

SUMARIO:

Declaración de zona de gran afluencia turística. Introducción de limitaciones temporales y territoriales. Libre ejercicio de la actividad económica.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en:

(i) Determinar si la introducción de limitaciones temporales y territoriales en las declaraciones de zona de gran afluencia turística, permitidas y reguladas en el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, puede considerarse como una restricción al libre ejercicio de la actividad económica en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en relación con el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

(ii) Aclarar si, en ese caso, a la justificación de dichas restricciones en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor que exige el citado precepto 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, debe sumarse la justificación de que concurren razones imperiosas de interés general y de que tales restricciones temporales y geográficas son idóneas, necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido.

El artículo 5 de la LHC, que establece la libertad de determinación de horarios de los establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística, es una **norma estatal de carácter básico y de coordinación de la planificación general de la actividad económica** en el sector de la distribución comercial, que no agota la regulación en materia de las declaraciones de zona de gran afluencia turística, sino que establecen un «mínimum» sobre el que la Comunidad Autónoma puede establecer una normativa adicional en el ejercicio de sus competencias. Así, las Comunidades Autónomas pueden ampliar el número de zonas de gran afluencia turística por encima de los supuestos descritos en el artículo 5, añadiendo otras zonas cuando aprecien que concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen, y en sentido inverso, aun concurriendo las circunstancias que obligan a la declaración de la zona de gran afluencia turística, pueden establecer limitaciones de carácter temporal o territorial en la aprobación de dicha calificación, si valoran que la propuesta del correspondiente Ayuntamiento justifica dichas limitaciones de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor. **Estas restricciones o limitaciones en la declaración de zona de gran afluencia constituyen excepciones al principio general que proclama el artículo 5.1 de la LHC**, de libertad de los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación para determinar los días y horas de su actividad comercial, y por tanto, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la LGUM. **Recae sobre la administración la carga de justificar las razones en las que se funden las limitaciones temporales o territoriales**, bien resulten exigidas por la LHC, bien por otras normas del ordenamiento jurídico. La lista de las razones que justifican el establecimiento de límites al acceso de una actividad económica o a su ejercicio o la exigencia del cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad es una lista cerrada, según resulta del artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

Procede **responder a las cuestiones suscitadas** fijando los siguientes criterios:

i) Las limitaciones territoriales o temporales en la declaración de zona de gran afluencia turística, que restrinjan el principio general que proclama el artículo 5.1 de la ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, de libertad para determinar los días y horas de su actividad comercial reconocida a los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

ii) La sujeción de los poderes públicos autonómicos a las exigencias del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, supone que el establecimiento por estos de límites al ejercicio de una actividad económica, deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

PRECEPTOS:

Ley 1/2004 (Horarios Comerciales), arts. 4 y 5.

Ley 17/2009 (Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), arts. 3.11 y 5.

Ley 20/2013 (LGUM), art. 5.

Ley 18/2014 (medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia), art. 7.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Don FERNANDO ROMAN GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.275/2020

Fecha de sentencia: 08/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4180/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD SEC.3

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 4180/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1275/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 8 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4180/2019, interpuesto por el procurador de los tribunales don José Alvaro Villasante Almeida, en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), bajo la dirección letrada de don Marcos Casado Martín, contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sede Oviedo, Sección Única, de fecha 29 de marzo de 2019, en recurso contencioso-administrativo número 59/2018.

Han sido partes recurridas, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, la procuradora de los tribunales doña Isabel Covadonga Julia Corujo, en nombre y representación del Ayuntamiento de Gijón y el Letrado del Principado de Asturias, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador de los Tribunales don José Alvaro Villasante Almeida, actuando en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 29 de marzo de 2019 (rec. 9/2018) por la que se desestimó el recurso interpuesto por esta misma asociación contra la resolución de 15 de diciembre de 2017 por la que se declara en el municipio de Gijón una zona de gran afluencia turística.

La sentencia de instancia para la adecuada resolución de la cuestión controvertida parte de los siguientes hechos: El 15 de diciembre de 2017, el Ayuntamiento de Gijón remitió acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 17 de noviembre de 2017, de declaración de Zona de Gran Afluencia Turística en el municipio de Gijón para el año 2018.

La propuesta pretendía delimitar en el perímetro urbano encuadrado territorialmente por la Plaza del Marqués, Jardines de la Reina; las calles Rodríguez San Pedro y Pedro Duro; Plaza del Humedal, calle Palacio Valdés; Avenida de la Costa hasta la calle Ramón y Cajal; calles Menéndez Pelayo, Marqués de Casa Valdés y Capua; Jardines del Náutico, calle Cabrales y Plaza Mayor, un área en la que se declara en el municipio de Gijón una zona de gran afluencia turística; igualmente, se proponía la delimitación temporal de dicha zona a los días 5 y 26 de agosto de 2018.

Conforme a lo establecido en el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento de la Competitividad y la Eficiencia, se propuso por el Ayuntamiento la delimitación de una zona amplia del área del centro de la ciudad.

La propuesta fue tramitada por el Principado de Asturias, dictando Resolución de 15 de diciembre de 2017 de la Consejería de Educación y Empleo, en la que se declara a Gijón zona de gran afluencia turística (ZGAT) a efectos de horarios comerciales. Dicha resolución fue publicada en el BOPA de 23 de diciembre de 2017, contra la que se interpone el presente recurso jurisdiccional.

Segundo.

Mediante Auto de 18 de octubre de 2019 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en:

(i) Determinar si la introducción de limitaciones temporales y territoriales en las declaraciones de zona de gran afluencia turística, permitidas y reguladas en el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, puede considerarse como una restricción al libre ejercicio de la actividad económica en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en relación con el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

(ii) Aclarar si, en ese caso, a la justificación de dichas restricciones en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor que exige el citado precepto 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, debe sumarse la justificación de que concurren razones imperiosas de interés general y de que tales restricciones temporales y geográficas son idóneas, necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido.

Tercero.

La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que la sentencia de instancia justifica la limitación territorial y temporal incluida en la declaración de la Zona de Gran afluencia Turística al entender que respeta los principios de necesidad y proporcionalidad, toda vez que asume la propuesta municipal, que, a su vez, contiene una proposición con restricciones geográficas y temporales justificadas.

La asociación recurrente considera que la interpretación efectuada por el Tribunal de instancia resulta errónea y contraria a la legalidad, debiendo determinarse si las mismas constituyen una restricción al libre ejercicio de la actividad económica en los términos previstos en el art. 5 de la Ley 20/2013 de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado y si a son idóneas, necesarias y proporcionadas al fin perseguido.

1º Por lo que respecta a la cuestión referida a si se trata de restricciones al libre ejercicio de la actividad económica, afirma que el concepto de "restricción", en el sentido del artículo 43 de la Constitución Europea (el actual art. 49 del TFUE), abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables afectan al acceso (o a su ejercicio) al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio intercomunitario. Y la LGUM en su artículo 5 impone a las autoridades que establezcan límites al acceso de una actividad económica o su ejercicio la motivación de su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3 de la Ley 17/2009.

La restricción de la libertad de horarios de apertura comercial es una medida asimilable a un requisito de ejercicio que, en todo caso, debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, establecido en el artículo 5 de la LGUM, con un carácter restrictivo para las medidas limitativas que afectan a la libertad de apertura comercial.

La resolución administrativa recurrida limita la apertura de determinadas zonas territoriales concretas y también limita el cierre horario, por lo que, a su juicio, se trata de una medida que restringe la libertad de horarios y el libre ejercicio de la actividad económica.

2º La justificación de la restricción en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor debe sumarse la justificación de que concurrente razones imperiosas de interés general y de que tales restricciones temporales y geográficas son idóneas, necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido.

3º Vulneración de la Ley General de Unidad de Mercado.

Del art. 5 de la LGUM y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la interpreta se desprende que la autoridad que intente establecer una restricción al ejercicio de una actividad económica debe estar justificada por una imperiosa razón de interés general y que, además, resulte proporcionada y necesaria al objetivo perseguido, y quedar sometidas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE.

La sala de instancia justifica tanto las restricciones espaciales como temporales, pero, a juicio, de la entidad recurrente, yerra en su fundamentación pues se ha centrado en la justificación basada en los criterios del art. 5.4 de la Ley 1/2004 de horarios comerciales que resultan insuficientes, a tenor de la LGUM en tanto se debería haber justificado cual es la razón imperiosa de interés general que justifica una restricción al ejercicio de la actividad económica.

i la Administración ni el Tribunal han analizado y justificado cuales son los objetivos que se perseguían con una medida tan restrictiva como la impuesta que tan solo permite la apertura comercial a los establecimientos comerciales ubicados en una zona muy restringida durante únicamente dos días a lo largo de todo el año.

Cuarto.

El Ayuntamiento de Gijón se opone al recurso.

La propuesta remitida por el Ayuntamiento para la tramitación y delimitación de la ZGAT comprendía un área urbana considerable del centro urbano de la ciudad que se delimitaba en la solicitud municipal. En relación con la delimitación espacial estaba constituido por el eje comercial y por su proximidad a los puntos de acceso a la ciudad por los que tiene máxima entrada del turismo a Gijón y así se avala en un informe (el turismo en Gijón 2016").

Y por lo que respecta a la delimitación temporal, según el informe aportado, la tasa de ocupación más elevada se registra en agosto (la semana grande, la feria internacional de muestras de Asturias, espectáculos musicales, etc...). Y en concreto el 5 de agosto por ser el inicio de la semana grande y el 26 de agosto por celebrarse ese día la fiesta de la sidra natural.

La delimitación de la zona de gran afluencia turística es una manifestación del ejercicio de sus competencias que corresponde a las Comunidades Autónomas en la regulación de los honorarios para la apertura y cierre de los locales comerciales.

Una vez declarado la ZGAT en todo el municipio si lo comparamos con otro que no lo tenga, se produciría nuevamente esa hipotética violación de la normativa que sustenta la ruptura de la unidad de mercado.

Quinto.

El Principado de Asturias se opuso al recurso.

El principio de necesidad y proporcionalidad contenido en el art. 5 de la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado se remite al art. 17 de dicha norma, que se refiere a la posibilidad de exigir una autorización para el ejercicio de una actividad o figuras equivalentes, sin que la delimitación especial y temporal del régimen especial de libertad de horario tenga nada que ver con la exigencia de autorización para el ejercicio de una actividad, ni las ZAGTs declaradas en su aplicación no exige requisito nuevo alguno para el desarrollo de una actividad, sino que se limita a fijar los espacios y periodos temporales donde puede aplicarse un régimen singular de horarios. Por tanto, no concurre restricción al libre ejercicio de la actividad económica en los términos previstos en el art. 5 de la LGUM.

Sexto.

Mediante providencia de 6 de julio de 2020 se señaló para votación y fallo el 29 de septiembre de 2020, fecha en la que se llevó a cabo la deliberación por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 29 de marzo de 2019 (rec. 59/2018), por la que se desestimó el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (Anged) contra la resolución de 15 de diciembre de 2017, dictada por la Consejería de Empleo, Industria y Turismo por la que se declara en el municipio de Gijón una zona de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales un perímetro delimitado en la propia resolución durante los días 5 y 26 de agosto de 2018.

Segundo.

La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar la conformidad del acuerdo impugnado con el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Muy específicamente:

(i) Determinar si la introducción de limitaciones temporales y territoriales en las declaraciones de zona de gran afluencia turística, permitidas y reguladas en el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, puede considerarse como una restricción al libre ejercicio de la actividad económica en los términos previstos en el artículo

5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en relación con el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

(ii) Aclarar si, en ese caso, a la justificación de dichas restricciones en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor que exige el citado precepto 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, debe sumarse la justificación de que concurren razones imperiosas de interés general y de que tales restricciones temporales y geográficas son idóneas, necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido.

Tercero. *Sobre si las limitaciones temporales y territoriales en una declaración de zona de gran afluencia turística, a que se refiere el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, pueden considerarse como una restricción al libre ejercicio de una actividad económica en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.*

Conviene empezar por señalar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en la STS nº 480/2020, de 18 de mayo, en la que se analizó como operaba la Ley de Garantía de Unidad de Mercado en relación con las limitaciones temporales y espaciales realizadas respecto a la declaración de determinadas áreas como zona de gran afluencia turística.

En la materia de horarios comerciales de domingos y festivos que ahora nos ocupa, la regla general establecida por el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales (LHC), es que los comercios podrán permanecer abiertos al público un número mínimo de dieciséis domingos y festivos, si bien la norma estatal contempla que las Comunidades Autónomas puedan 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.

El mismo artículo 4, apartados 3 y 4, de la LHC encomienda a las Comunidades Autónomas la determinación de los domingos o días festivos en los que los comercios podrán permanecer abiertos al público, con el mínimo anual antes señalado, y cada comerciante determinará libremente el horario correspondiente a cada domingo o día festivo en que ejerza su actividad.

No obstante, la anterior regla sobre la apertura en horarios y festivos no es de aplicación en relación con los establecimientos con régimen especial de horarios, que se determinan en el artículo 5 de la LHC, los cuales tienen plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional.

Entre los establecimientos con régimen especial de horarios del indicado artículo 5 de la LHC se encuentran los 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, y también, en lo que interesa a este recurso, aquellos establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística, cualquiera que sea su dimensión.

Este recurso, promovido por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), que es una organización profesional de ámbito nacional, integrada por las empresas más representativas de la mediana y gran distribución en sectores como alimentación, hogar, electrónica, textil, ocio y cultura, entre otros, se circunscribe al indicado régimen especial de horarios que resulta aplicable a los establecimientos instalados en las zonas de gran afluencia turística, cualquiera que sea su superficie útil de exposición y venta al público.

El artículo 5, apartados 4 y 5 de la LHC enumera las circunstancias que han de concurrir para que las autoridades autonómicas, a propuesta de los Ayuntamientos correspondientes, determinen las zonas de gran afluencia turística para su respectivo ámbito territorial, y entre dichas circunstancias figura, en lo que interesa al presente recurso, la de tratarse de un municipio con más de 100.000 habitantes, que haya registrado más de 600.000 pernoctaciones en el año inmediatamente anterior, como sucede en la ciudad de Vigo, que según los datos del Instituto Nacional de Estadística, obtenidos a través de la Encuesta de Ocupación Hotelera, registró durante el año 2015 un número de 623.578 pernoctaciones o que cuente con puertos en los que operen cruceros turísticos que hayan recibido en el año inmediatamente anterior más de 400.00 pasajeros.

En la regulación de las zonas de gran afluencia turística que ahora nos ocupa, hemos de hacer referencia a los dos últimos párrafos del artículo 5.4 de la LHC, en la redacción aplicable a los hechos enjuiciados, dada por el artículo 7. uno de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que disponen lo siguiente:

«En los supuestos en los que concurran 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.

Si en el plazo que determine su legislación o, en su defecto, en el plazo de seis meses, la Comunidad Autónoma competente no resolviera la solicitud del Ayuntamiento interesado, se entenderá declarada como zona de gran afluencia turística la propuesta por dicho Ayuntamiento».

El artículo 5 de la LHC, que establece la libertad de determinación de horarios de los establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística, es una norma estatal de carácter básico y de coordinación de la planificación general de la actividad económica en el sector de la distribución comercial, que como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 195/2016 (FJ 5), no agota la regulación en materia de las declaraciones de zona de gran afluencia turística, sino que establecen un "mínimum" sobre el que la Comunidad Autónoma puede establecer una normativa adicional en el ejercicio de sus competencias.

Así, las Comunidades Autónomas pueden ampliar el número de zonas de gran afluencia turística por encima de los supuestos descritos en el artículo 5, apartados 4 y 5, de la LHC, haciendo uso de la autorización del artículo 5.4.g) de la LHC, que les permite añadir otras zonas cuando aprecien que concurren circunstancias especiales que

así lo justifiquen, y en sentido inverso, aun concurriendo las circunstancias enumeradas por el artículo 5.4 de la LHC, que obligan a la declaración de la zona de gran afluencia turística, pueden las Comunidades Autónomas establecer limitaciones de carácter temporal o territorial en la aprobación de dicha calificación, si valoran que la propuesta del correspondiente Ayuntamiento justifica dichas limitaciones de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor.

Una vez delimitado el régimen jurídico aplicable a la declaración de zona de gran afluencia turística a que se refiere este recurso, hemos de resolver si las limitaciones territoriales y temporales que se recogen en dicha declaración pueden considerarse como una restricción al libre ejercicio de una actividad económica, en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

El artículo 5 de la LGUM dispone lo siguiente:

«1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.»

En primer lugar, debe reseñarse que los destinatarios del mandato que contiene la norma, esto es, "las autoridades competentes", son tanto las autoridades estatales como las autonómicas que, "en el ejercicio de sus respectivas competencias", establezcan limitaciones al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad.

Así lo reconoce, el Tribunal Constitucional en su sentencia 79/2017, que a propósito del artículo 5 LGUM ha dicho (FJ 7):

«[...] el apartado primero del artículo 5 de la Ley 20/2013 obligaría a las Comunidades Autónomas a circunscribir sus políticas públicas regulatorias que incidan en el ejercicio de las actividades económicas a la garantía de las razones imperiosas enumeradas en el referido artículo 3.11 de la Ley 17/2009».

La misma STC 79/2017 insiste en este extremo (FJ 4):

«En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo [...]), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009».

Admitida la sujeción de los acuerdos y decisiones de las autoridades autonómicas en el ejercicio de sus competencias sectoriales a las exigencias del artículo 5 LGUM, no cabe sino considerar, dando respuesta ya a la primera de las cuestiones de interés casacional que plantea el auto de admisión, que las limitaciones temporales y territoriales en la declaración de zona de gran afluencia turística de Vigo, impugnada en este recurso, deben considerarse como una restricción al libre ejercicio de una actividad económica en los términos del indicado artículo 5 LGUM.

A tal conclusión nos lleva el propio tenor literal del apartado 4 del artículo 5 de la LHC, que al tratar en su penúltimo párrafo de las propuestas de declaración de zona de gran afluencia turística formuladas por los Ayuntamientos, contempla la posibilidad de que dicha propuesta contenga "una limitación de carácter temporal o territorial", y más adelante, el mismo precepto legal se refiere a dicha limitación utilizando la expresión de "restricción".

Es cierto que la zona de gran afluencia turística no tiene que coincidir necesariamente con el término municipal, pues el primer párrafo del artículo 5.4 de la LHC establece que 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 circunstancias que enumera en los apartados siguientes, sin embargo no sucede lo mismo con el supuesto descrito en el artículo 5.5 de la LHC, que es el que ahora nos ocupa, de los municipios de más de 100.000 habitantes que hayan registrado más de 600.000 pernoctaciones en el año inmediatamente anterior, pues aquí el precepto efectúa una referencia expresa al "municipio" en el que, con dicha población y número de pernoctaciones, será obligada la declaración de una zona de gran afluencia turística.

Estas restricciones o limitaciones en la declaración de zona de gran afluencia constituyen excepciones al principio general que proclama el artículo 5.1 de LHC, de libertad de los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación para determinar los días y horas de su actividad comercial, y por tanto, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la LGUM.

Cuarto. *Sobre si a la justificación de las restricciones en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor, requerida por el artículo 5.4 de la LHC, debe sumarse la justificación exigida de la necesidad y proporcionalidad de las limitaciones exigida por el artículo 5 de la LGUM.*

Resulta claro para esta Sala que recae sobre la administración demandada la carga de justificar las razones en las que se funden las limitaciones temporales o territoriales, bien resulten exigidas por la LHC, bien por otras normas del ordenamiento jurídico que resulten de aplicación, como el artículo 5 LGUM. Hemos de partir de la sujeción de las autoridades autonómicas a las exigencias del artículo 5 de la LGUM, según hemos razonado en el fundamento jurídico precedente.

Entre las exigencias del artículo 5 LGUM se encuentra, para el caso de que en el ejercicio de sus competencias sectoriales las autoridades autonómicas establecieran límites al ejercicio de una actividad económica, la de motivar la limitación de que se trate «en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.».

La citada Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (ley de servicios), de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece en su artículo 3.11 la definición de razón imperiosa de interés general a que se remite el artículo 5 LGUM:

«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.».

La lista de las razones que justifican el establecimiento de límites al acceso de una actividad económica o a su ejercicio o la exigencia del cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, es una lista cerrada, según resulta del propio artículo 3.11 de la ley de servicios, que considera como razones imperiosos de interés general "las siguientes" .

Ahora bien, aun tratándose de un listado cerrado, tenemos presente que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 79/2017 (FJ 7) no aprecia un riesgo de que por este cauce se produzca un vaciamiento o una restricción de las concretas e importantes competencias autonómicas en materia económica, pues la enumeración que se realiza en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, «es lo suficientemente abierta en sus términos como para que quepan dentro de aquella los diferentes objetivos que se pueden querer promover a través del amplio elenco de competencias autonómicas» .

En este caso concreto, la sentencia impugnada ha reconocido que el acuerdo de declaración de zona de gran afluencia turística de Vigo, dio cumplimiento a la exigencia del artículo 5.4 de la LHC de justificar las restricciones territoriales y temporales de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor. A tal efecto argumentaba que la limitación territorial se encuentra en el informe emitido por la empresa Invesmark "el turismo en Gijón 2013" que analiza las características del turismo en dicha ciudad, y en el que se describen las circunstancias y características de las personas que se desplazan a Gijón, tiempo de estancia y zonas de visitas. El informe que fundamenta las restricciones debatidas, distingue las áreas comerciales concretas del municipio donde se concentra la actividad turística y toma en consideración los singulares días en los que tiene lugar la mayor afluencia turística. Y a la vista de estos datos concluye que «no puede sostenerse que la resolución dictada por el Consejero de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias resulte contraria a las previsiones del artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de horarios comerciales, en la delimitación de la zona de gran influencia turística, pues, con independencia de la aportación del informe en uno u otro momento del proceso, es lo cierto que la motivación de la resolución- que se remite a la propuesta municipal- responde a los objetivos perseguidos en la regulación, el incremento de ventas, la mejora de empleo y de los servicios al consumidor, en fin, una mejora del sistema económico, lo que es conforme y se hace con arreglo a los criterios contenidos en la normativa estatal de referencia [...]».

La justificación de las restricciones adoptadas se hace en función de los intereses turísticos y comerciales concurrentes y en beneficio del consumidor, según expresa el citado informe y asume la sentencia de instancia. Y

este beneficio del consumidor es coincidente con la protección de los derechos de los consumidores y de los destinatarios de los servicios, que se incluye en la lista cerrada de razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley de servicios.

En cuanto a la proporcionalidad de las limitaciones, la sentencia de instancia afirma «La zona concentra la mayor oferta hotelera de la ciudad, que dentro de la zona existen equipamientos culturales de primer orden como el teatro Jovellanos o el CCAI donde se producen los eventos culturales más importantes de la ciudad. Además es el punto de llegada del transporte que traslada a los turistas de cruceros desde el puerto de El Musel hasta los Jardines de la Reina que este Centro Comercial Abierto ha sido galardonada con el Premio Nacional del Comercio 2015, que concede el Gobierno de España entre otros, por sus actuaciones en materia de turismo de compras». Y concluye «la delimitación territorial de la zona de gran afluencia turística es donde se encuentra la mayor oferta comercial de la ciudad, con más de 400 comercios de los que 280 están adheridos a las actividades de promoción comercial y turismo de compras que organiza la Unión de comerciantes [...]».

Y por lo que respecta a la justificación de las limitaciones temporales se razona que «los datos estadísticos (Fuente INE, la tasa de ocupación hotelera en Gijón) muestran cómo la máxima concentración turística se produce en Gijón durante el mes de agosto, con gran diferencia respecto al resto de los meses del año. Hay que añadir además, como justificación, que en dicho mes se concentran en la ciudad la mayor parte de los eventos culturales, festivos y empresariales del año, como son la Semana Grande, con su extensa programación de conciertos, teatro, eventos en museos y arte en la calle, la celebración de la Feria Taurina anual, a la que hay que unir la celebración de la Feria Internacional de Muestras de Asturias y la fiesta de la sidra natural que cierra el mes, hacen que el mes de agosto sea el elegido para las aperturas. El número de domingos (dos) ha sido determinado por el Acuerdo del Ayuntamiento pleno. Los domingos que han sido designados, el primero (domingo 5 de agosto) se justifica por ser el único de los eventos tan importantes como la Semana Grande de las fiestas de Gijón y la Feria Internacional de Muestras de Asturias y el segundo (26 de agosto) al coincidir con la Fiesta de la Sidra Natural (declarada de Interés Turístico Regional)».

Por todo ello, se concluye que no puede sostenerse que exista falta de motivación ni la ausencia de la necesidad y proporcionalidad de la decisión adoptada. Juicio valorativo que se considera conforme a derecho a tenor de la fundamentación ofrecida.

Quinto. Criterios de esta Sala sobre las cuestiones que presentan interés casacional.

Procede, en función de todo lo razonado, y siguiendo la doctrina fijada en la STS nº 480/2020, de 18 de mayo, responder a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión, fijando los siguientes criterios:

i) Las limitaciones territoriales o temporales en la declaración de zona de gran afluencia turística, que restrinjan el principio general que proclama el artículo 5.1 de la ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, de libertad para determinar los días y horas de su actividad comercial reconocida a los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

ii) La sujeción de los poderes públicos autonómicos a las exigencias del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, supone que el establecimiento por estos de límites al ejercicio de una actividad económica, deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Sexto. Costas.

Según dispone el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte abonará las costas del recurso de casación causadas a su instancia y las comunes se abonarán por mitad, al no apreciar la Sala que ninguna de las partes ha actuado con mala fe o temeridad, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada respecto de las costas de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:

Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número 4180/2019, interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), contra la sentencia de 29 de marzo de 2019, dictada por

la Sección única de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo (Asturias), en el recurso número 59/2018, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde
D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Diego Córdoba Castroverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.

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.