

SENTENCIA Nº 2.946 /2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSOS Nº 190/2015 y 202/2015 (ACUMULADOS)

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

D.MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS:

D^a. MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

D. DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ

Sección Funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga, a once de octubre de dos mil diecinueve.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, los recursos Contencioso-Administrativos números 190/2015 y 202/2015 (acumulados), interpuestos tanto por Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales y asistido por el Letrado Sr. Fernández Martínez, como por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Sánchez Morales y asistido por el Letrado Sr. Casado Martín; contra la Junta de Andalucía (Consejería de Turismo y Comercio), representada y asistida por el Letrado de la Junta de Andalucía Sr. Del Castillo Delisle.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. David Gómez Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales, en representación del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, se interpuso ante este Sala recurso contencioso administrativo contra la Orden de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2015 (publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 6 de febrero de 2015), por la que se declaran dos zonas del municipio de Málaga zonas de gran afluencia turística a efectos de horarios



comerciales para los períodos de Semana Santa y el mes de agosto, con vigencia para los años 2015, 2016, 2017 y 2018. De al misma forma, por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Sánchez Morales, en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), se formuló ante la misma recurso contencioso-administrativo frente a idéntica disposición

Se tuvieron por interpuestos los anteriores recursos, acordándose su tramitación por el cauce del procedimiento ordinario, reclamándose los correspondientes expedientes administrativos, ordenándose, a su vez, la notificación a todos los interesados en los mismos.

Recibidos los correspondientes expedientes se confirió traslado de aquellos a los recurrentes para que formalizaran la demanda, lo que efectuaron en legal forma, en las que se interesaba, en síntesis, se estimaran las demandas, se anulase la disposición recurrida y, en el caso del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, que se determinasen como zonas de gran afluencia turística las propuestas por el Ayuntamiento, todo ello con condena en costas de la Administración demandada.

SEGUNDO .- Se confirió traslado de las referidas demanda por el término legal a las parte demandada, presentándose sendas contestaciones, en las que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que se consideraron de aplicación, se suplicaba el dictado de Sentencia por la que se desestimasen las pretensiones de ambas demandantes. En aquellas se solicitó, igualmente, la acumulación de ambos procedimientos; lo que, tras los trámites procesales que constan en las actuaciones, acordó esta Sala mediante Auto dictado por la Sección Segunda el día 16 de octubre de 2015.

TERCERO .- Tras la fase de prueba y el trámite de conclusiones, se señaló seguidamente día para votación y fallo.

CUARTO .- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales de general y pertinente aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Tal como se ha recogido en los antecedentes de hecho, se dirigen los recursos que dieron lugar a la formación del presente recurso contra la Orden de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2015 (publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 6 de febrero de 2015), por la que se declaran dos zonas del municipio de Málaga zonas de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales para los períodos de Semana Santa y el mes de agosto, con vigencia para los años 2015, 2016, 2017 y 2018.

Frente a la misma opuso el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga que ya la Sala anuló mediante Sentencia de 24 de octubre de 2014 la anterior Orden de la Consejería





demandada de 16 de abril de 2013, que, con idéntico contenido a la aprobada, declaraba la existencia de dos zonas de gran afluencia turística en determinados periodos, por entender que no se encontraban debidamente motivadas ni la exclusión de la zona oeste propuesta entonces (y nuevamente reivindicada por la Administración Local en sus alegaciones) ni las restricciones temporales (Semana Santa y mes de agosto, como en la Orden recurrida), dado que ello suponía una quiebra de la regla general de libertad de horarios. Según la tesis que se sostiene por la Administración Local, la Orden combatida viene a ser, de facto, una prórroga de la anulada porque, de un lado, no puede considerarse una propuesta ex novo de la Administración autonómica, sino que es la en su día confeccionada por el Ayuntamiento de Málaga, pero excluyendo una zona y limitando temporalmente las dos aprobadas; y, de otro, al reiterar la exclusión de la zona oeste a pesar del cumplimiento de las condiciones del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales en sus epígrafes a) por concentrarse un 38,70% de los hoteles en dicha zona, conforme a datos proporcionados por AEHCOS, y contar con el 24,95% de las plazas (bastando uno solo de ellos); b) por hallarse en su perímetro tres Bienes de Interés Cultural: la Iglesia de San Pedro, la Iglesia de Santo Domingo el Real (antiguo Convento) y el Convento de San Andrés -figurando la primera en el folleto de información turística-; y f) porque en dicha zona, además de aglutinarse "calles que tradicionalmente han sido un referente en la actividad comercial" tales como Cuarteles, Salitre, Armengual de la Mota o Callejones del Perchel, se encuentran cinco grandes superficies que son "piezas clave" en el turismo de compras. A todo ello añade que la restricción temporal acordada no fue solicitada por la Administración municipal, que es la única que podría hacerlo, y no se encuentra debidamente motivada porque: a) los meses de diciembre y enero aglutinan el 50% de las ventas en el sector comercio; b) entre abril y octubre se supera el 53,7% de la media de ocupación hotelera, sin que resulte plausible que se limite la declaración al mes de agosto por el número de pernотaciones; y c) varios informes de las organizaciones sociales o económicas o son obviados o no tomados en consideración cuando informan en la línea propugnada por la Administración local.

Por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución se opuso en su demanda la infracción de los artículos 14 y 38 de la Constitución Española, 3, 5 y 9 de la Ley de garantía de la Unidad de mercado, 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales (en su redacción tras las reformas operadas mediante los Reales Decretos-Leyes 20/2012 y 8/2014, el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la doctrina contenida en el Sentencia del tribunal Constitucional 88/2010; ya que la regla general es la de la plena libertad de horarios, por lo que cualquier restricción a la misma debe estar debidamente motivada en criterios objetivos. A ello añadía que en este caso las restricciones establecidas no lo están, al no haberse ponderado los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor. Además, aduce la existencia de cosa Juzgada, al ya haberse pronunciado la Sala en un supuesto idéntico en Sentencia de de 24 de octubre de 2014.

La parte demandada se opone a la estimación del recurso y sostiene la corrección de la resolución impugnada, al entender que la Orden impugnada se ajusta a derecho por las razones que consignó en sus respectivos escritos de contestación (que viene a resultar en gran medida coincidentes con las expuestas por la Administración demandada en vía administrativa).

SEGUNDO .- Antes de dar respuesta a las cuestiones suscitadas por las partes, procede



efectuar un breve resumen de lo acontecido en vía administrativa y del contenido del expediente administrativo remitido a esta Sala.

Así, consta a los do primeros folios del expediente cómo mediante Acuerdo dictado por la Dirección General de Comercio de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía el día 4 de noviembre de 2014, se inició de oficio y con carácter de urgencia el procedimiento para la declaración de zona de gran afluencia turística del para los años 2015 a 2018 en las mismas zonas y los mismos periodos que se concedieron en los años 2013 y 2014, en aplicación de los criterios del artículo 20 b), d) y e) del Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo. El Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga realizó las alegaciones que constan a los folios 43 a 45 bis del expediente, suscritas por la Tenencia de Alcaldía Delegada del Área de Gobierno de Promoción Empresarial y Empleo el día 19 de noviembre de 2014. A las mismas se adjuntó el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión ordinaria celebrada el día 9 de noviembre de 2012, que igualmente venía acompañado tanto de la propuesta de la Delegación de Promoción Empresarial y del Empleo a la Junta de Gobierno Local relativa a la delimitación de la zona de gran afluencia turística de la Ciudad de Málaga (para su remisión a la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía), emitida el 7 de noviembre de 2012 -folios 47 a 62-, como del informe jurídico sobre delimitación de la Zona de Gran Afluencia Turística de la Ciudad de Málaga (emitido igualmente para su remisión a la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía) fechado el 7 de noviembre de 2012 -folios 62 bis y 63-. En dicha alegaciones se proponía por la Administración local que se declarasen tres Zonas de Gran Afluencia Turística (dos de ellas -Áreas Este y Centro- sustancialmente coincidentes con las reseñadas por la Junta de Andalucía y otra en el Área oeste) durante todo el año; o, caso de no entender justificada la restricción propuesta, se declarase Zona de Gran Afluencia Turística la totalidad del municipio durante todo el año.

En respuesta de tales alegaciones se emitió por la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía en Málaga un informe fechado el 24 de noviembre de 2014 -folios 66 a 73- en el que se informó favorablemente la declaración de las Zonas de Gran Afluencia Turística a efectos de horarios comerciales del Municipio de Málaga para los años 2015, 2016, 2017 y 2018 en las mismas zonas y los mismo periodos que se concedieron en el año 2014. Las razones por la que se efectuó tal propuesta fueron, en síntesis, los siguientes: a) que los datos aportados por el Ayuntamiento en su informe (no procedentes de fuente oficial) resultan dispares con los reflejados en el Registro de Turismo de Andalucía, conforme a los cuales se localizaban en la zona centro el 40,70% de los establecimientos hosteleros -y el 29,90% de las plazas-, mientras que en la zona oeste tan solo se situaban el 8,99% de aquellos -con el 24,95% de las plazas- y en la este el 5,29% de los mismos -con un 5,79% de las plazas-; b) que en la zona oeste delimitada por el Ayuntamiento tan solo se encuentra 3 de los 5 inmuebles referidos en las alegaciones municipales (Antiguo Convento de San Andrés, Iglesia de Santo Domingo el Real -antiguo Convento-, Archivo Histórico Provincial de Málaga, Convento de la Trinidad e Iglesia de San Pedro) no siendo focos de atracción turística -sin que bastase su mera catalogación-, como pondría de manifiesto que ninguno de ellos apareciese destacado en el folleto de información turística confeccionado por el propio Ayuntamiento; c) que el solo hecho que en la zona oeste existan cinco grandes superficies no provoca que la misma sea un área cuyo principal atractivo sea el turismo de compras, pues se ha de entender como área de turismo de compras (conforme al



Decreto 2/2014) la comprendida dentro del perímetro de la zona reconocida oficialmente como Centro Comercial Abierto, lo que, conforme a la Orden de 7 de mayo de 2010, solo se verifica en la zona centro, al hallarse en la misma el centro comercial abierto Centro Histórico de Málaga -reconocido por la Orden de la Consejería de Turismo, Comercio y deporte de 21 de enero de 2011-; y d) que en cuanto a la temporalidad propuesta, refiere que se han tenido en cuenta los informes emitidos por la Federación del Comercio de Málaga y la Confederación de Empresarios de Málaga (para ponderar los intereses comerciales, mostrando ambas su conformidad con la propuesta inicial), así como los emitidos por la Asociación de Consumidores y Amas de casa Santa María de la Victoria Al-Andalus y por Facua, consumidores en acción (para ponderar los intereses de los consumidores, afirmando que tan solo esta última sugiere la ampliación del plazo estival del 15 de junio al 15 de septiembre), afirmando haber ponderado igualmente los intereses turísticos a la vista de lo manifestado por el propio Ayuntamiento (que reconoce que los dos grandes eventos de la Ciudad son la Semana Santa y la Feria), valorando especialmente el interés cultural de la semana Santa (por estar declaradas desde 1980 como fiestas de interés turístico de carácter internacional). Y a todo ello añadía que, según consideraba la Administración autonómica, la declaración de Zona de Gran Afluencia Turística del área oeste propuesta por la Administración local comportaría que la estructura comercial de la ciudad pudiera verse afectada de forma perjudicial para el pequeño comercio minorista de la misma, al comportar la inclusión de de 5 grandes establecimiento comerciales a los que se eliminarían las restricciones horarias actuales, lo que podría provocar un cambio de hábitos de los consumidores, más que un incremento del consumo.

Con sustento en tal informe se confecciona una propuesta de Orden de 22 de diciembre de 2014 que resulta coincidente con la propuesta inicial (que figura a los folios 79 a 95 del expediente), señalándose al folio 93 que “los informes de las organizaciones sociales y económicas son muy relevantes, ya que son preceptivos en el procedimiento. La valoración del sentido de los informes emitidos por las entidades consultadas ha sido en sentido favorable, a excepción del emitido por la Cámara de Comercio”. De la misma forma, se refleja en el mismo que la zona señalada por el Ayuntamiento como oeste es “artificial”, al parecer “diseñada para incluir a las grandes superficies minoristas”, lo que perjudicaría la estructura comercial de Málaga (por incluirse varios “grandes establecimientos comerciales -con más de 5.500 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta-) lo que perjudicaría al comercio de proximidad -folio 90-. También recoge, por último, los datos de pernoctaciones de los años 2012 a 2014, figurando en todos ellos como el mes como mayor número el de agosto -folio 92-. Recibida la propuesta en el Ayuntamiento, por la Tenencia de Alcaldía Delegada del Área de Gobierno de Promoción Empresarial y Empleo del mismo se efectúan unas alegaciones a aquella en fecha 2 de enero de 2015 -folios 130 a 133 bis- en las que, además de reiterar las iniciales (y reproducir literalmente las mismas) añadía como conclusión (apartado octavo, folios 132 bis y 133) que dado el carácter “expansivo” y el espíritu liberalizador de la Ley de Horarios Comerciales, resulta “siempre necesaria la fundamentación de las restricciones que se soliciten (y por tanto, que se concedan) y de no resultar estas suficientemente justificadas, las declaraciones afectarán a la totalidad de los municipios por el periodo anual completo”, concluyendo de todo ello que el “margen de maniobra que la Ley otorga a las Comunidades Autónomas en materia de declaración de Zona de Gran Afluencia Turística no es sino para favorecer la máxima liberalización posible y nunca lo contrario”.



A dichas alegaciones da respuesta el informe de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía en Málaga fechado el 12 de enero de 2015 (folios 134 y 135) en el que se aclara que la Administración autonómica propuso la prórroga de la declaración anterior (sino que confeccionó una coincidente para los años 2014 a 2018), iniciando en el procedimiento de oficio en pura aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Única del Decreto 2/2014, habiéndose seguido los requisitos procedimentales del mismo.

Tras la emisión del mismo se procede al dictado de la Orden recurrida (folios 138 a 167).

TERCERO.- Expuesto brevemente el contenido del expediente, se expone a continuación el marco legal aplicable. Respecto del procedimiento a seguir para efectuar la declaración contenida en la Orden, el mismo se regula en el Decreto 2/2014, de 14 de enero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para la declaración de zonas de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales. Conforme a lo dispuesto en su artículo cuarto, dicho procedimiento se ha de iniciar a instancia del Ayuntamiento tras acuerdo al respecto del órgano de gobierno municipal competente; mas, según se recoge de forma expresa en el apartado 1.2.a) de la Disposición Adicional Única del referido Decreto, si el Ayuntamiento no solicitase la declaración antes del 1 de octubre del año inmediato anterior, el procedimiento se inicia de oficio por la Consejería competente en materia de comercio interior (dándole al Ayuntamiento trámite de audiencia para que puede alegar lo que estime conveniente). En el acuerdo de inicio se han de valorar expresamente a tal efecto: a) el criterio o criterios que dan lugar a la solicitud de declaración en la zona o zonas afectadas en el municipio y en el periodo o periodos solicitados; b) la intensidad de la afluencia turística en la zona o zonas y en el periodo o periodos solicitados; c) La estructura comercial previsiblemente afectada por la declaración de zona de gran afluencia turística y d) el sentido de los informes previos a recabar.

Estos informes previos al dictado de acuerdo de inicio son aquellos a los que alude el artículo quinto, que deben obtenerse de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y, en su caso, Navegación en cuya demarcación territorial se halle el municipio, de las organizaciones y asociaciones más representativas del sector empresarial, de las personas trabajadoras y de las personas consumidoras y usuarias en el ámbito local, o en su defecto, a las organizaciones más representativas de esos colectivos a nivel provincial; indicándose a aquellas las circunstancias fundamentasen la solicitud de declaración en la zona o zonas y el período o períodos solicitados, la intensidad de la afluencia turística que sustente la solicitud y la estructura comercial previsiblemente afectada. Reseñar, además, que, caso de iniciarse el procedimiento de oficio por la Consejería competente en materia de comercio interior por darse el caso contemplado en la Disposición Adicional Única antes referida, será la Delegación Territorial correspondiente la que solicite tales informes.

Pues bien, según se refleja en los artículos 7 y 8, una vez recibida la solicitud, la Delegación Territorial competente en materia de comercio interior podrá, además de requerir al Ayuntamiento solicitante para completarla o subsanarla en algún aspecto -de entenderlo procedente-, solicitar toda la información o documentación estime imprescindible para acreditar la correcta resolución del procedimiento; emitiendo a





continuación un informe con el objeto de valorar las circunstancias relacionadas del precitado artículo cuarto. Dicho informe junto con copia completa del expediente se remiten a la a la Dirección General competente en materia de comercio interior, que habrá de oír preceptivamente al Consejo Andaluz de Comercio. Tras dicho trámite, la citada Dirección General elabora propuesta de resolución que se traslada al Ayuntamiento para su audiencia por plazo de 10 días. Concluido dicho trámite (con o sin presentación de alegaciones), y valoradas, en su caso, las alegaciones que pudieran haber sido presentadas por el Ayuntamiento, se elevar dicha propuesta a la persona titular de la Consejería, que procede al dictado de la correspondiente Orden.

CUARTO.- De la misma forma, y a los efectos de evaluar si procedía o no la declaración de zona de gran afluencia turística (y con qué concreta extensión geográfica y temporal), resultaban de aplicación los criterios recogidos tanto en el apartado cuarto del artículo quinto de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, como en el apartado tercero del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo. Interesa destacar en este punto que la redacción que a continuación se transcribe es fruto de la reforma del primero tanto por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, por el que se aprobaban medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, como por la posterior la Ley 18/2014, de 15 de octubre, por la que se aprobaban medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (que, conforme a su disposición final quinta, entró en vigor el 18 de octubre de 2014, esto es, antes del inicio de procedimiento de elaboración de la disposición recurrida). En lo que interesa a este procedimiento, es necesario poner de manifiesto que, conforme al apartado tercero de la Disposición Final Primera de este último texto legal, dicha reforma se dictó al amparo del artículo 149. 1. 13.ª de la Constitución -que atribuye al Estado la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica-, de lo que se desprende su carácter de legislación básica.

Conforme a dichos textos legales (coincidentes en su redacción a esta respecto) se consideran zonas de gran afluencia turística las "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 declarada Patrimonio de la Humanidad o en la 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; y g) cuando concurran circunstancias especiales que así lo justifiquen.

Ahora bien, a raíz de la aprobación y entrada en vigor, de, en primer lugar, el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de -que entró en vigor en dicha fecha conforme al primer párrafo de la Disposición Final Quinta del mismo-; y, en segundo lugar, la Ley 18/2014, de (que entró en vigor el 17 de octubre de 2014, conforme al primer párrafo de la Disposición Final Quinta de la misma) se añade a dicho precepto un nuevo párrafo (que, como se ha razonado con anterioridad, tiene carácter de legislación básica).



Conforme al tenor literal del mismo, en aquellos “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”; añadiéndose a continuación que en el caso “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”.

Interesa poner de manifiesto en este punto ciertos párrafos del Preámbulo de la precitada Ley 18/2014, mediante la que se lleva a cabo la reforma del mencionado apartado; pues de su lectura se infiere con claridad cuál era el objetivo pretendido por el legislador con la misma. Así, y en lo que interesa a la cuestión debatida en este procedimiento, en el mismo se destaca cómo la modificación de la Ley de Horarios Comerciales tiene por finalidad el reforzar “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”. De la misma forma, se destaca que la modificaciones en la regulación de las zonas de gran afluencia turística tenían por objeto “aprovechar las sinergias procedentes de la relación entre el turismo y el comercio, al ser el turismo un factor de empuje de la actividad comercial que aumenta la capacidad de generación de empleo y de actividad económica”; aclarando al respecto que, a juicio del legislador, “una oferta comercial amplia, variada y disponible en los momentos de afluencia turística multiplica, sin duda, el impacto económico del turismo y contribuye a la generación de crecimiento y empleo”. Referir, por último, que en dicho Preámbulo igualmente se consigna cómo las modificaciones normativas en materia de liberalización de horarios comerciales reflejadas en dicha Ley perseguían “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”; añadiendo que, asimismo, suponían “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”.

QUINTO.- A todo lo hasta ahora referido se ha de necesariamente añadir que, como alegan todas las partes del procedimiento, esta Sala ya se pronunció acerca de la declaración de una zona de gran afluencia turística de la ciudad de Málaga -la aprobada mediante la Orden de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía de 16 de abril de 2013- en la Sentencia de su Sección Tercera de 24 de octubre de 2014 (dictada en el recurso 295/2013). En dicha Sentencia se anuló dicha Orden por, en síntesis, su “deficiente motivación”; mas igualmente se realizaron ciertas precisiones que conviene recordar en la presente resolución.





En primer lugar, se puso de manifiesto que aun cuando en el procedimiento de declaración de las zonas de gran afluencia turística correspondía la iniciativa al municipio, su propuesta no tenía un carácter vinculante. Y, de la misma forma, que no podía convenirse con la Administración local recurrente (como en este procedimiento) que únicamente mediante su propuesta pudieran establecerse limitaciones espaciales y temporales a tales zonas (dado que en tal caso la "competencia autonómica se limita al punto de convertirse en ilusoria", calificándose tal interpretación de inviable, tanto por no responder "a la sistemática propia del precepto que atribuye a las comunidades la determinación de estas áreas", como por no ser "respetuosa con la competencia autonómica en materia de comercio interior").

En segundo lugar, que aun cuando la competencia para la definición de tales zonas, sus limitaciones geográficas y temporales sean competencia de las Autonomías; estas deben motivar de forma razonable las posibles restricciones que finalmente pudiera (en ejercicio de tal competencia) establecer. Así, y por lo que se refería a la exclusión del área definida como zona oeste de Málaga en la propuesta entonces cursada por el Ayuntamiento (coincidente con la propugnada por el mismo en las alegaciones presentadas en el procedimiento objeto de fiscalización judicial), se expuso que la misma se sustentaba una "lacónica afirmación" (limitada a una pretendida ausencia de cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales) que no daba cumplida respuesta los argumentos desplegados por el Ayuntamiento en su propuesta (conforme a la cual se cumplirían las condiciones contempladas en sus apartados a, b y f, dada la existencia de un parque hotelero significativo, la existencia de inmuebles catalogados como integrantes del patrimonio histórico artístico, así como ser foco de atracción del turismo de compras); mientras que, en lo que se refería a la limitación temporal de la eficacia de la declaración entonces llevada a cabo (que la circunscribía -como en el presente supuesto- al mes de agosto y a la Semana Santa) se limitó la Administración autonómica a esgrimir el mayor índice de ocupación hotelera anual en lo que respecta al primer periodo y la existencia de declaración de fiesta de interés turístico nacional respecto del segundo (lo que la convertía en "fuente de atracción de foráneos por este motivo"), reprochándosele que no llevase a cabo una justificación más pormenorizada (por omitir un análisis comparativo con otros periodos del año, poniendo de manifiesto si existía un desequilibrio suficiente de pernoctaciones hoteleras respecto de los mismos; o si existían diferencias significativas en el número de turistas atraídos por la celebración de la Semana Santa y los que acudían en otros periodos y por otras motivaciones) y que no tuviese en cuenta la incidencia en el comercio tanto del turista ocasional que visita la ciudad pero no pernocta en la misma (dada la existencia de un parque hotelero muy extenso en el conjunto de la Provincia) como de los turistas que integran el pasaje de los cruceros que amarran en el puerto (que aunque visitan la ciudad, tampoco pernoctan necesariamente en la misma).

Y en tercer lugar se concluyó (fundamento de derecho cuarto) que la pretensión de la Administración Local recurrente consistente en que esta Sala declarase incluida en la zona de gran afluencia turística de Málaga a la zona oeste delimitada en su propuesta y que, a su vez, esta declaración lo fuera sin restricción temporal alguna, no podía ser acogida. Y ello por cuanto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal que se enunciaba en la misma, la facultad decisoria al respecto la ostentan de forma exclusiva las Comunidades Autónomas, para lo cual goza de un "reseñable margen de apreciación discrecional"; sin que, consiguientemente, este Tribunal pueda suplantar a la





Administración Regional en el ejercicio de dicha actuación discrecional conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (dada la existencia de más de una alternativa posible al respecto). Consecuentemente (tal y como se expuso en la misma) la decisión de esta Sala debía limitarse a la declaración de la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa a derecho, y, en su caso, a la anulación de la actividad contraria al ordenamiento jurídico, mas sin "completar el vacío que es resultado de la anulación del acto discrecional impugnado".

SEXTO.- De la misma forma, resulta inevitable poner de manifiesto que tras el dictado de aquella han existido dos pronunciamientos del Tribunal Supremo referentes a este tipo de declaraciones; ambos referidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En aquellos se casan y revocan sendas Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede Sevilla referentes a las declaraciones de zona de gran afluencia turística correspondientes a las ciudades de Sevilla y Cádiz.

La primera de ellas es la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2016 (casación 835/2014). En la misma se ponían de manifiesto ciertos extremos que conviene remarcar. Así, y en primer lugar, se exponía que la competencia tanto para la fijar los horarios comerciales como para determinar las zonas de gran afluencia turística en su respectivo ámbito territorial la ostentan las Comunidades Autónomas, respetando la legislación básica del Estado. Y aun cuando la determinación de estas zonas se realiza "a propuesta de los Ayuntamientos correspondientes", la referida propuesta no es vinculante; pues siempre que la Comunidad Autónoma se sujete a las previsiones contenidas por la normativa estatal básica, goza de libertad para delimitar estas zonas que quedan sujetas a un régimen excepcional de libertad de horario, como excepción a la normativa autonómica general referida a los horarios comerciales. Y en segundo lugar, se expresaba en aquella cómo la justificación de tal decisión puede efectuarse por remisión a los informes técnicos obrantes en el expediente, siempre que de ellos se pudieran deducir la conexión que exista entre la zona espacial y el ámbito temporal con los criterios fijados en el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales.

La segunda -y más reciente- es la dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2019 (casación 2795/2018). Del contenido de la misma interesa destacar las siguientes reflexiones: a) la Sala Tercera reitera (con cita de las previas 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 Ley de Horarios Comerciales 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 (número de pernотaciones o de pasajeros de cruceros), resulta preceptivo para la Comunidad Autónoma correspondiente la declaración de al menos una zona de gran afluencia turística; b) existen unas exigencias concretas y específicas de motivación de las limitaciones territoriales y temporales de las declaraciones de zonas de gran afluencia turística desde la reforma del precitado artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, operada en virtud de 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, que previamente resultaban inexistentes -pues anteriormente quedaban limitadas a las generales de la sucinta motivación que requiere todo acto administrativo limitativo de derechos o intereses legítimos-; c) que dichas exigencias específicas de motivación precisan que en la propuesta se justifiquen expresamente las razones en las que se sustentan tales limitaciones temporales y/o territoriales “de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor”; d) que tal justificación ha de ser “efectiva” y estar “fundada en criterios objetivos”, debiendo estar referida a “la forma en que la indicada selección atiende y protege los intereses comerciales, turísticos y del consumidor”; y e) que la exclusión de ciertas zonas del municipio de la zona de gran afluencia turística o su limitación temporal exige especialmente de una explicación cumplida si “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”.

En relación a esta última reflexión, han de ponerse igualmente de manifiesto varias puntualizaciones contenidas en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia de 25 de marzo del corriente. Así, la Sala Tercera expone que tanto el Real Decreto Ley 18/2004, de 4 de julio, como la Ley 18/2014, de 15 de octubre, “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”; añadiendo que en los preámbulos de ambas normas se recuerda cómo “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 Económico”. Respecto de las tan citadas exigencias especiales de motivación para el establecimiento de limitaciones a libertad de horarios en las zonas de gran afluencia turística, recalca que las mismas encuentran su justificación en los beneficios positivos que el legislador considera que produce la liberación de horarios comerciales, en ámbitos tales como el empleo o la capacidad productiva del país.

SÉPTIMO.- Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto, y trasladando esta necesidad de concreta y específica motivación “de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor” que han de reunir las limitaciones territoriales y temporales de las declaraciones de zonas de gran afluencia turística al supuesto enjuiciado; la Sala concluye que las fijadas por la Administración Autonómica en la Orden recurrida carece de la misma.

En lo que concierne a la exclusión de la zona oeste del municipio que propone el Ayuntamiento respecto de la declarada como zona de gran afluencia turística, no se da explicación suficientemente pormenorizada, en primer lugar, de cuál sea la razón por la que en aquella no concurre la circunstancia contemplada en el apartado a) del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales (y del mismo apartado del artículo 20.3 del Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía). Incluso dando por correctos los datos que esgrime la Junta de Andalucía en su informe de 24 de noviembre de 2014 -folios 66 a 73-, al haberse obtenido del Registro de Turismo de Andalucía; aun cuando se aprecia una diferencia muy notable en el porcentaje de establecimientos hoteleros que se localizan en unas y otras zonas -un 40,70% en la zona centro, declarada de gran afluencia turística, y un 8,99% en la zona oeste, excluida de la declaración- la diferencia resulta



mucho más exigua en cuanto al porcentaje de plazas hoteleras – un 29,90% de las plazas en la primera de las enunciadas por un 24,95% de segunda-. Dado que en el apartado a) de tales normas se alude a la existencia de una concentración suficiente de “plazas” en alojamientos y establecimientos turísticos -y no al número de estos últimos-, y se puntualiza que dicha concentración no solo se refiere a su aspecto cuantitativo, sino igualmente al cualitativo (extremo esta que no aparece analizado en el informe); las razones contenidas en el informe técnico resultan insuficientes para colmar las exigencias específicas de motivación respecto de los intereses turísticos tomados en consideración. De la misma forma, en dicho informe se descarta en dicha zona oeste la concurrencia de la circunstancia reflejada en los epígrafes f) del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales y del Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía (ésto es, que aquella constituya un área cuyo principal atractivo sea el turismo de compras) a pesar de admitir que en la misma existen cinco grandes superficies comerciales por el hecho de no estar reconocida oficialmente como Centro Comercial Abierto. Y sustenta tal razonamiento en lo recogido a este efecto en el artículo 2.6º del recitado Decreto 2/2014, conforme al cual puede declararse zona de gran afluencia turística a aquella que constituya un área cuyo principal atractivo sea el turismo de compras, añadiendo a continuación: “Se entenderá como tal el perímetro de la zona reconocida oficialmente como Centro Comercial Abierto, según la Orden de 7 de mayo de 2010, por la que se establece el procedimiento para la obtención de su reconocimiento”. Pues bien, que la zona reconocida oficialmente como Centro Comercial Abierto deba entenderse como área cuyo principal atractivo sea el turismo de compras (que es lo que dispone este precepto) no ha de entenderse a modo de limitación exclusiva o absoluta. Es decir, que no debe concebirse tal previsión para excluir necesariamente como área cuyo principal atractivo sea el turismo de compras a toda que no tenga este reconocimiento oficial, sino a la inversa, es decir, que la zona reconocida como Centro Comercial Abierto ha de entenderse como área en el que el principal atractivo es el turismo de compras. Dada esta concentración de grandes superficies en la zona oeste propuesta por el Ayuntamiento, la sola mención a la ausencia de reconocimiento oficial como tal Centro Comercial Abierto de la misma no colma las exigencias concretas y específicas de motivación basada en los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor.

Tampoco se se aprecia la existencia de esta motivación en lo que respecta a la limitación temporal. Es cierto que tanto en el informe de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía en Málaga 24 de noviembre de 2014 como en la propuesta de Orden de 22 de diciembre de 2014 se hace constar que la limitación temporal se ha establecido tomando como referencia tanto los intereses turísticos (conforme a lo manifestado por el propio Ayuntamiento, que reconoce que los dos grandes eventos de la Ciudad son la Semana Santa y la Feria de agosto), culturales (por estar declarada la Semana Santa fiesta de interés turístico de carácter internacional desde 1980) y como los datos objetivos de pernoctaciones. Sin embargo, han de efectuarse diversos reparos a tales argumentos. En primer lugar, orillan de nuevo reflexiones como las indicadas en la Sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 24 de octubre de 2014. Nuevamente se omite un análisis comparativo respecto del número de pernoctaciones en otros periodos del año, poniendo de manifiesto las diferencias existentes (o incluso el carácter más o menos significativo de tales diferencia en el número de turistas atraídos por la celebración de la Semana Santa y los que acuden a la ciudad en otros periodos y por otras motivaciones), sin que tampoco se ponderen, vistas las peculiaridades que presenta la ciudad de Málaga, la incidencia en el comercio de los



turistas ocasionales -formen o no parte del pasaje de los cruceros que amarran en el puerto, pues pueden hospedarse en poblaciones cercanas- que no pernactan en la misma aunque la visiten. Y este análisis era necesario, porque aun cuando a la vista de los datos de número de pernactaciones reflejados el folio 92 del expediente, se constata cómo, efectivamente, el mes de agosto fue aquel en el que se verificó una cantidad superior en las anualidades de 2012 a 2014; existieron otros periodos -especialmente los meses de julio y septiembre- que superaban ostensiblemente la media anual. Sin un razonamiento adicional que permita conocer cuál es el criterio por el que la limitación temporal debía quedar constreñida exclusivamente a un mes del periodo estival (cuando el número de pernactas era igualmente muy elevado también en otros) o la diferencia en la afluencia de turistas por acontecimientos distintos a la Semana Santa no se da cumplida respuesta a las referidas exigencias de motivación (en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor)

Es más, tanto en el informe de 2014 como en la propuesta de Orden la Administración Autonómica sostuvo que se habían tenido en cuenta los informes emitidos por la Federación del Comercio de Málaga y la Confederación de Empresarios de Málaga (para, de esta forma, ponderar los intereses comerciales), mas igualmente consta al folio 76 que el día 2 de diciembre de 2014 se recibió en la Delegación Territorial informe emitido por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de la Provincia de Málaga el 13 de noviembre, en el que se hacía constar que el criterio mantenido por el Comité Ejecutivo de la misma era el adherirse a la propuesta efectuada por el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga. Y si bien ello se pone de manifiesto en la propuesta de Orden -folio 93-, no se efectúa una valoración al respecto, limitándose a consignar el sentido del informe. Esto vuelve a suceder en lo que concierne a los que fueron emitidos por la Asociación de Consumidores y Amas de casa Santa María de la Victoria Al-Andalus y por Facua, Consumidores en acción. Y es que, en primer lugar, se silencia en el informe y en la propuesta la existencia del informe de la Unión de Consumidores -que consta a los folios 32 y 33- que se adhiere a la propuesta municipal y que se recibió en la Delegación Territorial antes de la confección del informe -en concreto, con tres días de antelación-. En segundo lugar, solo se enuncia en el informe de la Delegación Territorial que el emitido por Facua propuso la ampliación de la limitación temporal a un periodo de tres meses (de 15 de junio a 15 de septiembre), llegando a afirmarse en la propuesta de Orden que el sentido del mismo fue "favorable a la propuesta de la Consejería de Turismo y Comercio" -folio 93-, lo que, en puridad, no se corresponde con su contenido. Y en tercer lugar, ninguna valoración efectúa la Administración respecto del contenido de ninguno de ellos, limitándose a poner de manifiesto -y no con excesivo acierto- el sentido del informe. En estas condiciones tampoco cabe afirmar que concurra la motivación específica exigida "en beneficio de los consumidores" para decretar la limitación temporal y especial llevada a cabo. De tres asociaciones de consumidores solo una se pronuncia a favor de la propuesta de la Junta de Andalucía, mientras que las otras dos se oponen, bien a la limitación temporal, o bien a la temporal y espacial. Ninguna reflexión se efectúa en lo que respecta al contenido de los informes, como tampoco se razonan las razones por las que no pudiera extenderse la limitación temporal a tres meses, como propone una de ellas. Y ello es especialmente relevante, porque en la precitada Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2019 (recurso casación 2795/2018) se entendió que la limitación temporal de la zona de gran afluencia turística a tan solo cuatro semanas en todo el año (la aprobada en este caso era de un mes y una semana, es decir, un lapso temporal muy



similar) se efectuaba en términos “muy amplios”, por lo que las “exigencias de motivación, en los términos requeridos por el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, se hacen especialmente necesarias”, pues la misma convertía “ en la práctica en algo infrecuente o excepcional la regla general de libertad de horarios comerciales en las zonas declaradas de gran afluencia turística”.

Consecuentemente, procede estimar los recursos formulados por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución y por el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, aunque en este último caso tan solo parcialmente. Y ello porque no solo solicita la anulación de la Orden recurrida, sino igualmente que por la Sala se determinasen como zonas de gran afluencia turística las propuestas por este último en vía administrativa. No puede accederse a esta última pretensión por las mismas razones que ya expresó este Tribunal en la Sentencia de su Sección Tercera de 24 de octubre de 2014 y que se han recogido en el fundamento de derecho quinto in fine (que se por reproducido a este respecto).

NOVENO.- La íntegra estimación del recurso formulado por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución trae aparejada la imposición de costas a la parte demandada, aun limitando las mismas, al amparo del artículo 139.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hasta el límite prudencial de 1.500 euros más IVA por todos los conceptos.

Por su parte, la estimación parcial del recurso formulado por el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga comporta que cada parte abone las costas causadas a su instancia en atención al mismo y las comunes por mitad (conforme al artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En atención a lo expuesto y en virtud de la autoridad conferida por el Pueblo Español, en el nombre de S.M. EL REY

FALLAMOS

Estimar **parcialmente** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales, en representación del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, contra la Orden de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2015, por la que se declaran dos zonas del municipio de Málaga zonas de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales para los períodos de Semana Santa y el mes de agosto, con vigencia para los años 2015, 2016, 2017 y 2018, que se anula por no ser conforme a derecho. Se desestiman el resto de pretensiones de la demanda formulada por el citado Ayuntamiento.

Respecto de dicho recurso, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la comunes por mitad.

Y, de la misma forma, igualmente **estimar íntegramente** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Sánchez Morales, en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, contra la Orden de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Andalucía de 22 de enero de 2015, por la que se declaran dos zonas del municipio de Málaga zonas de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales para los períodos de Semana Santa y el mes de agosto, con vigencia para los años 2015, 2016, 2017 y 2018, que se anula por no ser conforme a derecho.

Se imponen las costas del recurso a la Administración demandada, mas limitando su importe hasta el límite de 1.500 euros más IVA por todos los conceptos

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante una Sección de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con la composición que determina el *artículo 86.3 de la Ley jurisdiccional* si el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, recurso que habrá de prepararse ante esta misma Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el *artículo 89.2 del mismo Cuerpo legal* .

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos de que dimana, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

