

R. CASACION núm.: 3505/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1332/2018

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. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3505/2017 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE BADAJOZ, representad por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 11 de mayo de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo 325/2016. Se ha personado como parte recurrida la JUNTA DE EXTREMADURA, representada y asistida por su Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia con fecha 11 de mayo de 2017 (recurso 325/2016) en la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Badajoz contra la resolución del Consejero de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura de 21 de abril de 2016 –confirmada por resolución de 14 de junio siguiente- que acordó la revocación de la anterior resolución, de 23 de abril de 2013, que había declarado el municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, para los domingos de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y octubre.

SEGUNDO.- La declaración de zona de gran afluencia turística se había acordado en su día, por resolución de 23 de abril de 2013, por considerar que concurrían las circunstancias señaladas en los apartados c/ y e/ del artículo 32.1 de la Ley autonómica 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (*<<...c/ Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronteriza [...] e/ Que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras>>*).

La posterior resolución revocatoria considera que no concurren las circunstancias necesarias para tal declaración, señalando la resolución del recurso de reposición que «la ZGAT nace para atender las necesidades de los turistas preexistentes, que pernoctan en la ciudad, que consideran las compras como un atractivo más de la visita y que demandan una ampliación de horarios comerciales en domingos y festivos que satisfaga su necesidad de comprar, circunstancias que conforme a los hechos y fundamentos contenidos en la resolución impugnada han quedado debidamente acreditadas no concurren en Badajoz [...]».

Para acordar la revocación la Administración autonómica hizo uso de la posibilidad establecida por la Ley extremeña 1/2016, de 29 de febrero, que modificó de forma sustancial la legislación autonómica en esta materia,

regulando *ex novo* un procedimiento para revisar las declaraciones de zonas de gran afluencia turística y, en su caso, proceder a su revocación (artículo 32 de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, según redacción dada por Ley 1/2016, de 29 de febrero, y disposición transitoria de esta Ley 1/2016).

El recurso contencioso-administrativo que el Ayuntamiento de Badajoz interpuso contra la resolución revocatoria fue desestimado por la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 11 de mayo de 2017 (recurso 325/2016), ahora recurrida en casación.

En lo que se refiere a la alegación del Ayuntamiento de que la declaración de ZGAT es un acto favorable y declarativo de derechos, la Sala de instancias se remite en gran parte a los razonamientos contenidos en las sentencias que resolvieron los recursos 285/2016 y 460/2016 en los que la Sala asume el criterio de la Administración demandada, esto es, que el ejercicio de la potestad revocatoria que se cuestiona es inobjetable a la vista de la reforma operada por la Ley autonómica 1/2016, de 29 de febrero, que permite la incoación del procedimiento revocatorio *«cuando se compruebe que las circunstancias que motivaron la declaración de la zona no se mantienen»*. No estamos, por tanto -entiende la Sala en las sentencias a que remite-, ante el ejercicio de la facultad revocatoria general del hoy derogado artículo 105 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, limitada a los actos de gravamen o desfavorables, sino ante una facultad revocatoria específica y especial.

Señala la Sala de instancia (F.J. 2º de la sentencia) que el hecho de que la normativa estatal no establezca un procedimiento para la revocación de tales declaraciones no impide que la normativa extremeña sí lo haga, atendiendo a su competencia exclusiva en materia de comercio interior (artículo 9.1.16 de su Estatuto de Autonomía) siempre que se respete la normativa básica estatal.

La clave de bóveda del sistema, añade la sentencia, es que las circunstancias relacionadas en el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de

diciembre, de Horarios Comerciales, a efectos de obtener la declaración de ZGAT no operan como elementos reglados cuya concurrencia determinaría, de forma obligada para las Comunidades Autónomas, la adopción de la declaración de ZGAT, «...sino que son elementos orientativos que, previo análisis del factor “turismo preexistente” que implícitamente conllevan, permiten, con margen de discrecionalidad, y previo análisis de las circunstancias de dicho turismo y de la realidad geográfica, empresarial y económica propia, excepcionar el régimen general de apertura que conlleva».

Que no se trata de circunstancias de aplicación automática, sigue razonando la sentencia, deriva de la propia previsión del apartado 5º del mencionado precepto, que establece un número mínimo de pernoctaciones, que constituye el único supuesto en que no existe margen de discrecionalidad para la Comunidad Autónoma. En definitiva, la Sala concluye señalando que el carácter básico del precepto, su propio enunciado y su relación con el artículo 32 de la Ley autonómica de Comercio -que utiliza la expresión *podrá declarar*-, evidencian el carácter discrecional de tal declaración, cuyo corolario necesario es la posibilidad de revocar las declaraciones ZGAT otorgadas cuando se constate que se concedió la previa declaración incumpliendo los requisitos que debieron concurrir o -con arreglo a la Ley autonómica 1/2016, de 29 de febrero- cuando las circunstancias por las que se concedió no se mantengan.

Entiende la Sala que en este caso concurre el presupuesto habilitante que exige el artículo 32.5 de la Ley autonómica para la revocación de la declaración. Sobre este particular la sentencia recurrida señala que la resolución administrativa originaria -luego revocada- se fundó en la concurrencia de dos circunstancias: zonas que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas y zonas que constituyen áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras. Pero «(...) resulta que la declaración de ZGAT realizada en el año 2013 se adoptó, insistimos, sin haber analizado la relación turismo-comercio [...] realmente desconocemos las circunstancias del turismo de Badajoz que sirvieron de base a la declaración».

Por otro lado, la resolución revocatoria está motivada porque consta informe del Director General de Turismo en el que se pone de manifiesto que la ampliación de horarios no supuso ni un mayor volumen de ventas ni incremento de las contrataciones para el comercio extremeño; constituyendo un elemento esencial en las conclusiones del mencionado informe la distinción entre el turista (que pernocta en la ciudad de que se trate) o el visitante o excursionista (que no pernocta).

En fin, la Sala de instancia argumenta, de nuevo mediante remisión a lo razonado en la sentencia dictada en el recurso 460/2306, que no se produce la alegada vulneración del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, pues se ha ejercido correctamente la potestad de regular los horarios comerciales, permitida tanto la Ley estatal 1/2004 como la Ley autonómica 3/2002, habiendo señalado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo que la limitación de horarios no obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente ni excluye su acceso al mercado en esa parte del territorio español.

Por tales razones la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura desestima el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación del Ayuntamiento de Badajoz, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de octubre de 2017 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de 24 de octubre de 2017 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si a la vista de lo dispuesto en el artículo 5.4.b) de la

Ley estatal 1/2004 de 21 de diciembre, de horarios comerciales, la concurrencia de una o varias de las circunstancias previstas por el citado precepto obliga de por sí a declarar dicha zona como “zona de gran afluencia turística” a los efectos contemplados en el apartado 1º del mismo artículo 5; o si, por el contrario, tales circunstancias son condición necesaria pero no suficiente para acordar dicha declaración, debiendo analizarse además si existe realmente una demanda turística que justifique la ampliación de horarios comerciales y de qué manera esta circunstancia incide en el turismo.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación el artículo 5, apartados 1º y 4º, de la Ley estatal 1/2004 de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales>>.

CUARTO.- La representación del Ayuntamiento de Badajoz formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2017 en el que solicita que se dicte sentencia en la que se case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se estime el recurso contencioso-administrativo y se anule la resolución revocatoria impugnada.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 21 de diciembre de 2017 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la partes recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación de la Junta de Extremadura formalizó su oposición mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2018 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 28 de febrero de 2018 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 3 de julio de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación; habiéndose llevado a cabo el examen del asunto de forma concordada con el de los recursos 2858/2017, 2952/2016, 3221/2017, 3481/2017, 3653/2017 y 4965/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 3505/2017 lo interpone la representación del Ayuntamiento de Badajoz contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 11 de mayo de 2017 (recurso 325/2016) en la que se desestima el recurso contencioso- administrativo interpuesto por el referido Ayuntamiento contra la resolución del Consejero de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura de 21 de abril de 2016 –confirmada por resolución de 14 de junio siguiente- que acordó la revocación de la anterior resolución, de 23 de abril de 2013, que había declarado el municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, para los domingos de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y octubre.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de octubre de 2017, en el que, como vimos, se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en << (...) *determinar si a la vista de lo dispuesto en el artículo 5.4.b) de la Ley estatal 1/2004 de 21 de diciembre, de horarios comerciales, la concurrencia de una o varias de las circunstancias previstas por el citado precepto obliga de por sí a*

declarar dicha zona como “zona de gran afluencia turística” a los efectos contemplados en el apartado 1º del mismo artículo 5; o si, por el contrario, tales circunstancias son condición necesaria pero no suficiente para acordar dicha declaración, debiendo analizarse además si existe realmente una demanda turística que justifique la ampliación de horarios comerciales y de qué manera esta circunstancia incide en el turismo>>. Indicando el propio auto como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación el artículo 5, apartados 1º y 4º, de la Ley estatal 1/2004 de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

En fin, en el antecedente séptimo hemos dejado señalado que el examen y deliberación del presente recurso lo hemos realizado de forma concordada con el de los recursos de casación números 2858/2017, 2952/2016, 3221/2017, 3481/2017, 3653/2017 y 4965/2017, en los que se plantean cuestiones sustancialmente coincidentes, si no idénticas. Y, en particular, para la resolución del presente recurso habremos de reiterar buena parte de las consideraciones que hemos expuesto en nuestra **sentencia de 17 de julio de 2018 (recurso de casación 2858/2017)**.

SEGUNDO.- La fundamentación de la sentencia aquí recurrida, referida a la resolución del Consejero de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura que acordó la revocación de una anterior resolución que había declarado el municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística, es sustancialmente coincidente con la fundamentación de la sentencia de la misma Sala de Extremadura de 30 de marzo de 2017 (recurso 285/2016), referida al municipio de Cáceres. Y contra esta sentencia que acabamos de citar el Ayuntamiento de Cáceres interpuso recurso de casación que ha sido resuelto por nuestra sentencia de 17 de julio de 2018 (recurso de casación 2858/2017), a la que ya nos hemos referido.

Por otra parte, es también coincidente la cuestión que, según los respectivos autos de admisión, presenta interés casacional objetivo en los

recursos de casación dirigidos contra las sentencias de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura a las que nos venimos refiriendo.

Dados esos elementos de conexión, procede reproducir aquí lo que hemos razonado en el F.J. 4º de nuestra sentencia antes citada de 17 de julio de 2018 (recurso de casación 2858/2017) en relación con la interpretación del artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

<< (...) CUARTO.- Sobre la interpretación del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales (Ley 1(2004, de 21 de diciembre).

La sentencia recurrida declaró conforme a derecho la revocación por parte de la Junta de Extremadura de la declaración de Cáceres como zona de afluencia turística, a efectos de la apertura de los comercios en los domingos. Pues bien, como se deduce de lo expuesto hasta ahora, la controversia suscitada por tal revocación se centra en determinar si los supuestos enumerados en el artículo 5.4 de la Ley estatal de Horarios Comerciales -que se reiteran en el artículo 32.1 de la Ley de Comercio extremeña, con excepción del relativo a cruceros marítimos- implican necesariamente que los municipios o parte de los mismos en los que concurran tales circunstancias han de recibir en todo caso la consideración de zonas de gran afluencia turística, en cuyo caso la revocación habría sido contraria a derecho, puesto que Cáceres mantiene su calificación de patrimonio de la humanidad. La sentencia impugnada se pronuncia en sentido opuesto a tal incompatibilidad al entender que el citado apartado 4 del artículo 5, interpretado sistemáticamente con el resto del precepto (y, en el caso de autos, con la normativa de Extremadura) otorga a las Comunidades Autónomas un margen de apreciación sobre tal decisión en función de otras circunstancias (en particular, la afluencia turística a dichos municipios y su efectiva repercusión en el comercio).

La Ley de Horarios comerciales prevé en su artículo 5 la posibilidad de que determinados establecimientos que enumera en sus apartados 1 y 2, bien por el tipo de productos que comercializan o por su ubicación (apartado 1), bien por sus reducidas dimensiones (apartado 2) dispongan de «plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en

todo el territorio nacional». Entre las ubicaciones contempladas en el apartado 1 están las "zonas de gran afluencia turística", que se especifican en el apartado 4 y es lo que centra la discrepancia en el presente litigio.

El tenor literal de los apartados del artículo 5, que atañen a la cuestión debatida (el 1 y 4 principalmente, y de manera indirecta, el 5), es el siguiente:

Artículo 5. Establecimientos con régimen especial de horarios.

1. Los establecimientos dedicados principalmente a la venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia, así como las instaladas en puntos fronterizos, en estaciones y medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo y en zonas de gran afluencia turística, tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional.

[...]

4. A los efectos de lo establecido en el apartado 1, las Comunidades Autónomas, a propuesta de los Ayuntamientos correspondientes, determinarán las zonas de gran afluencia turística para su respectivo ámbito territorial. Se considerarán zonas de gran afluencia turística, aquellas áreas coincidentes con la totalidad del municipio o parte del mismo en las que concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Existencia de una concentración suficiente, cuantitativa o cualitativamente, de plazas en alojamientos y establecimientos turísticos o bien en el número de segundas residencias respecto a las que constituyen residencia habitual.*
- b) Que haya sido declarado Patrimonio de la Humanidad o en el que se localice un bien inmueble de interés cultural integrado en el patrimonio histórico artístico.*
- c) Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas.*
- d) Celebración de grandes eventos deportivos o culturales de carácter nacional o internacional.*
- e) Proximidad a áreas portuarias en las que operen cruceros turísticos y registren una afluencia significativa de visitantes.*
- f) Que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras.*
- g) Cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen.*

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

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.

5. En todo caso, en los municipios con más de 100.000 habitantes que hayan registrado más de 600.000 pernoctaciones en el año inmediatamente anterior o que cuenten con puertos en los que operen cruceros turísticos que hayan recibido en el año inmediato anterior más de 400.000 pasajeros, se declarará, al menos, una zona de gran afluencia turística aplicando los criterios previstos en el apartado anterior. Para la obtención de estos datos estadísticos se considerarán fuentes las publicaciones del Instituto Nacional de Estadística y de Puertos del Estado.

Si en el plazo de seis meses a partir de la publicación de estos datos, las Comunidades Autónomas competentes no hubieran declarado alguna zona de gran afluencia turística en el municipio en el que concurran las circunstancias señaladas en el párrafo anterior, se entenderá declarada como tal la totalidad del municipio y los comerciantes dispondrán de plena libertad para la apertura de sus establecimientos durante todo el año.»

Como puede observarse, tras haber determinado en el apartado 1 que la localización en una zona de gran afluencia turística -entre otras ubicaciones- tiene como efecto la plena libertad de horarios, en el apartado 4 el legislador básico estatal establece tanto una previsión procedimental para la declaración de zonas de gran afluencia como la determinación de las circunstancias que suponen o pueden suponer tal consideración.

Desde un punto de vista procedimental, el precepto se limita a establecer que las Comunidades Autónomas, a propuesta de los ayuntamientos correspondientes «determinarán» las zonas de gran afluencia turística. De esta previsión se derivan varias consecuencias:

- en primer lugar, que la concurrencia de las circunstancias que se enumeran seguidamente en el propio apartado no suponen automáticamente la consideración de zona de gran afluencia turística, sino que tiene que producirse la solicitud del correspondiente ayuntamiento y una declaración formal de tal cualidad por parte de la Comunidad Autónoma.*
- en segundo lugar, la Ley de Horarios Comerciales es una legislación básica del Estado que ha de ser respetada por la Comunidad Autónoma, pero admite un ulterior desarrollo de la misma. Esto quiere decir que la declaración*

de zonas de gran afluencia turística a instancias de los ayuntamientos no excluye que la legislación autonómica contemple otras circunstancias, como de hecho sucede en el caso extremeño en el aspecto procedimental, ya que la Ley autonómica de Comercio prevé que el procedimiento de declaración puede iniciarse también de oficio o a instancia de asociaciones empresariales (artículo 32.3 de la misma).

Ahora bien, sentado lo anterior, lo realmente relevante para el litigio -y lo que presente interés casacional según el auto de admisión- es si la declaración de zona de gran afluencia turística es o no preceptiva para la Comunidad Autónoma cuando concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el propio apartado 4 y es solicitada en la forma legalmente prevista. Pues bien, el tenor del precepto conduce de manera inequívoca a una respuesta afirmativa.

- en primer lugar, la dicción literal del inciso no parece dejar ningún margen a la discrecionalidad de la decisión, puesto que estipula de manera taxativa que a propuesta de los ayuntamientos las Comunidades Autónomas «determinarán» las zonas de gran afluencia turística en su territorio y que «se considerarán» como tales las áreas «en las que concorra alguna de las siguientes circunstancias». La conclusión es que si un ayuntamiento propone la declaración como zona de gran afluencia turística de la totalidad de su municipio o de parte del mismo y concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el precepto, la Comunidad Autónoma habrá necesariamente de hacer la correspondiente declaración.

- en segundo lugar, las mismas razones obligan a entender que dicha declaración no puede ser revocada salvo que varíen las circunstancias que han dado lugar a la declaración: que el propio ayuntamiento solicite la revocación o que deje de concurrir las circunstancias que dio lugar a la declaración inicial.

No obstante, hay que tener en cuenta la distinta naturaleza de los supuestos que determinan la consideración de zona de gran afluencia turística. En efecto, mientras que en algunos casos se trata de una mera cuestión de

hecho que no admite margen alguno de apreciación, en otros el supuesto sí requiere en cambio una apreciación sobre si concurren o no determinadas circunstancias. Precisamente el supuesto que está en el origen de este pleito es el que resulta más ajeno a cualquier apreciación, pues tan sólo requiere la constatación de una circunstancia de facto, si el municipio ha sido declarado patrimonio de la humanidad o si se localiza en su ámbito un bien inmueble de interés cultural integrado en el patrimonio histórico artístico.

En los demás supuestos, por el contrario, el órgano competente de la Comunidad Autónoma habrá de comprobar y valorar si concurren ciertas circunstancias: la concentración suficiente de plazas turísticas o segundas residencias (letra a); que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas (letra c); que registren una afluencia significativa de visitantes (letra e); que el principal atractivo sea el turismo de compras (letra f); y, en el caso más acusado, que concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen (letra g). Así pues, como puede comprobarse, a diferencia de lo que sucede en la letra b), de aplicación al presente caso, en el resto de los supuestos legales existe un indudable margen de apreciación, aunque ciertamente de muy distinto alcance.

Dos precisiones más son necesarias. La primera, que el margen de apreciación es para determinar si concurren o no los criterios o parámetros previstos en las letras del apartado 5, pero no para la declaración de zona de gran afluencia turística en caso de que tales circunstancias concurren. Esto es, a título de ejemplo, si se constata por parte del órgano autonómico competente que existe una afluencia significativa de visitantes -circunstancia a valorar- en el supuesto previsto en la letra e), la declaración es preceptiva. En segundo lugar, la apreciación de si se da o no la circunstancia contemplada en el supuesto no puede considerarse en modo alguno una decisión discrecional, sino que debe apoyarse en datos de hecho y criterios razonables y fundados, además de tener que expresarse en términos suficientemente motivados.

Debe rechazarse por tanto la interpretación que hace en el presente asunto la Sala de instancia, que entiende equivocadamente que el artículo 5

de la Ley básica estatal de Horarios Comerciales no establece criterios vinculantes para la declaración de zona de gran afluencia turística y justifica en el fundamento de derecho tercero, ya reproducido, la legalidad de la decisión revocatoria impugnada en que la misma se funda en la falta de nexo entre turismo y comercio efectivo. Sucede, por el contrario, que la ley estatal ha establecido de manera taxativa que la concurrencia de los supuestos enumerados en el apartado 4 del artículo 5 habilitan y obligan a la declaración de zona de gran afluencia turística a solicitud de los ayuntamientos. Y el que tal declaración suponga la libertad de horarios estipulada en el apartado 1 del mismo precepto supone que el legislador ha efectuado una presunción legal indisponible sobre que la concurrencia de tales supuestos implica la conveniencia de establecer tal libertad de horarios, presunción que no está abierta a una valoración sobre el impacto efectivo que pueda tener dicha declaración en el comercio del ayuntamiento solicitante o en el área circundante.

En este sentido hay que tener en cuenta que el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, añadió los dos últimos párrafos del apartado 4 del artículo 5, reforzando la preceptividad de la declaración de zona de gran afluencia turística al exigir que si dicha declaración se ve acompañada de limitaciones de horario temporales o territoriales, deban estar expresamente basadas en la protección de los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor (penúltimo párrafo), y al prever un efecto positivo del silencio de la Comunidad Autónoma respecto de la solicitud de declaración de un ayuntamiento. En cuanto a la posible imposición de limitaciones, efectivamente ha sido ejercida por la Junta de Extremadura, puesto que no ha otorgado a Cáceres la libertad plena de horarios contemplada en el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 1/2004, sino tan sólo ha previsto la apertura de 6 domingos más al año.

Por último y en el mismo sentido, el apartado 5 (añadido por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad) se refiere a la relación entre

declaración como zona de gran afluencia turística y turismo efectivo, pero no para condicionar, sino para reforzar la declaración de tales zonas. En efecto, en los municipios con una determinada afluencia turística (número de pernoctaciones y de pasajeros de cruceros) resulta preceptivo para la Comunidad Autónoma correspondiente la declaración de al menos una zona de gran afluencia turística.

Digamos, por último, que se equivoca también la Sala cuando trata de justificar la legalidad de la revocación en el interés general de Extremadura, como hace en el fundamento de derecho cuarto al rebatir la alegada infracción del artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre), por restringir la libertad de horarios sin constar razones de interés general. Aunque en virtud de lo ya expuesto no es preciso adentrarnos en dicha alegación, sí resulta necesario advertir que la cuestión debatida en la instancia no residía en el mayor o menor apoyo social de la medida revocatoria adoptada por la Junta ni, mucho menos, en su fundamento democrático debido a su origen en una moción de la Asamblea de Extremadura. En cuanto a lo último, porque no es menor el fundamento democrático de un Ley aprobada con carácter básico por las Cortes Generales en garantía de los intereses generales, también de los extremeños. Y en lo que respecta al apoyo social, porque no es eso lo que se debate ni lo que debía valorar el tribunal, sino la conformidad a derecho de la resolución impugnada>>.

La doctrina expuesta en este F.J. 4º de la sentencia de 17 de julio de 2018 (recurso de casación 2858/2017) que acabamos de reproducir resulta enteramente trasladable al caso que examinamos. No obstante, más adelante haremos algunas consideraciones adicionales que consideramos necesarias para la resolución del presente recurso de casación.

TERCERO.- De acuerdo con lo que llevamos expuesto, nuestra respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del recurso de casación apreció la concurrencia de interés casacional (véanse antecedente tercero y fundamento jurídico segundo de esta sentencia) ha de ser la siguiente:

El apartado 4 del artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales ha de interpretarse en el sentido de que la concurrencia de alguna de las circunstancias que se enumeran en las letras de dicho apartado es suficiente por sí misma para la declaración de zona de gran afluencia turística cuando lo solicite el Ayuntamiento correspondiente, según dispone el párrafo primero de dicho apartado. Asimismo, el precepto debe entenderse en el sentido de que una vez efectuada la declaración de un municipio o parte del mismo como zona de gran afluencia turística, dicha declaración sólo puede ser revocada en caso de que tal circunstancia desaparezca o de que así lo solicite el Ayuntamiento.

Ha de tenerse en cuenta, además, que las circunstancias enumeradas en las letras comprendidas en el apartado son de diversa naturaleza, de forma que mientras que algunas se limitan a la constatación de un hecho incontrovertible, otras requieren la apreciación y justificación motivada de la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho. Ahora bien, de concurrir estas circunstancias, la declaración de zona de gran afluencia turística es obligada en caso de solicitarlo el Ayuntamiento correspondiente, tal como prevé el párrafo primero del apartado 4 del artículo 5.

A lo anterior se añade que los distintos supuestos que enumera el citado artículo 5.4 de la Ley 1/2004 tienen todos entidad propia, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo hace procedente, si así lo promueve el Ayuntamiento correspondiente, su consideración como zona de gran afluencia turística.

CUARTO.- Como dijimos, la doctrina expuesta en el F.J. 4º de la sentencia de 17 de julio de 2018 (recurso de casación 2858/2017) que antes hemos reproducido resulta enteramente trasladable al caso que examinamos. Ahora bien, para una más cumplida respuesta a las especificidades del presente recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Badajoz, procede que hagamos algunas consideraciones adicionales.

Ante todo, si en el caso de Cáceres –al que se refiere nuestra sentencia de 17 de julio de 2018 (casación 2858/2017)- la declaración como zona de gran afluencia turística vino dada por el hecho de haber sido declarado dicho municipio Patrimonio de la Humanidad (supuesto del artículo 5.4.b/ de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, y del artículo 32.1.b/ de la Ley de la Ley autonómica 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura), en el caso que aquí nos ocupa, relativo al municipio de Badajoz, la declaración de zona de gran afluencia turística fue acordada en su día –según hemos visto en el antecedente segundo- por considerar la Administración autonómica que concurrían las circunstancias señaladas en los apartados c/ y f/ del artículo 5.4 de la Ley estatal 1/2004, de horarios comerciales, coincidentes con los apartados c/ y e/ del artículo 32.1 de la Ley autonómica 3/2002, esto es: <<... *Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronteriza*>> y... *Que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras*>>.

Pero una vez señalado que fueron diferentes las razones que determinaron la declaración de los dos municipios como zonas de gran afluencia turística, también en el caso de Badajoz que ahora nos ocupa debemos concluir que es contraria a derecho la revocación de aquella declaración. Veamos.

Como se explica en el fragmento de nuestra sentencia de 17 de julio de 2018 (casación 2858/2017) que antes hemos reproducido, hay que tener en cuenta la distinta naturaleza de los supuestos que según el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, determinan la consideración de zona de gran afluencia turística, pues mientras en algunos casos se trata de una mera cuestión de hecho que no admite margen alguno de apreciación, en otros apartados el supuesto que se contempla en la norma alberga un margen de apreciación, con alcance ciertamente variable, sobre si concurren o no determinadas circunstancias. En el bien entendido que, como la propia sentencia de 17 de julio de 2018 destaca, ese margen de apreciación “...es para determinar si concurren o no los criterios o parámetros previstos en

las letras del apartado 5, pero no para la declaración de zona de gran afluencia turística en caso de que tales circunstancias concurren”. De manera que si por parte del órgano autonómico competente se constata la concurrencia de alguno de los supuestos que enumera el artículo 5.4 de la Ley 1/2004 la declaración es preceptiva, pues no se trata de una decisión discrecional.

A lo anterior debe añadirse que, como ya hemos señalado, los distintos supuestos que enumera el citado artículo 5.4 de la Ley 1/2004 tienen todos entidad propia, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo hace procedente, si así lo promueve el Ayuntamiento correspondiente, su consideración como zona de gran afluencia turística.

Partiendo de esa interpretación, y centrándonos ahora en las razones que determinaron la declaración de Badajoz como zona de gran afluencia turística, cabe admitir que la consideración de que ese municipio constituye un área cuyo principal atractivo es el turismo de compras comporta un margen de apreciación, pues se trata de una circunstancia susceptible de ponderación y de graduación, y, también, variable a lo largo del tiempo. En cambio, el margen de apreciación es escaso, por no decir ninguno, en lo que se refiere al hecho de que el municipio de Badajoz limita o constituye un “área de influencia de zona fronteriza”, pues se alude aquí a una circunstancia fáctica (geográfica) sustraída al ámbito valorativo de la Administración autonómica y en la que, en todo caso, no se ha producido en los últimos años modificación alguna que justifique un cambio de parecer de la Administración en este punto.

Así las cosas, la resolución revocatoria impugnada y la sentencia que la ratifica no cuestionan –difícilmente podrían hacerlo- que Badajoz continúe estando en un “área de influencia de zona fronteriza”. Tanto la resolución administrativa como la sentencia de instancia invocan el informe emitido con fecha 14 de marzo de 2016 por la Dirección General de Turismo en el que se viene a indicar que la declaración del municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística no ha supuesto un mayor volumen de ventas ni de contrataciones para el comercio extremeño. Ello significa que la revocación se

sustenta en una reconsideración sobre la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 5.4.f/ de la Ley estatal 1/2004 y en el artículo 32.1.e/ de la Ley autonómica 3/2002, de 9 de mayo.

Ahora bien, cualquiera que sea la relevancia y virtualidad que se atribuyan al citado informe la Dirección General de Turismo, resulta incuestionable en el caso de Badajoz la pervivencia de al menos una de las razones que en su día determinaron la declaración de zona de gran afluencia turística, esto es, la prevista en el artículo 5.4.c/ de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales (<<... *Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronteriza*>>). Tal constatación es por sí misma suficiente para concluir que la revocación de aquella declaración es contraria a derecho. A tal efecto es obligado recordar que los supuestos que enumera el artículo 5.4 de la Ley 1/2004 operan de manera autónoma, bastando la concurrencia de uno cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo para que, si así lo promueve el Ayuntamiento correspondiente, resulte procedente su consideración como zona de gran afluencia turística; sin que tal consideración pueda ser revocada ni cuestionada a base de negar o relativizar la pervivencia de otra de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para emitir la declaración, pues, como decimos, los distintos apartados del artículo 5.4 operan de manera independiente.

QUINTO.- De acuerdo con expuesto en los apartados anteriores, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Badajoz y, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha Corporación municipal, anulemos la resolución del Consejero de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura de 21 de abril de 2016 –confirmada por resolución de 14 de junio siguiente- que acordó la revocación de la anterior resolución de 23 de abril de 2013 que había declarado el municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, para los domingos de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y octubre.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuestos en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

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 establecidas en el fundamento jurídico tercero:

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 3505/2017 interpuesto en representación del AYUNTAMIENTO DE BADAJOZ contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 11 de mayo de 2017 (recurso contencioso-administrativo 325/2016), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación del AYUNTAMIENTO DE BADAJOZ contra la resolución del Consejero de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura de 21 de abril de 2016 –confirmada por resolución de 14 de junio siguiente- que acordó la revocación de la anterior resolución, de 23 de abril de 2013, que había declarado el municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, para los domingos de los meses de febrero,

marzo, abril, mayo, junio y octubre, quedando anulada la referida resolución revocatoria.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas

M^a Isabel Perelló Doménech

Diego Córdoba Castroverde

Ángel Ramón Arozamena Laso

Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

