

Daríia Terradez Salom

Directora General de Relacions
amb la Unió Europea i l'Estat

C/ Cavallers, 9

Palau de Castellfort

46001 València

En relación con las dudas suscitadas por la Comisión de Seguimiento de Actos y Disposiciones de las Comunidades Autónomas, en su reunión de 22 de febrero de 2018, respecto a la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, paso a informarle concretamente respecto al artículo 28 de la citada Ley 21/2017, por el que se modifican los artículos 17.4, 18, 21, 22 y la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana.

En primer lugar debemos hacer advertencia de que la redacción dada a los artículos 17 y 18 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana, por la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, han sido modificados por la Ley 3/2018, de 16 de febrero, de la Generalitat, por la que se modifican los artículos 17, 18 y 22, y la disposición transitoria cuarta, de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana.

Esta circunstancia es conocida por los servicios jurídicos de la Comisión de Seguimiento de Actos y Disposiciones de las Comunidades autónomas.

Para facilitar la integración de este informe, emitido respecto a las modificaciones de la Ley de Comercio, en el resto de informes solicitados a otros departamentos para sus respectivas normas afectadas, seguiremos la misma estructura del escrito presentado por la Dirección General de Relaciones con las Comunidades Autónomas y Entes Locales.



Informe relativo a las modificaciones de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana realizadas por el artículo 28 de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat:

IV.1) "artículo 17. Horario general.

4. No se podrán habilitar los domingos y festivos siguientes: 1 de enero, 6 de enero, 1 de mayo, 9 de octubre y 25 de diciembre, o bien el 26 de diciembre cuando este sea declarado festivo por traslado de la fiesta de Navidad."

Las alegaciones aducidas por la Administración del Estado se fundamentan en los siguientes argumentos:

a) De conformidad con el artículo 4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, las Comunidades Autónomas ostentan la competencia para determinar en qué domingos y festivos podrán permanecer abiertos al público los establecimientos comerciales, con un mínimo de diez obligatorio. Sin embargo, esta competencia no ampara la facultad de determinar qué domingos y festivos del año no podrán ser habilitados a efectos comerciales.

b) La administración autonómica tiene que tener la posibilidad de decidir si los comercios pueden abrir en esos días (1 de enero, 6 de enero, etc), añadiendo que el apartado 5 del artículo 4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, establece el atractivo comercial de los días para los consumidores para la determinación de los domingos y festivos de apertura.

c) Los anteriores argumentos hacen concluir que en el calendario anual de aperturas comerciales ha de haber un mínimo de 10 de domingos y festivos de apertura, y además deben ser los que tengan mayor atractivo comercial para las personas consumidoras, mostrando su sorpresa de que el día 9 de octubre, celebración de la festividad de Comunitat Valenciana, o el 26 de diciembre, no se permita su apertura comercial, pero sin embargo dicha sorpresa no la manifiesta para el 25 de diciembre, el 1 de mayo, el 1 de enero o el 6 de enero.

d) A la vista de todo lo anterior, la Administración del Estado, concluye que la redacción dada al artículo 17.4 es contraria a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales.

A los anteriores razonamientos, desde la Dirección General de Comercio y Consumo, realizamos las siguientes alegaciones:

a) La redacción del artículo 17.4 se ha realizado en ejercicio de la competencia autonómica para determinar en qué domingos y festivos podrán permanecer



abiertos al público los establecimientos comerciales, lo cual respeta el carácter básico del artículo 4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, ya que en todo momento se garantiza un mínimo de 10 de domingos y festivos de apertura.

b) La administración autonómica es consciente de que ha decidido que en el calendario de aperturas en domingos y festivos para aquellos comercios a los que la legislación básica estatal no les confiere, con carácter general, libertad horaria en domingos y festivos, no se incluirán los días 1 y 6 de enero, 1 de mayo, 9 de octubre y 25 de diciembre, o 26 de diciembre si se traslada el día festivo de navidad a esta fecha, por razones imperiosas de conciliación de la vida familiar y laboral, pero también porque en la fase de exposición pública no se recibieron alegaciones en contra de las organizaciones representativas de los intereses de los consumidores y usuarios, las cuales también fueron consultadas en el seno del Observatorio del Comercio de la Comunitat Valenciana, donde tampoco se opusieron, ni manifestaron que esos concretos días fueran de atractivo comercial para las personas consumidoras.

Evidentemente, los establecimientos que por la legislación básica estatal gozan de plena libertad horaria, sin necesidad de ningún acto administrativo, pueden libremente disponer de los días 1 y 6 de enero, 1 de mayo, 9 de octubre y 25 de diciembre, o 26 de diciembre si se traslada el día de navidad a esta fecha.

c) Los anteriores argumentos serían suficientes para justificar que no se está contraviniendo el artículo 4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, pero conviene traer a colación la constitucionalidad de la redacción dada al artículo 17.4 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de Comercio de la Comunitat Valenciana, exponiendo que tal redacción tiene respaldo y encaje constitucional en la Sentencia 211/2016, de 15 de diciembre de 2016, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 630-2013, promovido por el Presidente del Gobierno contra la letra e) del artículo 1.2 del Decreto-ley de Cataluña 4/2012, de 30 de octubre, de medidas en materia de horarios comerciales y determinadas actividades de promoción

La letra e) del artículo 1.2 del Decreto-ley de Cataluña 4/2012, de 30 de octubre, de medidas en materia de horarios comerciales y determinadas actividades de promoción decía lo siguiente: «los establecimientos comerciales tienen que permanecer cerrados con carácter general los días 1 y 6 de enero, Domingo y Lunes de Pascua, 1 de mayo, 24 de junio, 11 de septiembre y 25 y 26 de diciembre».

En este recurso el Abogado del Estado alegaba la contravención de dos de los criterios del art. 4.5 de la Ley de horarios comerciales, los de las letras a) «La apertura en al menos un día festivo cuando se produzca la coincidencia de dos o más días festivos continuados» y d) «La apertura en los domingos o festivos de la campaña de Navidad».



En el procedimiento del artículo 33.2 de la LOTC, abierto ahora respecto a la modificación de algunos artículos de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana, y en concreto en lo que afecta al artículo 17.4, este artículo también recoge y respeta el primero de los criterios aducidos por el abogado del Estado en aquel recurso contra la Generalitat de Cataluña, aunque ahora en este procedimiento no lo invoque el abogado del Estado, de ahí la previsión de los días 25 o 26 de diciembre para la celebración del día de Navidad.

Siguiendo la comparación con el recurso planteado contra la ley catalana, la redacción dada al artículo 17.4 de la Ley de comercio valenciana, también respeta el criterio del art. 4.5.d) de la Ley de horarios comerciales, relativo a «La apertura en los domingos o festivos de la campaña de Navidad», pues resulta evidente que la campaña de Navidad concluye con el día de celebración de la Navidad, de ahí que si en el calendario laboral aprobado por el Estado se traslada la festividad del día de Navidad, por coincidir el día 25 de diciembre en domingo, al día 26 de diciembre, la redacción permite abrir el día 25 de diciembre, pero no el 26.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 211/2016, de 15 de diciembre de 2016, en el FJ-7.b) avala la constitucionalidad de la determinación del cierre en fechas concretas y aisladas de los establecimientos comerciales, pero no el cierre durante dos días consecutivos, pues analizando los criterios a) y d) del artículo 4.5 de la Ley de horarios comerciales dispone que:

La STC 156/2015, FJ 10, afirmó el carácter básico de ambos, pues sostuvo que la regulación de criterios para la determinación de los domingos y festivos de apertura en función del atractivo comercial para los consumidores «no supone sino el establecimiento de unas directrices o criterios globales que cumplen, dado su carácter de condiciones mínimas y comunes, los parámetros constitucionales para su consideración material de norma básica, en tanto que la misma encierra una serie de objetivos de política económica aplicables a un sector de gran trascendencia en nuestra economía como es el de la distribución comercial». La STC 18/2016, FJ 9 b) consideró que «la nueva redacción del art. 4.5 de la Ley 1/2004, establece un régimen mínimo de regulación en materia de apertura de comercios en domingos y festivos, mínimo que, una vez respetado, permite a las Comunidades Autónomas determinar el número y los concretos días de apertura, respondiendo así, en cuanto tiene por finalidad fijar las bases de la regulación en la ordenación de la actividad comercial, a un adecuado ejercicio de las competencias estatales del art. 149.1.13 CE, tal como hemos dejado sentado en la STC 156/2015, FJ 10.

Afirmado el carácter materialmente básico de las normas estatales, la conclusión no puede ser otra que la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos «domingo y lunes de pascua» y «25 y 26 de diciembre» del art. 1.2 e) de la Ley 8/2004, en la redacción dada por el Decreto-ley 4/2012, en los que, atendiendo a los criterios establecidos por



las bases (STC 59/2016, de 17 de marzo, FJ 4), se residencia la contradicción entre el precepto autonómico y las normas estatales antes señaladas.

Así pues, carece de sentido elevar al Tribunal Constitucional la incompetencia de esta comunidad autónoma para determinar qué días no se pueden habilitar para la práctica comercial, cuando el Tribunal constitucional ya se ha pronunciado sobre la legítima competencia de las comunidades autónomas para poder ejercerla.

IV.2 "Artículo 18. Calendario de domingos y otros días festivos.

1. (...)

2. *Para la determinación de las fechas habilitadas habrá que ajustarse a los siguientes criterios:*

(...)

d) La apertura en los domingos o festivos de la campaña de Reyes, que comprenderá desde el 26 al 31 de diciembre y desde el 2 de enero hasta el primer domingo posterior al 6 de enero; y de Navidad, que comprenderá desde el 1 al 24 de diciembre, exceptuando en los dos períodos los días que no pueden ser habilitados, de acuerdo con el artículo 17.4."

Las alegaciones aducidas por la Administración del Estado se fundamentan en los mismos argumentos que los expuestos en el apartado IV.1, por lo que nos remitimos a ellos.

Por la misma razón nos remitimos a las alegaciones expuestas en el apartado IV.1.

IV.3. "Artículo 21. Zonas de gran afluencia turística

1. *Los establecimientos ubicados en las zonas de gran afluencia turística tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en la Comunitat Valenciana.*

2. *La declaración de zona de gran afluencia turística, que podrá extenderse a todo o parte del término municipal o del núcleo urbano, fijará para cada caso las condiciones de aplicación, incluyendo los períodos a que se extiende. En todo caso, la declaración excluirá los domingos y festivos que no pueden ser habilitados, de acuerdo con el artículo 17.4*

3, (...)

4. (...)

5. (...)



6. *La declaración de zona de gran afluencia turística, a efectos de esta ley, tendrá una vigencia de cuatro años, prorrogables automáticamente por idénticos períodos, siempre que quede acreditada para cada caso la persistencia de las causas que motivaron la autorización inicial. (...)*

Las alegaciones aducidas por la Administración del Estado se fundamentan en la mera invocación del artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, sin especificar porqué razón la redacción es contraria a la norma básica estatal, más allá de la mera existencia de una zona de gran afluencia turística.

A los anteriores imprecisos y escasos razonamientos, desde la Dirección General de Comercio y Consumo, realizamos las siguientes alegaciones:

a) En primer lugar, insistimos en que la fase de exposición pública del proyecto normativo, y su discusión en el Observatorio del Comercio Valenciano, no se recibieron alegaciones contrarias a la consideración de que los días 1 de enero, 6 de enero, 1 de mayo, 9 de octubre y 25 de diciembre, o bien el 26 de diciembre cuando este sea declarado festivo por traslado de la fiesta de Navidad y que son días justificados en razones imperiosas de conciliación de la vida familiar y laboral.

b) La declaración de una zona de gran afluencia turística está prevista en la legislación básica del Estado, pero a diferencia de otros supuestos recogidos en la Ley 1/2004, de horarios comerciales, donde se reconoce directamente la libertad horaria a los establecimientos comerciales sin una previa actuación administrativa de la administración autonómica competente en materia de comercio, como por ejemplo el caso de los establecimientos con un determinado tamaño de su sala de ventas vinculado a su tamaño empresarial o por los artículos que comercializa sin importar el tamaño de la sala de ventas o su formato empresarial, eso no ocurre exactamente igual para disfrutar de la libertad horaria derivada de una declaración de zona de gran afluencia turística, pues es necesario que previamente la administración autonómica competente en materia de comercio inicie un procedimiento administrativo y compruebe que concurren unas determinadas circunstancias avaladas por datos precisos, exactos, fiables y existentes, es decir, para realizar una declaración de zona de gran afluencia turística es preciso que la administración realice previamente unas actuaciones administrativas.

Este sistema es el previsto por la propia normativa del Estado, y es la misma Ley 1/2004, de horarios comerciales, en el artículo 5.4 la que establece que se han de demostrar que *concurran las circunstancias enumeradas y que, en su caso, deberán justificarse las razones en las que se funda una limitación temporal o territorial, de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor.* Insistimos no comprendemos por qué el Estado cree que la redacción dada al artículo 21.2 en relación con el artículo 17.4 no está suficientemente justificada, pues además de que la actual redacción fue objeto de exposición pública, es la



normativa del Estado la que ha establecido que las zonas de gran afluencia turística se rigen por el contenido de la resolución que las declara, por lo que resulta sorprendente que el Estado considere que esta comunidad autónoma no cumple con el contenido del artículo 5 de la Ley 1/2004, de horarios comerciales.

c) Por todo lo anterior, consideramos que la regulación del artículo 21.2 no resta libertad de horarios a los establecimientos ubicados en una zona de gran afluencia turística, pues podrán abrir libremente todos los días que comprenda la declaración de zona de gran afluencia turística. Es más, no necesariamente todas las declaraciones de zonas de gran afluencia turística han de contener la previsión del artículo 17.4, pues si la declaración se ha realizado para un período temporal comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre, supuesto clásico del modelo turístico de los municipios costeros de la Comunitat Valenciana, es evidente que resulta difícil que un establecimiento comercial invoque su libertad a abrir el 1 de enero, 6 de enero, 1 de mayo, 9 de octubre y 25 de diciembre, o bien el 26 de diciembre cuando este sea declarado festivo por traslado de la fiesta de Navidad, por lo que los argumentos de la Administración del Estado no pueden ser aceptados, ya que el régimen de libertad horaria derivado de una zona de gran afluencia turística, requiere siempre de una actuación previa de la administración competente para declararla, a diferencia de otros supuestos contemplados en la ley 1/2004, de horarios comerciales en los cuales los establecimientos comerciales pueden acogerse directamente a la libertad horaria sin una previa actuación administrativa.

IV.4. "Disposición transitoria cuarta. Zonas de gran afluencia turística

Las zonas de gran afluencia turística que ya estuvieran declaradas en el momento de la entrada en vigor de la presente ley, mantendrán su vigencia, en los términos del artículo 21.6.»

En el escrito de la Administración del Estado se relaciona el apartado anterior con la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2011, pero en realidad hay que ponerla en relación con la disposición transitoria segunda de la propia Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, que dice lo siguiente:

"Disposición transitoria Segunda. Vigencia de las zonas de gran afluencia turísticas declaradas a la entrada en vigor de esta ley

El período de cuatro años previsto en el artículo 21.6 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana, empezará a contar desde el momento de la entrada en vigor de esta ley para las zonas afectadas por la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2011, mencionada"



Las alegaciones aducidas por la Administración del Estado se fundamentan en los siguientes argumentos:

- a) Considera que la declaración de zona de gran afluencia tiene la consideración de una autorización inicial,
- b) Que la lectura combinada de las dos disposiciones transitorias transcritas estaría introduciendo un plazo de caducidad,
- c) Que para el caso de las ciudades de Alicante y Valencia la anterior consideración podría contravenir lo dispuesto en el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad,
- d) Que desde el punto de vista de la Ley 20/2013, de Garantía de unidad de Mercado, la restricción que se establece constituye un requisito de ejercicio de la actividad que debiera superar el test de necesidad y proporcionalidad del artículo de la LGUM, pues no justifica la razón de interés general objeto de protección.

A los anteriores razonamientos, desde la Dirección General de Comercio y Consumo, realizamos las siguientes alegaciones:

- a) en primer lugar discrepamos de que las declaraciones de zonas de gran afluencia turística participen del régimen de las autorizaciones, pues en ningún caso en el procedimiento de declaración de zona de gran afluencia turística examina las condiciones concretas de ningún establecimiento comercial, sino que se limita a comprobar que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo 5.4 de la Ley 1/2044, de horarios comerciales que dice lo siguiente:

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 concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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



f) *Que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras.*

g) *Cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen.*

Como puede comprobarse en el párrafo inicial del artículo 5.4 la determinación de las zonas de gran afluencia turística se realizan sobre el respectivo ámbito territorial, y no sobre los establecimientos comerciales, es decir, la declaración de zona de gran afluencia turística se realiza sobre el demanio público y no sobre los inmuebles en que se ubican los establecimientos comerciales, o sobre el tipo de actividad comercial desarrollada en los establecimientos comerciales.

Cuestión diferente es que una vez declarada una zona de gran afluencia turística, los establecimientos comerciales ubicados en la zona declarada como tal puedan beneficiarse de la misma, pero no porque dichos establecimientos estén realizando una concreta actividad comercial, sino porque de la declaración de zona de gran afluencia turística se ha comprobado que existe una sinergia entre todas o algunas de las circunstancias previstas en las letras a) a f) del artículo 5.4 de la Ley 1/2004 de horarios comerciales y demanio público municipal, que puede ser todo el municipio o una parte del mismo.

b) Por la razón anterior no podemos hablar de una caducidad del ejercicio de la libertad horaria de los establecimientos comerciales, sino de la vigencia o no de las circunstancias enumeradas en las letras a) a f) del artículo 5.4 de la Ley 1/2004 ,de horarios comerciales, en un determinado espacio territorial del demanio público municipal, ya que es imposible retirarle una autorización a un establecimiento comercial al cual no se le ha concedido autorización alguna, es más, la libertad horaria la puede ejercer tanto el establecimiento comercial que ya estuviera ubicado en la zona de gran afluencia turística, al tiempo de su declaración, como aquel establecimiento comercial que se ubique en la misma zona con posterioridad a la declaración, siempre y cuando la misma esté vigente, y tanto en uno como en otro caso ningún establecimiento comercial ha tenido que solicitar o someterse a un régimen de autorización comercial, pues en el primer caso ya operaba antes de la declaración de la zona de gran afluencia turística, y en el segundo la mera apertura en dicha zona le otorgaría la libertad horaria.

c) Respecto a las ciudades de Valencia y Alicante nos remitimos a los mismos argumentos descritos en el apartado anterior, pues la Ley de horarios comerciales somete al mismo régimen a las ciudades del régimen general, es decir las del artículo 5.4 y a las del régimen especial u obligatorio, las del artículo 5.5, pero en ambos casos han de cumplirse las condiciones establecidas en las letras a) a f), y en el caso de Valencia y Alicante se aplica lo previsto para 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, en los que 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.

d) Respecto a la invocación de la Ley 20/2013, de Garantía de unidad de Mercado, además de reiterar que no estamos ante un régimen de autorización de los contemplados en dicha Ley, no podemos considerar que se haya impuesto una restricción para el ejercicio de la actividad comercial, pues con o sin declaración de zona de gran afluencia turística cualquier establecimiento comercial puede operar en la esfera de su actividad comercial.

Respecto a que se debiera superar el test de necesidad y proporcionalidad del artículo de la LGUM, en las consideraciones de los distintos artículos analizados, ya hemos expresado que el proyecto normativo fue sometido a exposición pública, y que para la valoración de cualquiera de las circunstancias enumeradas se han tenido en cuenta las razones imperiosas de conciliación de la vida familiar y laboral, quedando justificada esta razón de interés general como objeto de protección, pues la propia directiva de servicios en su considerando 40 establece que *El concepto de «razones imperiosas de interés general» al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando.*

e) Este último argumento no debe de resultar de difícil encaje en nuestro ordenamiento, pues estando vigente el artículo 18.2.a)1º de la LGUM, que considera una restricción al ejercicio de una actividad económica que el establecimiento se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio, sin embargo el artículo 5 de la Ley de horarios comerciales, que ha sido modificado con posterioridad, permite el encaje del ejercicio de la libertad horaria solamente si el establecimiento se ubica en una concreta zona del territorio de la autoridad competente, en este caso la zona de gran afluencia turística, sin que el Estado considere que la Ley de horarios comerciales contraviene dicha regla.

Por todo lo anterior consideramos que el proyecto normativo tiene encaje constitucional desde el punto de vista de las competencias en materia de comercio interior de esta comunidad autónoma como en el respeto a la legislación básica del Estado.

El subdirector general de Comercio y Consumo,