.

En este recurso, la controversia no se centra en la necesaria declaración de zona de gran afluencia turística por la concurrencia de los datos de llegada de turistas a la ciudad en los términos del artículo 5.5 de la LHC, pues la comunidad autónoma de Andalucía realizó dicha declaración, sino que la cuestión controvertida son las limitaciones geográficas y temporales que la declaración contempla y su motivación.

En efecto, la Orden del Consejero de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, de 21 de julio de 2016, impugnada en este recurso, declaró zona de gran interés turístico un área de la ciudad de Cádiz, con las siguientes limitaciones:

i) Limitación geográfica o territorial, pues la declaración se refiere a "una parte del casco histórico", coincidiendo con los recorridos histórico-turísticos por el centro de la ciudad, que a su vez coincide con la mayor área comercial, según el perímetro que se detalla en la resolución.

ii) Limitación temporal, pues la declaración comprende los periodos siguientes: 2ª quincena del mes de septiembre y 1ª quincena del mes de mayo de cada año.

### Tercero.

Sobre la motivación de las limitaciones territoriales y temporales de las declaraciones de zonas de gran interés turístico, el artículo 5.4 de la LHC, en su penúltimo párrafo, según la redacción dada al precepto por los artículos 7.1 y 2 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio y mismos artículos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que es la aquí aplicable por razón de la fecha de la resolución administrativa recurrida, dispone lo siguiente:

"En los supuestos en los que concurren las circunstancias enumeradas y la propuesta de declaración de zona de gran afluencia turística formulada por el Ayuntamiento interesado contenga una limitación de carácter temporal o territorial, deberán justificarse en la propuesta las razones en las que se funda tal limitación temporal o territorial, de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor. En el caso de que la Comunidad Autónoma considerase que no está suficientemente justificada esta restricción, se declarará zona de gran afluencia turística la totalidad del municipio todo el año."

En este caso, el Ayuntamiento de Cádiz solicitó de la Junta de Andalucía, por escrito de 30 de junio de 2016, la declaración de zona de gran afluencia turística del área del casco antiguo, según la delimitación que se acompaña a la solicitud, durante los periodos de la 1ª quincena de mayo y la 2ª quincena de septiembre.

Obra en el expediente administrativo el informe de la Delegación de Comercio del Ayuntamiento de Cádiz, de 29 de junio de 2016, con la motivación de la limitación temporal y geográfica de la solicitud (folio 12), que es la siguiente:

[Zona de la ciudad]..."Coincidiendo con los recorridos históricos-turísticos por el centro de la ciudad, que a su vez coincide con la mayor área comercial, se ha elaborado un plano que acota la zona que quedaría declarada como ZGAT, y que se adjunta al presente informe.

En cuanto a los periodos temporales, serían los que, consultados los datos aportados por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, coinciden con una mayor afluencia de cruceros en el puerto, y que resultan ser mayo

y septiembre, y concretamente, dentro de estos meses, la primera quincena de mayo y la segunda quincena de septiembre, durante el cuatrienio 2017-2010..."

La sentencia impugnada, tras resumir las alegaciones de la parte recurrente sobre la nulidad de la resolución impugnada y reproducir el artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, en la redacción aplicable a los hechos, que fue la dada por la Ley 18/2014, de 15 de octubre que antes hemos transcrito, razonó lo siguiente para rechazar los defectos de motivación que habían sido invocados en la demanda:

En el caso de autos, la decisión de la Junta de Andalucía coincide con la propuesta efectuada por el Ayuntamiento. Se encuentra motivada, en la solicitud efectuada tanto respecto de la limitación geográfica que toma como referencia el casco histórico, coincidiendo con los recorridos históricos-turísticos por el centro de la ciudad, que a su vez coincide con la mayor área comercial; como a la limitación temporal, al hacerlos coincidir con la segunda quincena del mes de septiembre y la primera quincena del mes de mayo, en donde el número de pasajeros de cruceros es mayor. Dicha motivación ha de entenderse suficiente según el criterio mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada de 1 de abril de 2016, que revocó el criterio de esta Sala de necesidad de mayor motivación en asunto análogo pero referido a la ciudad de Sevilla seguido en sentencia de 4 de febrero de 2014.

Como vemos, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que la declaración de zona de gran afluencia turística está suficientemente motivada, "según el criterio mantenido" por la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2016 (recurso 835/2014), en la que habíamos estimado un recurso de casación promovido por el letrado de la Junta de Andalucía, contra una sentencia de la misma Sala de instancia, sobre la declaración de zona de gran afluencia turística de otra ciudad (Sevilla en aquel caso), razonando esta Sala en dicha sentencia que en aquella ocasión debía tenerse por motivada la resolución impugnada, pues existía una conexión o vínculo entre los supuestos del artículo 5.4 de la LHC y las limitaciones territoriales y temporales establecidas en la declaración de zona de gran afluencia turística.

Sin embargo, es de importancia resaltar que las exigencias de motivación que contempla nuestra sentencia de 1 de abril de 2016, son las que resultan del artículo 5.4 de la LHC, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, según se indica expresamente y resulta además evidente con la lectura de la transcripción del precepto que se efectúa en la indicada sentencia (FJ 2º), sin incluir por tanto el texto legal aplicado en aquella ocasión el penúltimo párrafo del artículo 5.4 LHC, que fue añadido por los artículos 7.1 y 2 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio y de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, antes transcrito, y que incorpora a la norma legal unas exigencias concretas y específicas de motivación antes inexistentes, por lo que cabía razonablemente entender que en la redacción del artículo 5.4 de la LHC dada por el RD 20/2012 aplicada por la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2016, el establecimiento de las limitaciones territoriales y temporales estaba sujeto a las exigencias generales de la sucinta motivación que el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 requiere a todo acto administrativo limitativo de derechos o intereses legítimos.

Por tanto, la sentencia impugnada se equivoca al tomar como referencia los criterios o estándares de motivación que resultan de la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2016, que aplicaba el artículo 5.4 de la LHC en la redacción dada por el RD 20/2012, en la que no existían especiales exigencias de motivación para fijar limitaciones territoriales o temporales, cuando el texto legal aplicable era el mismo artículo 5.4 de la LHC, pero en la redacción dada por el RDL 8/2014 y la Ley 18/2014, que incluía unas exigencias concretas y específicas de motivación, que obligaban a justificar en la propuesta "las razones en las que se funda tal limitación temporal o territorial, de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor", sin que la sentencia recurrida atendiera a estas concretas y específicas exigencias de motivación.

De acuerdo con lo anterior, la Sala aprecia la infracción denunciada del artículo 5.4 de la LHC, en la redacción que es aplicable al presente caso, por lo que procede la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia recurrida.

#### Cuarto.

El Real Decreto Ley 18/2004, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, del mismo título, introdujeron un conjunto de medidas urgentes de carácter liberalizador en el ámbito de la distribución comercial, que profundizaron en la liberalización de horarios, operada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, que ya había efectuado una reforma con dicho propósito en el texto de la Ley de Horarios Comerciales.

El Preámbulo de los citados textos legales -el RDL 8/2004 y la Ley 18/2004-, resalta que la eliminación de restricciones en este ámbito había sido una recomendación reiterada de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, y a tal efecto, una de las modificaciones que introduce en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, persigue la finalidad de garantizar la consideración y motivación efectivas de las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de zonas de gran afluencia turística:

Dice, en efecto, el Preámbulo de los textos legales citados (apartado III):

"La Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, se modifica con la finalidad de garantizar la consideración y motivación efectivas de las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de las zonas de gran afluencia turística por parte de las Comunidades Autónomas a instancia de los Ayuntamientos, que por primera vez se regularon con carácter básico en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. A tales efectos, se refuerza la necesidad de que tanto las solicitudes municipales de declaración de zona de gran afluencia turística como las resoluciones de la Comunidades Autónomas estén debidamente fundadas en criterios objetivos, de manera que, en los supuestos en que no lo estén y se produzcan restricciones injustificadas de ámbitos territoriales o periodos temporales de duración en estas zonas, rija el principio de libertad de horarios para todo el municipio y la totalidad del periodo anual, respetando en todo caso la solicitud municipal en los supuestos que esté debidamente motivada."

Estas exigencias especiales de motivación para establecer limitaciones a libertad de horarios en las zonas de gran afluencia turística, que afecten a determinados ámbitos territoriales o períodos temporales, encuentra su justificación en los beneficios positivos que el legislador de 2004 considera que produce la liberación de horarios comerciales, en ámbitos tales como el empleo, la capacidad productiva del país y otros:

"[...] las modificaciones normativas contenidas en esta Ley en materia de liberalización de horarios comerciales traen causa y persiguen como objetivos la mejora del empleo y de las ventas, el aumento de la capacidad productiva del país, el fomento de la inversión empresarial para mantener la apertura de los establecimientos, la dinamización del consumo privado y el volumen de negocio del sector. Asimismo, suponen una mejora del servicio a los consumidores y su libertad de elección, respondiendo así a los cambios sociales, maximizando los ingresos por turismo y aumentando el potencial turístico del país. Por otra parte, cabe señalar un efecto positivo en la conciliación de la vida laboral y familiar y en la capacidad de competencia del comercio tradicional con el on line..."

En definitiva, a los efectos que interesan en este recurso, la reforma llevada a cabo en la Ley de Horarios Comerciales de 21 de diciembre de 2004, por el RDL 8/2014 y la Ley 18/2014, impuso la exigencia de una "motivación efectiva" de las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de las zonas de gran afluencia turística y, a tales efectos, "refuerza la necesidad" de que tanto las solicitudes municipales como las resoluciones de las comunidades autónomas "estén debidamente fundadas en criterios motivos objetivos."

En consonancia con esa declaración de intenciones explicitada en el Preámbulo del RDL 8/2004 y la Ley 18/2014, la redacción que estos textos legales dieron al artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, incorporó un nuevo párrafo (penúltimo del precepto), que para aquellos supuestos en los que concurran las circunstancias que determinan la declaración de zona de gran afluencia turística, con arreglo al propio artículo 5.4 y al artículo 5.5 de la LHC, pues este apartado contempla la aplicación de los mismos criterios previstos en el apartado anterior, y la propuesta de declaración formulada por el Ayuntamiento interesado contenga una limitación de carácter temporal o territorial,

"...deberán justificarse en la propuesta las razones en las que se funda tal limitación temporal o territorial de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor".

#### Quinto.

Examinamos seguidamente si la propuesta del Ayuntamiento de Cádiz cumple estos requisitos específicos de motivación, en relación con las limitaciones que establece en su propuesta de declaración de zona de gran afluencia turística, que fueron de carácter territorial, al circunscribir la declaración a la zona del casco antiguo delimitada, y de carácter temporal, al restringir la declaración a dos quincenas al año, la 1ª quincena de mayo y la 2ª quincena de septiembre.



Ya hemos indicado con anterioridad en esta sentencia que la motivación de las limitaciones territorial y temporal se encuentra en el informe de la Delegación de Comercio del Ayuntamiento de Cádiz, de 29 de junio de 2016, que obra en el expediente (folio 12), y es la siguiente:

[Zona de la ciudad]..."Coincidiendo con los recorridos históricos-turísticos por el centro de la ciudad, que a su vez coincide con la mayor área comercial, se ha elaborado un plano que acota la zona que quedaría declarada como ZGAT, y que se adjunta al presente informe.

En cuanto a los períodos temporales, serían los que, consultados los datos aportados por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, coinciden con una mayor afluencia de cruceros en el puerto, y que resultan ser mayo y septiembre, y concretamente, dentro de estos meses, la primera quincena de mayo y la segunda quincena de septiembre, durante el cuatrienio 2017-2010..."

La Sala considera que la anterior motivación no da cumplimiento a las concretas y específicas exigencias del penúltimo párrafo del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, en la redacción aplicable, pues la selección que efectúa el Ayuntamiento de Cádiz de las zonas y períodos en los que va a regir la declaración de zona de gran afluencia turística y sus efectos de libertad de apertura de comercios, que se limita a una parte del casco antiguo, con exclusión de parte del mismo y de más de la mitad del término municipal, y a dos quincenas al año, no contiene ninguna explicación o justificación efectiva y fundada en criterios objetivos, sobre la forma en que la indicada selección atiende y protege los intereses comerciales, turísticos y del consumidor.

Así, en cuanto a la limitación territorial, obra en el expediente informe de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, de fecha 7 de julio de 2016 (folios 42 y 43), que advierte que la delimitación propuesta se refiere a una parte del casco histórico, de la que quedan excluidas diversas zonas (parte de la Plaza de San Juan de Dios, la Avenida del Puerto, Plaza de España, Plaza de la Hispanidad, Barrio del Pópulo, zona del Palacio de Congresos y otras), sin que la resolución de declaración de zona de gran afluencia turística impugnada explique las razones de la exclusión de esas y otras zonas del municipio de Cádiz, basadas en la defensa de los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor.

Además, el número de comercios que quedan excluidos de la declaración de zona de gran afluencia turística, por la limitación territorial efectuada, constituye un motivo más para la exigencia del cumplimiento de motivación efectiva que requiere la LHC, pues de acuerdo con el informe antes citado de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, en el casco histórico de Cádiz existen 68 establecimientos de grandes cadenas de distribución y 21 comercios de más de 300 m<sup>2</sup>, pero en la delimitación solicitada las grandes cadenas ascienden a 24 y a 10 los comercios de más de 300 m<sup>2</sup>.

Tampoco se aprecia una motivación basada en los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor en relación con las limitaciones temporales que restringen a dos quincenas los efectos de la declaración de zona de gran afluencia turística, pues única razón que se expresa en el informe de la Delegación de Comercio del Ayuntamiento de Cádiz que se acompaña a la propuesta, argumenta que dichas quincenas -la 1ª quincena de mayo y la 2ª quincena de septiembre- coinciden con una mayor afluencia de cruceros en el puerto, y si dicho dato es cierto, de acuerdo con la cifra de pasajeros de buques de crucero durante 2015 que proporciona la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz (folio 11 del expediente), no se explica por qué la declaración no se extiende a la totalidad de dichos meses, ya que la información de que se dispone es mensual y no quincenal (61.776 pasajeros en mayo y 56.631 pasajeros en septiembre), o por qué no se incluyen otros meses con cifras de pasajeros próximas a las anteriores (como abril, con 55.310 pasajeros), u otros meses que sumados arrojan cifras similares (entre junio, julio y agosto superan los 100.000 pasajeros).

Las exigencias de motivación, en los términos requeridos por el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, se hacen especialmente necesarias en un caso como el presente, en el que el establecimiento de restricciones se hace en unos términos tan amplios, especialmente en lo que se refiere al período de aplicación de la declaración, que queda limitada a 4 semanas al año, que convierten en la práctica en algo infrecuente o excepcional la regla general de libertad de horarios comerciales en las zonas declaradas de gran afluencia turística.

Al apreciar la Sala que la sentencia impugnada ha incurrido en la infracción denunciada del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, con la consiguiente estimación del recurso y anulación de la sentencia recurrida, se hace innecesario un pronunciamiento sobre la infracción del artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado y del artículo 5 de la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que se invocaban en el escrito de interposición.

De acuerdo con lo razonado, procede la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), contra la resolución de 22 de julio de 2016 de la Dirección General de Comercio de la Junta de Andalucía, por la que se hace pública la declaración en el



municipio de Cádiz de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, que anulamos por contraria a derecho.

## Sexto.

La respuesta de la Sala a la cuestión que plantea el auto de admisión del recurso de casación, de 18 de julio de 2018, es la de precisar que la jurisprudencia existente ( STS de 1 de abril de 2016, recurso 835/2014 ), en relación con la motivación de las limitaciones temporales y territoriales contenidas en las declaraciones de zona de gran afluencia turística, que regula el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, debe ser matizada a la vista de la reforma operada en dicho precepto por el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, al añadir un nuevo párrafo al indicado precepto (párrafo penúltimo), que exige que cuando la propuesta de declaración formulada por el Ayuntamiento interesado contenga una limitación de carácter temporal o territorial, "...deberán justificarse en la propuesta las razones en las que se funda tal limitación temporal o territorial de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor."

## Séptimo.

De conformidad con los artículos 93.4 y 139.1, 2 y 3 de la LJCA, cada parte abonará las costas de casación causadas a su instancia, y las comunes por mitad, sin que se haga imposición de las costas del recurso de instancia en atención a las serias dudas de derecho que planteaba el asunto.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Declarar haber lugar al presente recurso de casación número 2795/2018, interpuesto por Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), contra la sentencia de 30 de enero de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el recurso número 926/2016 SA, que casamos.

Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), contra la resolución de 22 de julio de 2016 de la Dirección General de Comercio de la Junta de Andalucía, por la que se hace pública la declaración en el municipio de Cádiz de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, que anulamos por ser contraria a derecho.

Sin imposición de costas ni de casación ni del recurso contencioso administrativo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.