



Roj: **ATS 1373/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1373A**

Id Cendoj: **28079130012017200231**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **27/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 27 de febrero de 2017

HECHOS

ÚNICO.- La Procuradora de los Tribunales, D^a María Garau Montane, en la representación de la entidad Unibail, Rodamco Palma, S.L.U. que legalmente ostenta, ha preparado recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 14 de septiembre de 2016, dictada en el procedimiento ordinario núm. 41/2015, sobre urbanismo.

Se ha personado ante el Tribunal Supremo el Abogado de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares, en la representación que asimismo legalmente ostenta como parte recurrida y se ha opuesto en su comparecencia de la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad Unibail, Rodamco Palma, S.L.U. contra la resolución dictada el 23 de septiembre de 2014 por la Directora General de Comercio y Empresa del Gobierno de las Islas Baleares, por la que se desestima el recurso de reposición promovido por la misma entidad arriba mencionada contra la resolución de 24 de noviembre de 2014, por la que se denegaba la solicitud de licencia autonómica de gran establecimiento comercial para la implantación de un centro comercial en Ses Fontanelles del término municipal de Palma de Mallorca.

La representación de Unibail, Rodamco Palma, S.L.U. presentó escrito de preparación contra dicha sentencia, en el cual, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos en orden al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución que se impugna, identifica las normas supuestamente infringidas (artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; artículos 9 y 10 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior; artículos 5 y 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); artículos 5 y 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) -el último precepto sufrió una modificación con el Real Decreto-Ley 8/2014 de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia-; y artículos 5 y 9 de la Ley 17/2009, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios), así como la jurisprudencia recaída en torno a estos preceptos (singularmente, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 (Caso SpA Simmenthal) y Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C-492/13 (Caso Traum Food) y las de este Tribunal Supremo que igualmente se invocan a continuación: también en último término se cita el artículo 14 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional recaída en torno a este precepto); por cuanto considera que, de acuerdo con el tenor de la



indicada normativa y jurisprudencia, habría procedido el otorgamiento condicionado de la licencia comercial solicitada, en interpretación de la normativa autonómica que resultaba de aplicación al caso [Ley 11/2011, de 15 de junio, de ordenación de la Actividad Comercial de las Islas Baleares: artículos 7.6 y 17.2 a)], de forma conciliadora con las exigencias dimanantes de dicha normativa y jurisprudencia en punto a garantizar la efectividad del derecho a la libertad de establecimiento, habida cuenta de que no concurren las supuestas razones imperiosas de interés general que impiden la simultaneidad de la urbanización y la edificación, ni tampoco se perjudica al entorno o al territorio circundante.

Tras justificar la representación de la entidad recurrente la relevancia de las infracciones imputadas en la Sentencia de instancia, afirma que el recurso de casación presenta interés casacional objetivo conforme al artículo 88, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional, pues no existe jurisprudencia acerca de la cuestión suscitada (art. 88.3 a) LJCA), particularmente, en relación con los artículos 5 y 9 LGUM, de reciente aprobación, así como de los artículos 5 y 6 LOCM y 5 y 9 de la Ley/17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios; se aparta también deliberadamente de la jurisprudencia emanada por este Tribunal Supremo en la aplicación del principio de proporcionalidad en este sector del ordenamiento jurídico (art. 88.3 b) LJCA); y, en fin, en la medida en que se vulneran los preceptos del Derecho europeo que se citan (art. 49 del Tratado y 9 y 10 de la Directiva de Servicios), se aplica dicho Derecho en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial. Se alega un último interés casacional con fundamento en la supuesta incongruencia en que incurre la sentencia al no abordar el motivo relacionado con la vulneración del derecho fundamental de igualdad, permitiendo que se mantenga un acto arbitrario.

SEGUNDO.- Una vez constatada por la Sala la debida cumplimentación de los requisitos formales de ambos escritos de preparación, hemos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 90.3 b) de la Ley Jurisdiccional, que establece la procedencia de resolver mediante auto.

Aclarada esta cuestión, y centrando así nuestro examen en el artículo 88.3 de la LJCA, toda vez que el primero de los supuestos que contempla este precepto es el relativo a la ausencia de jurisprudencia respecto de las normas en las que se sustenta la razón de decidir de la sentencia y concurre en el supuesto sometido a nuestra consideración la expresada circunstancia, hemos de proceder en este trance a la admisión del presente recurso, por concurrir el supuesto determinante de la presunción de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que pueda sostenerse en sentido contrario que el asunto carezca manifiestamente de dicho interés.

TERCERO.- Situados ahora en el marco del artículo 88.2, también procede estimar concurrente el supuesto tipificado en la letra f) del apartado señalado, puesto que la resolución que se impugna aplica el Derecho europeo en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y aborda un supuesto en que pudiera ser exigible la intervención de dicho Tribunal a título prejudicial. Habida cuenta de la inexistencia de jurisprudencia en los términos ya expresados, se estima que la cuestión suscitada presenta interés casacional objetivo para la formación de dicha jurisprudencia y procedería también en consecuencia la admisión del recurso desde esta perspectiva por la indicada razón que asimismo se hace constar en el presente auto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 90.3 a) de nuestra Ley Jurisdiccional.

CUARTO.- Apreciada la concurrencia de interés casacional objetivo en el recurso de casación preparado, conforme se ha expuesto, por concurrir los supuestos previsto en el artículo 88.3.a) y 2 f), hemos de concretar ahora la cuestión que presenta interés casacional objetivo, que radica en determinar si a la luz de la normativa europea y estatal básica que resulta de aplicación procede, partiendo de la situación urbanística en que se encuentran sus terrenos, el otorgamiento condicionado de la licencia comercial solicitada por la entidad recurrente (a que el suelo sobre el que se proyecta la instalación ostentare la condición de suelo urbano consolidado al tiempo de la apertura del establecimiento) y se opone en cambio a la indicada normativa la denegación sin más de dicha licencia.

Del modo expuesto, las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación en sentencia son los artículos 5 y 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); los artículos 5 y 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM); así como los artículos 5 y 9 de la Ley 17/2009, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios; todo ello en relación con el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 9 y 10 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

En su virtud,

La Sección de Admisión

**acuerda:**

1º) Admitir el recurso de casación nº 27/2016 preparado por la procuradora D^a María Garau Montane, en representación de la entidad Unibail, Rodamco Palma, S.L.U., contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 14 de septiembre de 2016, dictada en el procedimiento ordinario núm. 41/2015, sobre urbanismo.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia radica en determinar si a la luz de la normativa europea y estatal básica que resulta de aplicación procede el otorgamiento condicionado de la licencia comercial solicitada por la entidad recurrente y se opone en cambio a dicha normativa la denegación de dicha licencia, conforme a lo expresado en el razonamiento jurídico cuarto de este auto.

Y que las normas jurídicas que serán objeto de interpretación en sentencia son los artículos 5 y 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); los artículos 5 y 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) -el último precepto sufrió una modificación con el Real Decreto-Ley 8/2014 de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia-; así como los artículos 5 y 9 de la Ley 17/2009, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios; todo ello en relación con el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 9 y 10 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

3º) Para la sustanciación del recurso, comuníquese esta resolución a la Sala de instancia y remítanse las actuaciones a la Sección quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 90.6 y 92.1 de nuestra Ley jurisdiccional.

4º) Publíquese este auto en página web del Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas