



Roj: **SAN 2026/2018 - ECLI: ES:AN:2018:2026**

Id Cendoj: **28079230062018100232**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/05/2018**

Nº de Recurso: **201/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso:

Tipo de Recurso:

Núm. Registro General:

Demandante:

Procurador:

Letrado:

Demandado:

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:

0000201/2015

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

01337/2015

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DEL CENTRO COMERCIAL GRAN **TURIA**

D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

ABOGADO DEL ESTADO

GENERALITAT VALENCIANA

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS



D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a catorce de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 201/2015, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la Resolución de 15 de octubre de 2014 dictada por el Jefe del Servicio territorial de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Empleo de la Generalitat Valenciana que acuerda no autorizar la apertura comercial del Centro Comercial Gran **Turia** mediante la concesión de un horario excepcional y que se ha confirmado por Resolución de 28 de noviembre de 2014 dictada por la Dirección General de Comercio y Consumo de la Generalitat Valenciana. Asimismo, ha comparecido como parte corcurrente la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Gran **Turia** representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira. Y como Administración demandada ha comparecido, la Generalitat Valenciana representada y asistida por el Abogado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se anulen las resoluciones administrativas impugnadas.

SEGUNDO.- El Letrado de la Generalitat Valenciana contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Aunque se admitió la personación de la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Gran **Turia**, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira como parte corcurrente, no pudo aceptarse su escrito como demanda al haberse personado cuando ya se había cumplido dicho trámite. No obstante, por razones de tutela judicial efectiva se aceptaron sus alegaciones como escrito de conclusiones.

CUARTO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para el día 24 de enero de 2018.

Siendo ponente la Ilma. Sra. BERTA SANTILLAN PEDROSA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución dictada en fecha 28 de noviembre de 2014 por la Dirección General de Comercio y Consumo de la Generalitat Valenciana que confirma la Resolución de 15 de octubre de 2014 dictada por el Jefe del Servicio Territorial de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Empleo de la Generalitat Valenciana por la cual se resolvió:

*"No autorizar la apertura comercial del Centro Comercial Gran **Turia**, ubicado en el término municipal de Xirivella, mediante la concesión de un horario excepcional, para que pueda competir en igualdad de condiciones que el resto de superficies comerciales de la ciudad de Valencia".*

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

a) El Ayuntamiento de Xirivella, con apoyo en el Acuerdo plenario adoptado el 31 de julio de 2014, presentó ante la Conselleria de Economía, Industria, Turismo y Empleo de la Generalitat Valenciana un escrito solicitando que, de forma excepcional, se autorizase que el Centro Comercial Gran **Turia** pudiera competir en igualdad de condiciones con el resto de superficies comerciales que estaban ubicadas en la trama urbana de Valencia y ello o bien mediante su declaración como ZGAT (Zona de Gran Afluencia Turística) o bien a través de la concesión de horarios excepcionales. Y se justificaba afirmando que, aunque está ubicado en el Barrio de La Luz perteneciente al término municipal de Xirivella, con más de 4.000 habitantes, no obstante se encuentra integrado en la trama urbana de la ciudad de Valencia. Y añadía que el citado Centro Comercial, que llevaba

funcionando más de 20 años, atravesaba dificultades económicas agravadas por la proliferación de otros centros comerciales y la libertad de horarios que disfrutaban algunas superficies comerciales situadas en la zona urbana de Valencia. Y añadía que, a pesar de que dicho centro estaba integrado en la trama urbana de Valencia, no podía disfrutar de la libertad de horarios comerciales ya que el municipio de Xirivella no cumplía con los requisitos exigidos para obtener la condición de Zona de Gran Afluencia Turística. Y por esos motivos el Ayuntamiento de Xirivella solicitó que *"de forma inmediata autorice de forma excepcional que el Centro Comercial Gran **Turia** pueda competir en igualdad de condiciones con el resto de superficies comerciales que están ubicadas en la trama urbana de Valencia"*.

b) Por Resolución de 15 de octubre de 2014 dictada por el Jefe del Servicio territorial de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Empleo de la Generalitat Valenciana se acuerda *"no autorizar la apertura comercial del Centro Comercial Gran **Turia**, ubicado en el término municipal de Xirivella, mediante la concesión de un horario excepcional, para que pueda competir en igualdad de condiciones que el resto de superficies comerciales de la ciudad de Valencia"*. Y ello porque se entendió que Xirivella no cumplía ninguno de los requisitos legales exigidos para poder solicitar la consideración de zona de gran afluencia turística - art. 21 de la Ley 3/2011, de Comercio de la Generalitat Valenciana - ni tampoco cumplía las circunstancias necesarias para que pudiera autorizarse un horario excepcional - art. 23 de la citada Ley 3/2011 -.

c) Posteriormente, el Centro Comercial Gran **Turia** presentó ante la CNMC solicitud para la interposición del recurso especial en defensa de las libertades de establecimiento y circulación previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado .

d) La CNMC realizó un requerimiento a la Generalitat Valenciana en el que destacaba que la actuación administrativa infringía los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y ello determinaba la creación de barreras competitivas que afectaba al Centro Comercial Gran **Turia**.

e) La Generalitat Valenciana consideró que su actuación se ajustaba a la normativa estatal básica y autonómica reguladoras de los horarios comerciales que establecen un sistema de limitación horaria y de apertura comercial compatible con los principios de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

f) Posteriormente, la CNMC asistida por el Abogado del Estado interpuso el presente recurso contencioso administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado.

TERCERO.- El Abogado del Estado en defensa de la CNMC solicita en su escrito de demanda la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas porque entiende que vulneran los principios de necesidad y de proporcionalidad establecidos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado , así como el principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la misma Ley .

Afirma que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, basada en el principio de libertad de empresa, tiene por finalidad garantizar la libre circulación de bienes y servicios, así como la libertad de establecimiento de empresas y el ejercicio de su actividad en condiciones de igualdad. Y todo ello para aumentar la competencia efectiva eliminando las trabas producidas por la fragmentación del mercado nacional para obtener así una mayor productividad, competitividad, crecimiento económico y empleo.

En relación con la liberalización de horarios comerciales, el Abogado del Estado sostiene que con la liberalización del comercio y de los horarios comerciales, se obtiene un mayor incremento del PIB, de generación de puestos de trabajo, de apertura de nuevos locales comerciales y de incremento del gasto de los hogares. Y, por tanto, la restricción a la libertad de horarios de apertura del Centro Comercial Gran **Turia** supone una limitación al ejercicio de una actividad económica en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que, en el caso impugnado, ha derivado de la propia regulación autonómica recogida en la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Generalitat Valenciana - vigente en las fechas analizadas- que fijaba restricciones a la apertura de comercios.

El Abogado del Estado destaca que en los artículos 21 y 23 de la Ley 3/2011 , se establecen dos excepciones a las restricciones generales impuestas como son los llamados "establecimientos con libertad de horario" y los "horarios excepcionales", y, sin embargo, esas excepciones no se han tenido en cuenta por la Administración autonómica en el caso analizado para reconocer al Centro Comercial Gran **Turia** la autorización de la apertura comercial mediante horario excepcional. Y esa negativa al levantamiento de las excepciones impuestas por la normativa autonómica, es lo que la CNMC considera que constituye una barrera y un obstáculo al desarrollo de una actividad económica.

El Abogado del Estado apoya su pretensión anulatoria destacando el carácter innecesario y desproporcionado de la negativa a conceder la libertad horaria al Centro Comercial Gran **Turia**.



En esta línea, insiste en que se infringen los principios cuya salvaguarda pretende la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado cuando por la Administración autonómica no se han considerado las circunstancias del caso concreto, tales como la ubicación del centro comercial, el mercado en el que compiten y la necesidad de evitar la creación de distorsiones a la competencia. Y añade que es evidente que el CCGT se encuentra en peor situación competitiva que otros centros comerciales con parecida oferta que si pueden abrir los días festivos y que compiten con una clientela en su mayoría coincidente. Y, precisamente, la negativa a la concesión del horario excepcional que no está justificada en razones imperiosas de interés general, sino en las limitaciones propias de la normativa de aplicación, vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado .

Igualmente se afirma que, dentro del margen de discrecionalidad que es propia, en este caso de la Generalitat Valenciana, es necesario valorar también los principios de necesidad y proporcionalidad tal como exige el artículo 9 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado .

Y termina su defensa afirmando que como la legislación autonómica regula, en este caso, la existencia de regímenes de horarios especiales y extraordinarios, y que como la autoridad autonómica no los ha apreciado, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad aludidos, esa actuación debe anularse por vulnerar los principios previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Por otra parte, el Abogado del Estado también alude a la infracción del principio de no discriminación al que se refiere el artículo 3 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado . Y en este sentido destaca que, mientras que el resto de los centros comerciales del núcleo urbano de la ciudad de Valencia si cuentan con libertad de apertura horaria, al CCGT, por su ubicación fuera de la Zona de Gran Afluencia Turística, no se le reconoce esa posibilidad. Y sostiene que, si la razón para no conceder el horario excepcional es que el CCGT no se encuentra amparado en el régimen especial de la ZGAT, debería entonces valorarse, como medio menos discriminatorio, la ampliación de esa Zona de Gran Afluencia Turística.

Por ello, la CNMC considera discriminatoria la imposición de requisitos para el ejercicio de una actividad económica que la convierten en más gravosa. Y la negativa a autorizar un horario especial o excepcional al CCGT si supone la imposición de unos requisitos para el ejercicio de su actividad económica mas gravosa que para los demás centros comerciales del núcleo urbano de Valencia.

Y finaliza su defensa destacando que la exclusión del interesado del beneficio de acogerse a horarios excepcionales no responden a criterios de necesidad y proporcionalidad por cuanto no se tuvo en cuenta que: (a) el CCGT está ubicado en el Barrio de La Luz inserto en la misma trama urbana de la ciudad de Valencia, dentro del área que cierra la autovía de circunvalación de la V-30; (b) que debido a esa ubicación la mayor parte de su clientela no proviene del municipio de Xirivella; (c) que compite en el mismo mercado que los centros comerciales situados en la zona declarada de gran afluencia turística de Valencia.

CUARTO. - Por el contrario, el Abogado de la Generalitat Valenciana en su escrito de contestación a la demanda afirma que es ajustada a derecho la decisión impugnada cuando no reconoce al CCGT la concesión de un horario excepcional porque el municipio de Xirivella, donde se encuentra ubicado, no reúne ninguno de los requisitos legales previstos en el artículo 21 de la Ley 3/2011, de Comercio de la Generalitat Valenciana para ser considerado como zona de gran afluencia turística. Y, además, porque tampoco concurren los requisitos establecidos en el artículo 23 de la citada Ley para la autorización de horarios excepcionales.

QUINTO. - Centrado el objeto de debate corresponde examinar si la decisión de la Generalitat Valenciana en cuanto deniega la solicitud del Centro Comercial Gran **Turia** de concesión de libertad horaria vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los artículos 5 y 3, respectivamente, de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado .

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, *"esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado"*. Y se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación. E introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, afirma que *"... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso*



y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella".

Como hemos expuesto la autoridad autonómica competente denegó al CCGT la concesión de libertad horaria para poder competir en igualdad de condiciones con otros centros comerciales situados en la zona urbana de Valencia porque entendió que la legislación autonómica aplicable vigente en la fecha de la solicitud impedía que se le reconociera horario excepcional porque (a) no concurrían los requisitos para declarar Xirivella, municipio donde se ubicada el citado centro comercial, como zona de gran afluencia turística; y (b) no concurrían las peculiaridades sectoriales, locales y temporales exigidas. Requisitos previstos en los artículos 21 y 23 de la Ley 3/2011, de Comercio de la Generalitat Valenciana .

Debemos recordar que el marco jurídico estatal en las fechas afectadas por este proceso estaba constituido por la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales que regulaba un régimen de intervención administrativa en materia de horarios comerciales disponiendo en el artículo 4 que *"la determinación de los domingos o días festivos en los que podrán permanecer abiertos al público los comercios, con el mínimo antes señalado, corresponderá a cada Comunidad Autónoma para su respectivo ámbito territorial"* . Y esa misma Ley en su artículo 5 contempla excepciones que permiten a determinados establecimientos, por sus características propias, o por estar en una zona de gran afluencia turística, disfrutar de plena libertad para determinar los días y horas en que permanecen abiertos al público.

Y la Generalitat Valenciana, acogiendo los principios de la legislación estatal básica mantiene el régimen de intervención en materia de horarios comerciales y en el artículo 21 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio , regula las mismas excepciones a las que pueden acogerse determinados comercios, por sus propias características, o por estar en una zona de gran afluencia turística. Incluso la referida Ley autonómica en su artículo 23 amplía las excepciones en el sentido de que es posible autorizar un horario excepcional al disponer que se concederán horarios excepcionales al régimen general valorando las peculiaridades sectoriales, locales y temporales que concurren y, en particular, la localización del establecimiento, el grado de equipamientos y servicios comerciales circundantes, la densidad y distribución de la población, sus hábitos de compra, la jornada de trabajo del consumidor y el tipo de actividad y de venta de productos, entre otras circunstancias de similar condición.

El conflicto así planteado supone analizar si, a pesar de que la autoridad autonómica ha aplicado de forma correcta la legislación autonómica aplicable, no obstante, los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado aconsejaban un análisis más abierto a la libertad de empresa para crear así un entorno más favorable a la competencia y a la inversión. Principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias tal como así dispone el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre . Precepto que dispone: *"Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia"*. Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con las autorizaciones así como con los requisitos exigidos para su otorgamiento respecto del ejercicio de las actividades económicas - art. 9.2.b) de la Ley 20/2013 -.

Debemos, por tanto, analizar si la autoridad autonómica al dictar las resoluciones administrativas ahora impugnadas ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013 , de garantía de la unidad de mercado. Dicho precepto dispone:

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

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

Y el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio prevé como "razones imperiosas de interés general":

"...razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del



equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

Y el artículo 17.1.a) de la Ley 20/2013 dispone que podrá establecerse la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad y estará, en su caso, justificada la autorización respecto de los operadores económicos *"cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad"*.

Los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la CE por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 y respecto de los mismos ha señalado que:

" El artículo 5 supone:

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE, pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ7º).

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013, una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen... Y por otro, restringe aun más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad.....

....



Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013, y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

A la vista de este planteamiento únicamente corresponde a esta Sala examinar si los artículos 21 y 23 de la Ley 3/2011, de Comercio de la Generalitat Valenciana, que regulan los requisitos que han impedido al CCGT obtener la autorización de apertura de libertad horaria, se han interpretado por la autoridad autonómica competente de atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad aludidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

El artículo 21 de la Ley 3/2011, de Comercio de la Generalitat Valenciana, regula los establecimientos con plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en la Comunitat Valenciana y, entre ellos, se encuentran los establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística. Zonas que serán declaradas por Decreto del Consell pero, en el apartado tercero del artículo 21, se añade que:

"Por extensión se podrá aplicar la misma declaración a zonas urbanas caracterizadas por una acusada especialización comercial o por la recepción de visitantes o residentes en los fines de semana.

La declaración de zona de gran afluencia turística, que podrá extenderse a todo o parte del término municipal o del núcleo urbano..."

Y el artículo 23 de la citada Ley 3/2011 regula la autorización de horarios excepcionales y dispone:

"Se podrán conceder horarios excepcionales al régimen general de la sección primera, valorando las peculiaridades sectoriales, locales y temporales que concurren y, en particular, la localización del establecimiento, el grado de equipamientos y servicios comerciales circundantes, la densidad y distribución de la población, sus hábitos de compra, la jornada de trabajo del consumidor y el tipo de actividad y de venta de productos, entre otras circunstancias de similar condición".

Debemos, por tanto, examinar si cuando la Generalitat Valenciana ha denegado al CCGT la autorización de apertura comercial mediante la concesión de un horario excepcional ha tenido en cuenta, no solo los requisitos previstos en la legislación autonómica aplicable a la citada solicitud, sino si esos requisitos se han examinado atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Y ello porque las autoridades competentes están obligadas a observar y a respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad en las actuaciones administrativas adoptadas en su ámbito de actuación - art. 9 de la Ley 20/2013 -; y, además, porque los requisitos previstos en los artículos 21 y 23 citados permiten un margen de interpretación a las autoridades autonómicas que debe llevar precisamente a la observancia de esos principios cuando, como es el caso, se trata de autorizaciones exigibles para el ejercicio de las actividades económicas.

En el caso examinado la Generalitat Valenciana ha denegado la libertad de horario comercial solicitada por el Centro Comercial Gran **Turia** apoyándose exclusivamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación autonómica sectorial, pero en su interpretación no ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad; y ello ha creado barreras anticompetitivas que podrían haberse evitado ya que no se ha acreditado que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente del lugar donde se realiza la actividad - art. 17.1.a) de la Ley 30/2013 - que aconsejaran no conceder la libertad de horarios al CCGT.

Como hemos indicado los principios de necesidad y de proporcionalidad obligaban a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica - en este caso para conceder al CCGT la libertad de horario comercial- en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general.

Y, en el caso examinado, la autoridad autonómica competente no ha valorado adecuadamente que, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 3/2011, podían concederse horarios excepcionales al régimen general valorando, entre otras circunstancias, la localización del establecimiento y sus hábitos de compra como supuestos que podían permitir la autorización de horarios excepcionales. Y, así, resulta que el citado centro comercial está ubicado en el Barrio de La Luz en el municipio de Xirivella que de acuerdo con la Ley 1/1991, de 14 de febrero, de transporte metropolitano, forma parte de la llamada "Área de Valencia" y una parte de este municipio se encuentra conurbado dentro de la "zona urbana de Valencia" propiamente dicha y el resto está incluido en la "primera corona metropolitana" de la ciudad. Y, en relación con los "hábitos de compra", a pesar de que se reconoce en la propia resolución impugnada que existen unos hábitos concretos de consumo, como son que la mayoría de clientes del Centro Comercial Gran **Turia** proceden de otros municipios distintos a Xirivella, tampoco se ha motivado ni justificado por la autoridad autonómica porque esos hábitos no han permitido, en su caso, reconocer los horarios excepcionales solicitados.



Requisitos que si se hubieran interpretado de acuerdo con los principios aludidos de necesidad y de proporcionalidad hubieran evitado la creación de barreras anticompetitivas que han perjudicado al CCGT por cuanto no se le ha reconocido la misma situación de horarios comerciales que al resto de los centros comerciales situados en la misma trama urbana de la ciudad de Valencia.

Se insiste en la idea de que la autoridad autonómica se ha apoyado exclusivamente en las limitaciones propias de la legislación autonómica, como son que no se encontraba ubicado el CCGT en una ZGAT. Y la autoridad autonómica no se ha apoyado en razones de interés general para poder denegar la libertad de horarios comerciales solicitada por el CCGT cuando, por el contrario el artículo 21.3 de la Ley 3/2011, permite que la declaración de zona de gran afluencia turística pueda extenderse a todo o a parte del territorio municipal o del núcleo urbano.

No se cuestiona con este pronunciamiento la competencia ni la regulación de la Comunidad autónoma en materia de horarios comerciales. Revisamos exclusivamente que la autoridad autonómica ha dictado la resolución impugnada apoyándose únicamente en las limitaciones previstas en la legislación autonómica sectorial, sin tener en cuenta que las excepciones previstas en los artículos 21 y 23 de la citada Ley 3/2011 interpretadas con arreglo a los principios de necesidad y de proporcionalidad, previstos en una norma con rango de ley dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1ª, 6ª, 13ª y 18ª, hubiera permitido acceder a la solicitud del CCGT al no concurrir, o al menos, no se ha acreditado que concurrieran razones de interés general que pudieran justificar esas limitaciones con una interpretación menos restrictiva.

La estimación del recurso contencioso administrativo por este motivo hace innecesario analizar si, la actuación administrativa vulnera, además, el principio de no discriminación previsto igualmente en el artículo 3 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

No procede en este proceso examinar la alegación de indemnización de daños y perjuicios por cuanto se ha efectuado por la corcurrente en el escrito de conclusiones que no permite fijar pretensiones.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo núm. 201/2015, promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la Resolución de 15 de octubre de 2014 del Jefe del Servicio territorial de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Ocupación de la Generalitat Valenciana que rechaza la apertura comercial del Centro Comercial Gran **Turia** que se ha confirmado por Resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo de 28 de noviembre de 2014 de la Generalitat Valenciana y, en consecuencia, anulamos las actuaciones administrativas impugnadas por no ser conformes a derecho y se reconoce al Centro Comercial Gran **Turia** el derecho de libertad horaria en los términos solicitados.

Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 23 de mayo de 2018 doy fe.