



Roj: **STS 3866/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3866**

Id Cendoj: **28079130052015100299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/09/2015**

Nº de Recurso: **3408/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo**

**Contencioso-Administrativo**

**Sección: QUINTA**

**SENTENCIA**

**Fecha de Sentencia:** 03/09/2015

**RECURSO CASACION**

**Recurso Núm.:** 3408 / 2014

**Fallo/Acuerdo:**

**Votación:** 22/07/2015

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate

**Procedencia:** T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

**Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

**Escrito por:** MPS

**Nota:**

**Casación ha lugar porque, en contra de lo declarado en los acuerdos impugnados, el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales del País Vasco, aprobado por Decreto 262/2004, no se ajusta a lo establecido en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ni a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de trasposición de aquélla, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por lo que la Sala de instancia ha infringido determinados preceptos de estas disposiciones y la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación directa de las Directivas cuando sus disposiciones son suficientemente precisas e incondicionales. También se denegó indebidamente la práctica de determinadas pruebas testificales, aunque no incurre la sentencia en incongruencia omisiva, por lo que se ordena a la Sala de instancia la práctica de las indicadas pruebas para, después, continuar el proceso y, con libertad de criterio, dictar sentencia.**

**RECURSO CASACION Num.:** **3408/2014**

**Votación:** 22/07/2015

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Jesús Ernesto Peces Morate

**Secretaría Sr./Sra.:** Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

**SENTENCIA****TRIBUNAL SUPREMO.****SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: QUINTA****Excmos. Sres.:****Presidente:****D. Rafael Fernández Valverde****Magistrados:****D. José Juan Suay Rincón****D. César Tolosa Tribiño****D. Francisco José Navarro Sanchís****D. Jesús Ernesto Peces Morate****D. Mariano de Oro Pulido y López**

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 3408 de 2014, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de la entidad mercantil Unibail- Rodamco Retail Spain S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 11 de julio de 2014, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 750 de 2010, sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail Rodamco Garbera S.L. contra el acuerdo, de 13 de abril de 2010, del Gobierno Vasco, por el que se inadmitió el recurso de reposición deducido frente al acuerdo del Consejo de Gobierno del País Vasco, de 22 de diciembre de 2009, relativo a la adecuación del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales en la Comunidad Autónoma del País Vasco a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, así como contra el referido acuerdo de 22 de diciembre de 2009 e indirectamente contra el mencionado Plan Territorial Sectorial.

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó, con fecha 11 de julio de 2014, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 750 de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: QUE DEBEMOS DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE UNIBAIL RODAMCO GARBERA S.L. CONTRA EL ACUERDO DE 13 DE ABRIL DE 2010, DEL GOBIERNO VASCO, QUE INADMITE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA ACUERDO DEL CONSEJO DE GOBIERNO VASCO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2009, RELATIVO A LA ADECUACIÓN DEL PTS DE CREACIÓN PÚBLICA DE SUELO PARA ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y DE EQUIPAMIENTOS COMERCIALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, A LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006. SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS».

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico cuarto: «El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2009, afirmaba que existe plena adecuación entre el PTS aprobado por D. 262/2004, de 21 de diciembre, y la Directiva 2006/123/CE, y que, en consecuencia, no procede la modificación del citado PTS, lo que se comunica al Parlamento Vasco en cumplimiento de la *D.F.3ª de la Ley 7/2008* .

»Los Planes Territoriales Sectoriales son instrumentos de ordenación del territorio, de naturaleza normativa, y no se contempla la iniciativa privada.

»Como se indica en el *art. 18 de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco* :



» 1.- Los Planes Territoriales Sectoriales que se formulen por los diferentes Departamentos del Gobierno Vasco habrán de ser preceptivamente informados por el Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente y por la Comisión de Ordenación del Territorio y se elevarán al Consejo de Gobierno para su aprobación definitiva juntamente con dichos informes, a propuesta conjunta del titular del Departamento interesado y el titular del Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente.

» 2.- El acuerdo de aprobación definitiva, revestirá la forma de Decreto y se publicará en el Boletín Oficial del País Vasco.

»La D.F.3ª de la Ley 7/2008 establecía que el PTS de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma "deberá ser sometido a revisión" en el plazo que se indica, con objeto de adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE. En realidad, el Acuerdo del Gobierno Vasco concluye que no es preciso revisar el PTS, porque existe plena adecuación entre el PTS y la Directiva 2006/123/CE.

»La Disposición Final Tercera de la LEY 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial, establece:

» Tercera. Con objeto de adecuarlo a 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, el vigente Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco **deberá ser sometido a revisión en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de la presente ley, y en cualquier caso antes del 28 de diciembre de 2009**, atendiendo a las razones imperiosas de interés general definidas en el artículo 4.8 de la citada directiva y teniendo en cuenta los considerandos 9 y 40. En dicha revisión se establecerá el dimensionamiento de los grandes establecimientos individuales o colectivos y equipamientos comerciales localizados en la periferia exterior de los núcleos de población, en ensanches urbanos mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales o parcelas dotacionales, extendiéndose también esta regulación a las tramas urbanas consolidadas.

»El Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco de 22 de diciembre de 2009, consistió en "manifestar que existe plena adecuación entre el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales (en adelante, PTS) aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre y 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 y que, en consecuencia, no procede la modificación del citado Plan Territorial Sectorial". Y se acuerda comunicarlo al Parlamento Vasco, junto con los informes adjuntos, en cumplimiento de lo establecido en la mencionada DF3ª de la Ley 7/2008.

Al f. 1 del e.a. consta el informe de la Dirección de Ordenación del Territorio, suscrito por el Responsable Área Asesoría Jurídica-Dirección Ordenación del Territorio con fecha 3 de diciembre de 2009. Y al f. 18 y ss consta la memoria justificativa en relación con la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, suscrito por el Director de Ordenación del Territorio, y por la Directora de Comercio.

»No consta que el Parlamento Vasco rechazara esa comunicación. En realidad, la D.F.3ª de la Ley 7/2009 contenía un mandato legal dirigido al Gobierno Vasco, para que procediera a revisar el D. 262/2004 antes de la entrada en vigor de la Directiva 2006/123/CE.

»La Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial (BOPV de 7.7.08), modificó el art. 13 de la Ley 4/1990, "implantación de grandes establecimientos comerciales". El art. 13.4 dice:

» 4.- Para la implantación de grandes establecimientos comerciales se estará a la regulación contenida en la normativa por la que se aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que es el instrumento de ordenación territorial definidor de la implantación de los grandes equipamientos comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

»La Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, en su art. 33 modifica el apartado 5, del art. 13 «Implantación de grandes establecimientos comerciales», de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial, que queda redactado como sigue:

«5.- Para toda implantación o ampliación de un gran establecimiento comercial, con carácter previo a la concesión de la licencia municipal, el ayuntamiento correspondiente solicitará al órgano competente en materia de comercio de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la emisión de un informe sobre la adecuación de la actividad proyectada a los criterios establecidos en el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales, el cual se emitirá en el plazo de dos meses ».

**TERCERO** .- También se declara en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida lo siguiente: «Aunque la sentencia dictada en el recurso de casación, en el apartado 2 de su parte dispositiva, dice



textualmente: « *partiendo de la naturaleza de acto administrativo del acuerdo recurrido*», entendemos que la expresión "acto administrativo", lo es por contraposición a "acto político".

»La parte recurrente articuló su recurso de reposición indicando que el propio Gobierno Vasco consideraba que se trataba de un "acto administrativo", al adoptar la forma de Acuerdo, y no Decreto. En realidad, se trata del ejercicio de la potestad reglamentaria, puesto que el Acuerdo concluye que no procede adecuar el PTS la Directiva 2006/123/CE, porque "existe plena adecuación", y concluye que no procede la modificación del PTS. Y, el Plan Territorial Sectorial es una norma reglamentaria de ordenación del territorio. Y no se contempla la iniciativa particular o privada, para instar su tramitación, su modificación o su revisión.

»El informe obrante al f. 1 y ss. del e.a. sostuvo que, en todo caso, se trataría de una modificación, y no una revisión. En realidad, lo que resulta relevante, en el ámbito que nos ocupa, es que al tratarse de una norma de ordenación territorial sectorial, que se promueve por los distintos Departamentos del Gobierno Vasco, la petición de los particulares de que se procediera a su revisión o modificación se enmarcaría dentro de las peticiones "graciables", en el ámbito de la LO 4/2001, de 12 de noviembre, del Derecho de Petición : " *Las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general*".

»Ahora bien, la STS de 15.4.04 -rec. 4836/2011 , afirma que: " *Se trata, por tanto, de una disposición legal que obliga al correspondiente Órgano de Gobierno a ejercer su potestad reglamentaria, de manera que, cualquier persona puede interesar de la Administración afectada su cumplimiento.*" Partiendo de esta afirmación, entendemos que de la misma no se deriva inexorablemente la conclusión de que debía procederse a iniciar un trámite de revisión conforme a lo previsto en el art. 3 del D.262/2004 (PTS), en cuyo apartado primero dice:

» *1.- Transcurridos ocho años de vigencia del P.T.S. el Gobierno Vasco resolverá sobre la oportunidad de proceder a su revisión, la cual se realizará, incluso anteriormente, si se dieran alguna de las circunstancias siguientes:*

» - *Cuando una alteración significativa en las hipótesis contempladas por el P.T.S. en población, dinámica de empleo o mercado de suelo para actividades económicas obligue a modificar los criterios generales de ordenación establecidos.*

» - *Cuando por la modificación de las DOT o con la aprobación de algún Plan Territorial Parcial se establezcan determinaciones que impliquen una transformación sustancial del Modelo Territorial de Ordenación.*

» - *Cuando se ponga de manifiesto la necesidad o conveniencia de ampliar los contenidos del P.T.S. con desarrollos o líneas de actuación no previstas inicialmente.*

» - *Cuando por otras circunstancias así lo acuerde motivadamente el Gobierno Vasco.*

»Como hemos indicado, el Acuerdo impugnado, adoptado por el Gobierno Vasco, concluye que no procede revisar el PTS, porque, según se expuso en el informe obrante a los f.1 y ss del expediente administrativo: A) es un instrumento de ordenación del territorio expresamente excluido de la Directiva; B) el PTS participa de los objetivos de dicha Directiva y se muestra en su redacción actual como un mecanismo necesario para el desarrollo de la Ley 7/2008, de 2ª modificación de la Actividad Comercial y C) el PTS ya regula los aspectos requeridos por la *Disposición Final Tercera de la Ley 7/2008* , de segunda modificación de la Actividad Comercial.

» *Esta Sala ha dictado STSJPV de 15 de octubre de 2013, en el recurso contencioso-administrativo núm. 237/2011 , interpuesto por el mismo recurrente contra el Acuerdo de aprobación definitiva del PGOU de Donostia-San Sebastián, (BOG núm. 222, de 17.11.2010). Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación. En este recurso se plantea la impugnación indirecta del PTS, sosteniendo que al establecer el límite máximo de 25.000 m2 de superficie de grandes equipamientos comerciales en Donostia-San Sebastián, se establece una restricción que infringe la Directiva de Servicios, en cuanto garantiza la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios. Por lo tanto, se entra en el fondo de la cuestión al plantearse una impugnación indirecta del PTS. En esta sentencia se dice, en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto:*

»"La *Directiva Servicios*, que entró en vigor el 28/12/2006 y cuyo plazo de trasposición a los ordenamientos nacionales venció el 28/12/2009, en lo que ahora importa, establece las disposiciones que garantizan la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios (art.1 ) condicionando el establecimiento de un régimen de autorización a su carácter no discriminatorio, su necesidad, y a que el objetivo perseguido no pueda lograrse mediante una medida menos restrictiva (art.9), prohibiendo supeditar la autorización a una prueba de la necesidad económica, de sus efectos económicos, o de su ajuste a los objetivos de programación económica (art.14, apartado 5) si bien se cuida de establecer que dicha prohibición no afectará a los requisitos



de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general.

»Su trasposición al ordenamiento español se ha producido a través de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior; 12/2012 de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios. Además en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco por las Leyes 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de Actividad Comercial; Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE.

»La recurrente propugna la aplicación directa de la Directiva Servicios, con exclusión de la regulación del PTS, por su incompatibilidad con la misma, pero hemos de entender que, si el efecto directo de la directiva opera en ausencia de norma de trasposición o cuando ésta la contradice, habiendo sido objeto de trasposición al ordenamiento español la citada Directiva, la infracción que, en su caso, cabría imputar al PTS, no lo es de la Directiva sino de las leyes de trasposición, y más concretamente de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en cuanto prevé reproduciendo casi literalmente la directiva, la libertad de establecimiento (art.9), condiciona los regímenes de autorización a los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, prohibiendo supeditar la autorización a una prueba de la necesidad económica ( art.10), admitiendo las restricciones fundadas en imperiosas razones de interés general ( art.3.11 y 10 ).

»A la hora de determinar el alcance de dicho marco normativo es oportuno tener presente la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (asunto C-400/08 )*, recaída en el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión Europea en relación con las limitaciones impuestas por el ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Cataluña al establecimiento de superficies comerciales (ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, Ley18/2005, de 27 de diciembre , de equipamientos comerciales, Decreto 378/2006, de 10 de octubre que la desarrolla, y Decreto 379/2006, de 10 de octubre por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales), *sentencia de la que es oportuno consignar los siguientes pasajes:*

» " 73.-Según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo ( sentencias de 10 de marzo de 2009 , Hartlauer , C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 44; de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171, apartado 25, y Blanco Pérez y Chao Gómez, antes citada, apartado 61).

» 74.- Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la *sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C- 384/08 , Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada*), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la *sentencia de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07 , Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada*) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la *sentencia de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04 , Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada*). En cambio, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en este sentido, la *sentencia de 15 de abril de 2010, CIBA, C-96/08 , Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada*).

» 75.- A este respecto, hay que recordar que, si bien corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones (véase, en este sentido, la *sentencia de 10 de febrero de 2009 , Comisión/Italia, antes citada, apartado 66*) ".

» Al dar respuesta a la primera imputación efectuada por la Comisión sobre las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales impuestos por el ordenamiento catalán, la *sentencia razona lo siguiente:*

» "77 .-En el marco de su primera imputación, la Comisión hace referencia a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales que resultan de la prohibición, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de implantar tales establecimientos fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios, y del dimensionamiento por cada comarca y municipio conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 y en el anexo 1.2 de éste.



- » 78.-El Reino de España alega que las disposiciones mencionadas son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente que persiguen. Según dicho Estado miembro, al limitar la implantación de grandes establecimientos comerciales a los núcleos más poblados, donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa controvertida pretende evitar los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarrestar el deterioro de las zonas urbanas, preservar un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evitar la construcción de nuevas carreteras y garantizar el acceso a esos establecimientos mediante transporte público.
- » 79.- La Comisión considera, por el contrario, que las limitaciones controvertidas no son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos.
- » 80.- A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España.
- » 81.- No obstante, del artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 se desprende que no se preveía aumento alguno de la oferta comercial en formato de hipermercado en las comarcas en que dicha oferta se estimaba excesiva para el año 2009. En segundo lugar, se deduce del anexo 1.2 del anexo del citado Decreto que la oferta se estimó excesiva para ese año en 37 de las 41 comarcas de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En las cuatro comarcas restantes, con arreglo al referido artículo 10, apartado 2, únicamente podía aumentarse la oferta comercial en formato de hipermercado siempre que esta tipología no absorbiese más del 9 % del gasto comercializable estimado para el año 2009 en productos de uso cotidiano y del 7 % en productos de uso no cotidiano de la comarca. Por último, resulta del citado anexo 1.2 que, en esas cuatro comarcas, la superficie máxima para los hipermercados estaba limitada a 23.667 m<sup>2</sup>, repartidos entre seis municipios.
- » 82.- Resulta obligado observar que estas limitaciones específicas impuestas por la normativa controvertida, consideradas en su conjunto, afectan de forma significativa a las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
- » 83.- En tales circunstancias, las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I- 10671, apartado 36 y jurisprudencia citada).
- » 84.- Pues bien, ha de señalarse que el Reino de España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos.
- » 85.- Habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, procede considerar que las restricciones de la libertad de establecimiento impuestas en este aspecto no están justificadas.
- » 86.- De ello se desprende que la primera imputación debe estimarse."
- » En suma, dicha sentencia concluye, en lo que aquí importa, (1) que las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar el objetivo y no vayan más allá de lo necesario para lograrlo; (2) que entre dichas razones imperiosas de interés general se hallan la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente; (3) que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente; y (4) que corresponde al Estado miembro justificar la restricción a la libertad de establecimiento mediante un análisis de su oportunidad y de su proporcionalidad aportando datos precisos que permitan corroborar su argumentación.
- » ..... Pues bien. el capítulo 7 del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al que la recurrente se remite, justifica razonablemente las restricciones al emplazamiento y al tamaño de los establecimientos comerciales en términos que se ajustan a los criterios expresados por la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, puesto que las restricciones a la libertad de establecimiento que impone se justifican por razones de ordenación territorial y se establecen precisamente en un instrumento de ordenación del territorio, y se justifica su necesidad y su proporcionalidad aportando datos sobre la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, conclusión que no desmerece por la razón de que, además de dichas razones de ordenación del territorio, por sí mismas suficientes, se invoquen adicionalmente razones económicas prohibidas por el art.



14 de la Directiva de Servicios y art. 10-e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre que la traspone al ordenamiento español, tal y como alega la recurrente en la demanda (folio 159 de las actuaciones) en referencia a la protección del sector terciario asentado en los centros urbanos y en los diferentes barrios.

» A tales efectos, resulta oportuno reproducir el tenor literal de dicho instrumento de ordenación en punto a la cuestión controvertida.

» "7.- PROPUESTAS PARA LA ORDENACIÓN TERRITORIAL DE LOS GRANDES EQUIPAMIENTOS COMERCIALES

» 7.1.- LOS GRANDES EQUIPAMIENTOS COMERCIALES COMO IMPORTANTE FACTOR DE INCIDENCIA EN LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO .

» La implantación de equipamientos comerciales y centros de servicios de gran tamaño constituye un fenómeno de indudable transcendencia urbanística que debe ser objeto de estudio y regulación específica en el marco competencial de la ordenación del territorio.

» Los principales factores que motivan la importancia de estas implantaciones en el campo competencial de la ordenación territorial son los siguientes:

» -La localización excesivamente focalizada de las grandes superficies destinadas a actividades comerciales y de ocio incide negativamente sobre la estructura funcional de nuestros pueblos y ciudades, caracterizada, hasta la fecha, por el reparto equilibrado de las áreas de equipamiento terciario dentro de cada núcleo urbano.

» Este modo heredado de asentamiento urbano debe, sin embargo, ser conservado, ya que aporta una forma más compensada de ocupación territorial, no tan supeditada al hiperdimensionamiento de la red de comunicaciones y al uso obligatorio del automóvil, aspectos implícitos en el modelo desarrollista en el que se inscribe la lógica de los grandes centros comerciales.

» La configuración de las nuevas áreas comerciales bajo el formato de centros comerciales de gran superficie, con la concentración acumulada de una gran unidad alimentaria, una galería comercial, grandes tiendas temáticas, complejo de multicines y centros de ocio y otras actividades complementarias, condiciona excesivamente, de forma brusca y desequilibrante, la supervivencia del sector terciario asentado en los centros urbanos y en los diferentes barrios de las ciudades preexistentes.

» -El sobredimensionamiento del tamaño de los nuevos establecimientos comerciales repercute decisivamente, de forma intensa y negativa, sobre los procesos de recualificación urbanística de los cascos históricos y ensanches urbanos como centros referenciales de la actividad urbana consolidada, desviando hacia la periferia muchas operaciones e iniciativas que ayudarían a la progresiva mejora urbanística de los núcleos urbanos tradicionales.

» Si se canaliza gran parte de la actividad inversora hacia puntos muy concretos de la periferia urbana, o hacia operaciones de nueva colonización inmobiliaria del territorio, se incide negativamente de modo inversamente proporcional en la capacidad de intervención en el saneamiento infraestructural, la modernización terciaria y la reordenación viaria que reclaman el conjunto de las áreas centrales de nuestros pueblos y ciudades.

» -Los nuevos equipamientos comerciales y centros de ocio de gran tamaño que se emplazan en la periferia urbana consumen las mejores superficies de suelo de oportunidad enclavadas junto a los nudos de comunicaciones.

» Convendría reservar buena parte de estos suelos, muy escasos sobre todo en la cornisa cantábrica, para la implantación de instalaciones de carácter estratégico y logístico necesarias para el impulso ordenado de la actividad económica general (plataformas de servicio de transporte, centros de distribución de mercancías, plantas de montaje de producto final y áreas de almacenamiento).

» La ocupación prioritaria o masiva de los escasos suelos de oportunidad disponibles en nuestra geografía por grandes centros comerciales bloquea, de hecho, el desarrollo alternativo de polígonos logísticos de interés estratégico general.

» -La implantación de los nuevos centros comerciales sobre grandes plataformas directamente conectadas con la red viaria general en los principales nudos de comunicaciones proyectan sobre los enlaces viarios unas solicitaciones que provocan la merma de su funcionalidad, por su excesiva complejización, y la sobresaturación innecesaria del tráfico en puntos muy sensibles de la red general.

» -Alternativamente, el menor dimensionamiento de los centros comerciales y, en su consecuencia, la mayor fragmentación espacial de los equipamientos comerciales a implantar en una determinada área funcional, posibilitaría una mejor distribución, más compleja y equilibrada, de estas nuevas dotaciones terciarias en el

contexto general de la ciudad preexistente, favoreciendo, además, el objetivo urbanístico de ofrecer una mayor aproximación de la oferta al usuario.

» -Por último, conviene señalar también, que con una mayor desagregación territorial de las superficies destinadas a nuevas implantaciones comerciales se posibilitaría un reparto más fácil en cada Área Funcional de las concesiones entre las diferentes marcas, favoreciendo una mayor competencia empresarial en la oferta de este tipo de equipamientos.

» Para ilustrar la importancia del fenómeno se presenta a continuación una colección de fichas de las principales Grandes Superficies Comerciales de la C.A.P.V., en las que se delimita el ámbito general de ocupación, así como las superficies netas destinadas a edificación y a plataformas de aparcamiento y servicios complementarios. Se señala, también, su sistema de conexión con la red general de carreteras del entorno.

» Como síntesis se incluyen un cuadro resumen con la relación de las Grandes Superficies Comerciales implantadas actualmente en la C.A.P.V., salvo las enclavadas en el interior de los núcleos urbanos, y sus principales características superficiales. Se presenta, también, el mapa 7.1 con su localización geográfica en la C.A.P.V.

» CUADRO Relación de grandes superficies comerciales implantadas en la CAPV

» .../...

## » 7.2.- PROPUESTA DE REGULACIÓN URBANÍSTICA .

» Se define como Gran Equipamiento Comercial, o Centro de Ocio y Servicios, o Plataforma Terciaria, a efectos de la presente regulación territorial, toda aquella implantación urbanística de edificación terciaria que acumule de forma concentrada dentro de una misma área de actuación urbanística (ó unidad territorial de gestión urbanística), una serie de equipamientos de servicios comerciales, de ocio y de hostelería (gran unidad alimentaria, galería comercial, grandes tiendas temáticas, complejo de multicines, centros de ocio, hoteles, restaurantes y cafeterías, estación de servicio, etc..), que, en su conjunto, y al margen de su posible compartimentación en empresas, establecimientos o actividades diferentes, alcance alguna de las siguientes magnitudes urbanísticas globales:

» - Superficie neta de plataforma explanada, libre más edificada : 15.000 m2.

» - Superficie de techo edificable : 5.000 m2.

» - Nº de aparcamientos : 400 plazas.

» Se adscriben los Grandes Equipamientos Comerciales a tres grandes grupos tipológicos, según las características edificatorias y la localización espacial concurrente en cada caso:

» Establecimientos Comerciales de edificación densa enclavados en áreas centrales de los núcleos urbanos, Establecimientos Comerciales de edificación abierta situados en ensanches urbanos mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales o parcelas dotacionales, y Establecimientos Comerciales extensivos localizados en la periferia exterior de los núcleos de población.

» Los Grandes Equipamientos Comerciales, o Centros de Ocio y Servicios, o Plataformas Terciarias, así definidos que se implanten en la C.A.P.V., se regularán de acuerdo a la siguiente normativa territorial:

» La regulación urbanística de los Grandes Equipamientos Comerciales de edificación densa situados en las áreas centrales de núcleos urbanos seremite al planeamiento municipal.

» La regulación territorial de los Grandes Equipamientos Comerciales, o agregaciones multiempresariales terciarias equivalentes, adscritos a alguno de los otros dos modelos tipológicos :

» - Gran Establecimiento Comercial de edificación abierta en ensanches urbanos por reconversión de áreas obsoletas u ocupación de espacios vacíos industriales o parcelas dotacionales.

» - Gran Establecimiento Comercial de carácter extensivo en la periferia urbana exterior, o modelos tipológicos equivalentes, se ajustará a la normativa que se expone a continuación, mediante la obligatoriedad de justificar expresamente en la documentación del correspondiente Plan Parcial de cada Sector de suelo para actividades económicas, o terciario, o comercial, o de servicios, como Sector susceptible de albergar un Gran Centro.

» Comercial o una agregación multiempresarial terciaria equivalente, que el régimen de usos pormenorizados previsto en dicho Plan Parcial se ajusta a la siguiente normativa :

» -Su localización se circunscribirá a los ámbitos estratégicos definidos genéricamente en el mapa de Regulación Territorial de los Grandes Equipamientos Comerciales (mapa 7.2) del presente P.T.S. y a los criterios que, en



su caso, y con mayor precisión geográfica, se establezcan para cada Área Funcional en su correspondiente Plan Territorial Parcial.

» Estos ámbitos estratégicos se han definido en el P.T.S. en función de los asentamientos poblacionales y de la configuración de la red básica de comunicaciones.

» En los Planes Territoriales Parciales la localización de los Centros Comerciales podrá regularse con disposiciones de carácter positivo, mediante propuestas específicas de zonas idóneas para la acogida de este tipo de equipamientos, y, complementariamente, con limitaciones de carácter restrictivo respecto a los ámbitos reservados para otros usos urbanísticos o a las áreas especialmente protegidas por sus condiciones naturales.

» - Para regular la localización y el dimensionamiento de los grandes equipamientos comerciales se establece una clasificación de los municipios de la C.A.P.V. en función de su posición estratégica respecto a las redes de comunicaciones, su peso poblacional, su disponibilidad espacial y su idoneidad urbanística para la acogida de este tipo de centros.

» -Categoría A : Municipios de máxima centralidad .

» - A.F. de Álava Central :

» Iruña de Oca, Vitoria-Gasteiz y Zigoitia.

» - A.F. de Rioja Alavesa :

» Oion

» - A.F. de Bilbao Metropolitano :

» Abanto, Barakaldo, Basauri, Berango, Bilbao, Derio, Erandio, Etxebarri, Galdakao, Getxo, arrabetzu, Leioa, Lezama, Loiu, Ortuella, Portugalete, Santurtzi, Sestao, Sondika, Sopelana, Trapagaran, Urduliz y Zamudio.

» - A.F. de Donostialdea - Bajo Bidasoa :

» Andoain, Astigarraga, Donostia - San Sebastián, Hernani, Hondarribia, Irún, Lasarte - Oria, Lezo, Oiartzun, Pasaia, Renteria, Urnieta y Usurbil.

» - Categoría B : Municipios de centralidad comarcal

» - A.F. de Álava Central :

» Armiñón, Berantevilla, Ribera Baja y Salvatierra / Agurain.

» - A.F. de Llodio :

» Amurrio, Ayala y Llodio.

» - A.F. de Rioja Alavesa :

» Laguardia.

» - A.F. del Duranguesado :

» Abadiño, Amorebieta-Echano, Durango e Iurreta.

» - A.F. de las Encartaciones :

» Balmaseda, Güeñes y Zalla.

» - A.F. de Gernika - Markina :

» Ajangiz y Gernika-Lumo.

» - A.F. de Mungia :

» Mungia

» - A.F. del Alto Deba :

» Aretxabaleta, Arrasate-Mondragón y Bergara.

» - A.F. del Bajo Deba :

» Eibar y Elgoibar.

» - A.F. del Goierri :

» Arama, Beasain, Ezkio - Itsaso, Gabiria, Lazkao, Legazpi, Olaberria, Ordizia, Ormaiztegi, Urretxu y Zumárraga.

- » - A.F. de Tolosaldea :
- » Aduna, Anoeta, Ibarra, Irura, Tolosa y Villabona.
- » - A.F. de Urola - Costa :
- » Aizarnazabal, Azkoitia, Azpeitia, Zarautz, Zestoa y
- » Zumaia.
- » - Categoría C : Resto de municipios de la C.A.P.V.
- » - Municipios en los que no se prevé la implantación de un gran equipamiento comercial.
- »- El dimensionamiento máximo de los nuevos equipamientos comerciales queda regulado en función del municipio en el que se localiza, con arreglo a los siguientes parámetros :
- » -Categoría A : Municipios de máxima centralidad.
- » - Superficie neta máxima de plataforma explanada : 75.000 m2 .
- » - Superficie máxima de techo edificado : 25.000 m2 .
- » - Categoría B : Municipios de centralidad comarcal.
- » - Superficie neta máxima de plataforma explanada : 40.000 m2 .
- » - Superficie máxima de techo edificado : 13.000 m2 .
- » - Categoría C : Resto de municipios.
- » - Superficie neta máxima de plataforma explanada : 15.000 m2 .
- » - Superficie máxima de techo edificado : 5.000 m2 .
- » Como superficie neta de plataforma explanada computarán, además del suelo edificable, las áreas de aparcamiento, la red interna de accesos, los espacios de servicio y las zonas verdes perimetrales.
- » Como superficie de techo edificable computarán todas las superficies construidas en planta sótano, planta baja y altas plantas, al margen de su adscripción específica, ya sea a superficie de ventas, ya sea a cualquier otro tipo de uso complementario, salvo las superficies destinadas a aparcamiento, que no computan.
- » - Estas limitaciones sobre el dimensionamiento máximo de cada gran equipamiento comercial serán extensibles también al sumatorio global del conjunto de los diferentes establecimientos, comerciales y de ocio, menores, o de diferentes marcas, que puedan instalarse, en su caso, en un polígono de actividad económica o en una plataforma logística que constituya una unidad territorial de gestión urbanística.
- » - Para la correcta ordenación urbanística de los usos y actividades compatibles con la existencia de un establecimiento comercial se dispone que tan sólo se considera pertinente la presencia de instalaciones para suministro de productos petrolíferos en los establecimientos comerciales que resulten conceptuales como "territorialmente grandes" con arreglo a la presente regulación y cuya "tipología de implantación" sea adscribible a alguno de los siguientes formatos: centro comercial en edificación abierta con emplazamiento exento respecto al entorno urbano circundante, o centro comercial extensivo situado en la periferia urbana exterior. En los demás casos de establecimientos comerciales, o sea, en todos los no conceptuales como "territorialmente grandes" con arreglo a la presente regulación, más los grandes equipamientos comerciales con tipología de edificación densa en el interior de los núcleos urbanos, se considera urbanísticamente improcedente, por la incompatibilidad de usos y las disfuncionalidades de tráfico viario que puedan generarse, la incorporación a los establecimientos comerciales de instalaciones para el suministro de productos petrolíferos a vehículos.
- » - La implantación de grandes equipamientos comerciales, o en su caso su ampliación, deberá garantizar para su correcto funcionamiento urbanístico una dotación mínima de aparcamientos de 5 plazas por cada 100 m2 de techo construido, salvo, lógicamente, el techo construido destinado, en su caso, a espacio para aparcamiento" .
- » La lectura de dichos pasajes del PTS que se impugna indirectamente, pone de manifiesto la gran diferencia existente entre dicha ordenación y la que dio lugar al recurso de la Comisión Europea contra España por incumplimiento de la Directiva Servicios en relación con las restricciones al establecimiento de centros comerciales derivada de la legislación catalana, ya que en síntesis se impedía en ella el establecimiento de nuevas superficies comerciales en 37 de las 41 comarcas, y en las cuatro restantes se limitaba la superficie a 23.667 m<sup>2</sup>, siendo así que el PTS controvertido posibilita incrementos de superficie superiores en numerosos municipios que caracteriza como "de máxima centralidad" entre los que se encuentra el de Donostia- San Sebastián, y asimismo posibilita nuevas superficies en otros muchos de menor población.



» Tal y como afirma la STJUE de 24 de marzo de 2011 , las restricciones de emplazamiento y tamaño de los grandes establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente expresados por el PTS, son además necesarios, y resultan proporcionados, por lo que la Sala concluye que dicho instrumento de ordenación territorial se ajusta a la legislación española de trasposición de la Directiva Servicios.

» La recurrente alega que la Ley vasca 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la actividad comercial, que precisamente tiene por finalidad, según se infiere del apartado 2 de su exposición de motivos, la adaptación de la legislación vasca a la Directiva Servicios, establece un mandato al Gobierno para la revisión del PTS, que ha sido incumplido por el Gobierno por medio del acuerdo de 22 de diciembre de 2009 relativo a la adecuación del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, concluyó que existe plena adecuación de dicho instrumento de ordenación del territorio a la Directiva.

» En efecto, la disposición final tercera de la Ley 7/2008 establece que:

» " Con objeto de adecuarlo a 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, el vigente Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco deberá ser sometido a revisión en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de la presente ley, y en cualquier caso antes del 28 de diciembre de 2009, atendiendo a las razones imperiosas de interés general definidas en el art. 4.8 de la citada directiva y teniendo en cuenta los considerandos 9 y 40. En dicha revisión se establecerá el dimensionamiento de los grandes establecimientos individuales o colectivos y equipamientos comerciales localizados en la periferia exterior de los núcleos de población, en ensanches urbanos mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales o parcelas dotacionales, extendiéndose también esta regulación a las tramas urbanas consolidadas."

» El acuerdo del Gobierno Vasco de 22/12/2009 que concluyó que el PTS se ajusta a la Directiva Servicios, fue objeto de impugnación ante esta sala por la mercantil recurrente (Rec. 750/2010), habiendo recaído la sentencia nº 497/2011, de 6 de julio, desestimatoria del recurso, al considerar que la naturaleza del acuerdo recurrido se corresponde con la de un acto político de relación político institucional entre Gobierno y Parlamento.

» Hoy cabe decir que el artículo trigésimo segundo de la Ley vasca 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , relativa a los servicios en el mercado interior, modificó el art.13.5 de la Ley 7/1994, de 27 de mayo , de la actividad comercial en los siguientes términos:

» "5.- Para toda implantación o ampliación de un gran establecimiento comercial, con carácter previo a la concesión de la licencia municipal, el ayuntamiento correspondiente solicitará al órgano competente en materia de comercio de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la emisión de un informe sobre la adecuación de la actividad proyectada a los criterios establecidos en el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales, el cual se emitirá en el plazo de dos meses" .

» Se produce con ello una referencia al PTS en su redacción originaria, puesto que no fue revisado en los términos de la disposición final tercera de la Ley 7/2008 , sin que se reitere por el legislador de primer grado la exigencia de su adaptación, si bien es cierto que la Ley 7/2012 no deroga la disposición final tercera de la Ley 7/2008 .

» No obstante, no es el acuerdo del Consejo de Gobierno de 22/12/2009 que declara que el PTS se acomoda a la Directiva Servicios lo que se impugna en el presente recurso, sino el propio PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales, por la razón de que a juicio de la recurrente no se ajusta a la Directiva Servicios, lo que hemos rechazado en los términos que han quedado expuestos.

» Procede en consecuencia la desestimación del recurso, toda vez que el acuerdo del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del PGOU impugnado directamente es conforme a derecho en cuanto se acomoda al informe vinculante de la COTPV respecto del incremento de edificabilidad del área " IN.09.Garbera" , y dicho informe se ajusta las previsiones del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales, que se ajusta a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva Servicios ».

**CUARTO** .- Continúa la Sala de instancia declarando en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida que: «La posición de la Sala respecto de la cuestión de fondo se ha expuesto en la STSJVP 542/2013, de 15.10.13 (rec. 237/2011 ) , con ocasión de la impugnación indirecta del PTS, sentencia contra la que se ha interpuesto recurso de casación.



»En cuanto se refiere al presente recurso contencioso-administrativo, en el que se plantea la discrepancia de los recurrentes con la decisión del Gobierno Vasco de no proceder a la revisión del PTS, por considerar que el mismo se adecúa a la Directiva de Servicios, debemos desestimar la pretensión del recurrente puesto que, como resulta de los fundamentos jurídicos transcritos, la Sala considera suficientemente justificada la decisión de no revisar el PTS por considerar que el mismo se ajusta a la Directiva, en los aspectos aquí controvertidos, habiendo rechazado la impugnación indirecta del mismo articulada por los mismos recurrentes con argumentos similares».

**QUINTO** .- Finalmente, en cuanto a la responsabilidad patrimonial cuya declaración se pretende en la súplica de la demanda, la Sala de instancia declara, en el fundamento jurídico séptimo, de la sentencia recurrida, que: «En relación con la responsabilidad patrimonial del Gobierno Vasco por falta de revisión del PTS, se trata de una cuestión que hace referencia a la responsabilidad patrimonial derivada de la potestad reglamentaria; o, en este caso, derivada de no haber revisado el PTS.

»Como puede observarse en el apartado sexto del Acuerdo de inadmisión del recurso de reposición, se indica que la empresa advierte que pudieran derivarse importantes consecuencias indemnizatorias por la falta de incoación del procedimiento de revisión del PTS, cuestión sobre la que "nada debe contestarse....sobre sus futuras intenciones". Es decir, en ningún momento se ha entendido que se esté iniciando ante la Administración un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial.

»No puede entenderse que la reclamación indemnizatoria se apoye en el *art. 31.2 de la LJCA*, que ni siquiera se invoca; y que, en todo caso, exigiría al menos un pronunciamiento estimatorio de la pretensión anulatoria.

»Por la parte recurrente se invocan los *arts. 139 y ss de la Ley 30/92*, pero el hecho es que no consta que se haya formulado una solicitud de reclamación dirigida a la Administración. De hecho, la resolución de inadmisión del recurso de reposición no entra en esta cuestión, como resulta del apartado 6. Y, el escrito de interposición del recurso de reposición, no puede entenderse como reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración. El ámbito del *art. 2.1.a) de la LJCA*, cuando se refiere a la determinación de las indemnizaciones, entiende la Sala no obvia que se siga el procedimiento establecido en el *art. 142 de la Ley 30/92*, en relación con el RD 429/93, de 26 de marzo, lo que no consta que se haya producido. Es decir, no puede sino entenderse que no se ha agotado la vía administrativa. No obstante, por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Administración General de la Comunidad Autónoma no se efectúa ninguna alegación al respecto. Es por ello que la Sala entra en el examen de los argumentos sostenidos por la parte para sustentar su pretensión.

»Siguiendo la STS Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998, a la que se remite la STS 24.5.05 (rec. 276/2004): La responsabilidad patrimonial que pretende derivar la parte actora, se fundamenta, en los *arts. 106.2 de la Constitución*, *arts. 139 y ss. de la Ley 30/92*, su reglamento de desarrollo y *art. 121 de la LEP*. Ciertamente la jurisprudencia ha elaborado a través de múltiples sentencias una consolidada doctrina en relación con los requisitos que han de concurrir para que prospere una petición de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, requisitos que han sido recogidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en sus arts. 139 a 144*.

»Tales requisitos son:

»a) La existencia de un daño que ha de ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y que no tenga que ser soportado en virtud de un deber jurídico impuesto por Ley.

»b) Que este daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva debidamente acreditada.

»c) Que no se haya producido en ningún caso por fuerza mayor.

»El primer requisito, la existencia de un daño, como una consolidada doctrina jurisprudencial ha perfilado, requiere la existencia de una lesión resarcible; lesión resarcible que constituye un concepto técnico-jurídico no equivalente al de daño económico o simple detrimento patrimonial. La lesión resarcible se produce cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico. No es, por ello, el aspecto subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlo. Ya el antiguo *art. 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* aclaraba que "la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización".



»Las STS de 21.9.10 (rec. 533/2006 ), STS12.4.11 (rec. 5175/2008 ), desarrollan el concepto "confianza legítima", en relación con supuestos en los que la reclamación de responsabilidad patrimonial se vincula a los daños y perjuicios que puedan ser consecuencia de la promulgación de normas reglamentarias.

»En relación con el primero de los requisitos, la existencia de un daño, la parte recurrente afirma que existe, y que ha sufrido "cuantiosos daños", pero no se aporta ningún elemento probatorio que permita afirmar que ha existido este daño. Se hace referencia a un "proyecto comercial" derivado del convenio, y a los gastos derivados del mismo, pero no consta siquiera que exista este proyecto, más allá de la intención que pudo subyacer en la firma de aquel convenio con el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián. Desde luego, el art. 6.1 del RD 429/1993, de 26 de marzo, exige la especificación de la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial "si fuera posible". En este caso, la parte remite esta evaluación a "ejecución de sentencia", pero tratándose de gastos o costes de un proyecto que se afirma realizado, era perfectamente posible la cuantificación. De hecho, no se determina la pretensión económica.

»Debemos añadir que los convenios de planeamiento no comprometen la potestad de planeamiento del Ayuntamiento. Como recuerda la STS 30.6.08 (rec. 4178/2004 ), la potestad de planeamiento urbanístico no puede considerarse limitada por los convenios de planeamiento que la Administración concierte con los administrativos; la Administración no puede disponer de dicha potestad, que debe actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible. Y, afirmado lo anterior, aun cuando se entendiera que la DF 3ª de la Ley 7/2008 permitía considerar que debía producirse una revisión del PTS de Equipamientos Comerciales, no puede concluirse que de dicha DF3ª pudiera extraerse la consecuencia necesaria de que revisión del PTS de Equipamientos Comerciales debiera efectuarse en los términos que supone el recurrente .

»Es decir, estima la Sala que ni existe prueba de que se haya ocasionado un daño a la empresa recurrente, ni puede concluirse que del Acuerdo impugnado, de la decisión de no iniciar el procedimiento de revisión del PTS, se haya generado una lesión resarcible a la empresa recurrente».

**SEXTO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil Unibail- Rodamco Retail Spain S.L. presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante decreto de la Secretaria de Sala de fecha 29 de septiembre de 2014, en el que se mandó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación, después de haberse tenido por subrogada a la entidad mercantil recurrente en la posición procesal que ocupaba la demandante Unibail Rodamco Garbera S.L..

**SEPTIMO** .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, y, como recurrente, la entidad mercantil Unibail-Rodamco Retail Spain S.L., representada por la Procuradora Doña Flora Toledo, al mismo tiempo que ésta presentó, con fecha 14 de noviembre de 2014, escrito de interposición de recurso de casación.

**OCTAVO** .- El recurso de casación sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Retail Spain S.L. se basa en cuatro motivos, los dos primeros al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , y los otros dos al del apartado c) del mismo precepto; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en los artículos 1 , 9 , 10 , 14 , 15 y 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , y los artículos 4 , 5 , 9 , 10 , 11 y Disposición final quinta de la Ley 17/2009 , así como la doctrina jurisprudencial que las interpreta, ya que el Plan Territorial Sectorial, cuya revisión para adaptarlo o acomodarlo a la referida Directiva Europea ordenó la Ley autonómica vasca 7/2008, vulnera la regla general de libertad de establecimiento acogida por la mentada Directiva Europea y por la ley 17/2009 de transposición de la misma, según la cual sólo cabe fijar límites a aquélla con carácter excepcional y cuando reúnan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, y el análisis de la concurrencia de estas condiciones debe hacerse caso por caso, a pesar de lo cual el Plan Territorial Sectorial no justifica ni motiva las limitaciones máximas de dimensionamiento de equipamientos comerciales, mientras que el artículo 5 de la Ley 17/2009 dispone que las restricciones a la implantación de equipamientos comerciales han de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen, de manera que, conforme al referido precepto, las restricciones para la implantación de equipamientos comerciales ha de cumplir las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad debidamente justificadas, y, además, la norma en que se establezcan ha de tener rango de ley, condiciones ambas que no cumple el Plan Territorial Sectorial que el Gobierno Vasco no ha revisado, incurriendo con ello en incumplimiento del mandato recibido del Parlamento autonómico del País Vasco (Ley 7/2008, de 25 de junio), mientras que tanto la Directiva Europea como la ley estatal de transposición sólo autorizan la fijación de límites de superficie a los equipamientos comerciales en supuestos excepcionales y cuando



concurran razones imperiosas de interés general, entre las que destacan la protección del medioambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, a pesar de lo cual el referido Plan Territorial Sectorial contempla criterios económicos que carecen de aquella consideración, pues se fija en un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, a la vez que tiene como finalidad incentivar la implantación de equipamientos comerciales de menor tamaño, lo que constituye un motivo de naturaleza económica; el segundo motivo por haber vulnerado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo que ha declarado la inaplicación de las normas que traspongan incorrectamente una Directiva Europea y la aplicación directa de la Directiva y de las normas que la trasponen correctamente, recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010 ( 2010/302), de 26 de octubre 2006 ( 2006/312 ) y 17 de septiembre de 1996 ( 1996/153 ), ,en relación respectivamente con las Directivas 2003/88, 89/105 y 79/623, siempre que éstas sean suficientemente claras, precisas e incondicionales, y del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/7939), que declaró que los requisitos para que una Directiva despliegue efectos directos son el no haber sido traspuesta en plazo o que adopte el Estado medidas contrarias a ella, y que sea suficientemente precisa e incondicional, circunstancias que concurren en el presente caso porque el Gobierno Vasco, eludiendo el mandato del Parlamento Vasco para que adaptase a la Directiva 2006/123/CE el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales, adoptó el acuerdo, de 13 de abril de 2010, confirmatorio del de fecha 22 de diciembre de 2009, declarando que existe plena adecuación entre dicho Plan Territorial y la Directiva 2006/123/CE, y las reglas de esta Directiva son suficientemente precisas e incondicionales en cuanto enumeran taxativamente los supuestos en que cabe excepcionar la libertad de establecimiento; el tercer motivo porque la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva con vulneración de lo establecido en los artículos 33.1 y 67 de la Ley de esta Jurisdicción , 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24 de la Constitución al no haber dado respuesta a las cuestiones planteadas en la demanda acerca de la falta de adaptación del Plan Territorial a la Directiva Europea y a la norma de trasposición (fundamento jurídico material tercero de la demanda), sin que el Gobierno Vasco siguiese el procedimiento legalmente establecido (fundamento jurídico material cuarto), ni aun considerando que se trataba de una modificación no sustancial (fundamento jurídico quinto), con lo que ha conculcado la doctrina jurisprudencial, relativa a la congruencia de las sentencias, que se cita y transcribe; y el cuarto motivo por haber denegado el Tribunal *a quo* la práctica de la prueba testifical propuesta a fin de acreditar los daños y perjuicios causados a la entidad mercantil demandante por la negativa a revisar el referido Plan Territorial Sectorial con el argumento de que, para acreditar tales daños y perjuicios, se precisa prueba documental, y, posteriormente en la sentencia recurrida desestima la pretensión relativa a la declaración de responsabilidad patrimonial con el argumento de que la entidad mercantil demandante no demostró la realidad del perjuicio, con lo que la Sala sentenciadora ha conculcado lo establecido en los artículos 24.2 de la Constitución y 60.3 de la Ley de esta Jurisdicción , así como la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan y transcriben de esta Sala del Tribunal Supremo, finalizando con la súplica de que, entrando al fondo del asunto, anule los acuerdos, de 22 de diciembre de 2009 y 13 de abril de 2010, del Consejo de Gobierno Vasco, y se ordene al Gobierno Vasco que inicie inmediatamente la revisión del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos legalmente establecidos, para su adaptación al contenido de la Directiva Europea y, en particular, ordene eliminar las limitaciones de superficie máxima para equipamientos comerciales contenidas en dicho Plan (incluyendo la de 25.000 m<sup>2</sup> que afecta al municipio de San Sebastián), y en atención al motivo cuarto del presente recurso reponga las actuaciones de la instancia y ordene al Tribunal *a quo* que practique la prueba propuesta por la demandante en los términos que la misma fue solicitada y, con base en la misma, que se pronuncie sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los Acuerdos de 22 de diciembre de 2009 y 13 de abril de 2010.

**NOVENO** .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se ordenó remitir las actuaciones a esta Sección Quinta de la Sala por venirle atribuido su conocimiento conforme a las normas de reparto, en la que, recibidas aquéllas, se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 24 de febrero de 2015, en la que se mandó dar traslado a la representación procesal de la Administración comparecida como recurrida para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición a dicho recurso de casación, lo que llevó a cabo con fecha 15 de abril de 2015.

**DECIMO** .- La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se opone a los motivos de casación primero y segundo por considerar que resultan inadmisibles en cuanto que el objeto del pleito lo constituyen unos acuerdos del Consejo de Gobierno del País Vasco, que carecen de la naturaleza de disposiciones generales, mientras que la entidad mercantil recurrente viene a cuestionar con esos dos primeros motivos aducidos en el presente recurso de casación la conformidad o no al ordenamiento comunitario europeo y a la Ley estatal que lo traspone del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales del País Vasco, que no fue el objeto



del pleito en la instancia, por lo que las infracciones de preceptos de la Directiva europea 2006/123/CE y de la Ley estatal 17/2009, y la jurisprudencia citada en el segundo motivo, no guardan relación con la cuestión debatida y, por ello, debe declararse su inadmisibilidad conforme a lo establecido en los artículos 93.2.b ) y 94.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , y, subsidiariamente, en el caso de ser admitidos, se opone a ellos por las razones que ya adujo al oponerse al recurso de casación interpuesto por la misma entidad recurrente y que se tramita bajo el número de registro 3687 de 2013, negando la existencia de las infracciones invocadas en uno y otro motivo de casación porque la Sala sentenciadora no ha conculcado lo declarado por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la falta de adaptación del ordenamiento interno a la Directiva de Servicios y a la aplicación directa de ésta, ya que esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento interno, según lo explica la Sala de instancia en la sentencia recurrida, y concretamente al ordenamiento autonómico, mientras que lo realmente cuestionado por la recurrente es que el Plan Territorial no se ha adaptado a dicha Directiva, en contra de lo establecido en la Disposición Final Tercera de la Ley vasca 7/2008, pero lo cierto es que, dada la ordenación contenida en el referido Plan Territorial, tal adaptación o adecuación no fue necesaria ya que se ajustaba exactamente a lo establecido en aquélla, sin que la Sala de instancia haya incumplido lo dispuesto en los preceptos invocados de la Directiva Servicios y de la Ley 17/2009 porque en ellas se prevé que la ordenación del territorio y el urbanismo forman parte del interés general que justifica la imposición de limitaciones al establecimiento de equipamientos comerciales, y, en el caso enjuiciado, el Plan Territorial realiza un análisis casuístico de los supuestos que pueden plantearse desde el punto de vista de la ordenación del territorio, atendidas las situaciones de suelo y las categorías de los municipios, para establecer una limitación a las dimensiones de esos equipamientos comerciales, sin invadir el ámbito autorizador de los establecimientos sino que se limita a establecer límites desde la perspectiva de la ordenación territorial, lo que es competencia de la Administración autonómica, que en el Plan Territorial ha establecido unas limitaciones que, como se declara en la sentencia recurrida, son proporcionadas y están debidamente justificadas atendiendo a la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, aunque las razones de ordenación del territorio serían por sí solas suficientes para justificar las limitaciones impuestas a las dimensiones de las grandes superficies comerciales, mientras que la sentencia recurrida no puede ser tachada de incongruente porque reproduce dos fundamentos jurídicos de la sentencia de 15 de octubre de 2013 , a la que corresponde analizar la impugnación del Plan Territorial Sectorial y porque, en definitiva, la Sala de instancia considera que no procede la revisión de dicho Plan Territorial, que es una cuestión previa al inicio de cualquier procedimiento formal de revisión, sea o no sustancial, por lo que no se ha producido indefensión alguna para la recurrente, de modo que no cabe apreciar incongruencia omisiva alguna en la sentencia recurrida conforme a la doctrina jurisprudencial que se cita y transcribe, y, en cuanto al último motivo de casación, debe ser igualmente desestimado por resultar temeraria su alegación, ya que las pruebas testificales propuestas eran absolutamente innecesarias e inútiles para acreditar los perjuicios que se aducen como causados a la entidad mercantil demandante, razón por la que el Tribunal de instancia no las consideró pertinentes conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 60 y 61 de la Ley Jurisdiccional y 283 de la Ley de Enjuiciamiento civil , lo que es acorde con la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, que se citan y transcriben, y así ha procedido la Sala de instancia al denegar la práctica de unas pruebas que consideró impertinentes e inútiles, lo que se deduce de las propias razones aducidas por la demandante al proponer las pruebas testificales, y así finalizó con la súplica de que se inadmitan o, subsidiariamente se desestimen los dos primeros motivos de casación, y se desestimen los dos últimos con imposición de costas a la recurrente.

**UNDECIMO** .- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo para cuando por turno correspondiese, fijándose a tal efecto el día 22 de julio de 2015, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Jesús Ernesto Peces Morate** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La representación procesal de la Administración autonómica, comparecida como recurrida, plantea la inadmisibilidad de los dos primeros motivos de casación aducidos por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente porque los preceptos y jurisprudencia invocados en ellos como infringidos no guardan relación con la cuestión debatida, según establecen concordadamente los artículos 93.2.b ) y 94.1 de la Ley de esta Jurisdicción , dado que el objeto del recurso contencioso-administrativo sostenido en la instancia no fue el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mientras que los acuerdos de 22 de noviembre de 2009 y 13 de abril de 2010 del Consejo de Gobierno vasco no son actos de aplicación del



referido Plan Territorial Sectorial ni confirman la legalidad o ilegalidad del mismo, sino que dan cumplimiento a la Disposición Final Tercera de la Ley 7/2008, por lo que el objeto del recurso contencioso-administrativo no es otro que el enjuiciamiento acerca de si esos acuerdos impugnados son o no conformes a la mentada Disposición Final Tercera de la Ley autonómica 7/2008.

Esta causa de inadmisión de ambos motivos de casación debe ser rechazada porque la cuestión central del proceso sustanciado, como se deduce de la propia sentencia recurrida y de los mismos argumentos empleados para plantear la inadmisibilidad, es la relativa a si el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ajusta o no a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, y a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone aquélla al ordenamiento interno español, pues, de ajustarse a ellas, como lo considera la Sala sentenciadora, los acuerdos impugnados del Gobierno Vasco no habrán desoído el mandado recogido en la Disposición Final Tercera de la Ley vasca 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial del País Vasco, y, por el contrario, de no acomodarse a aquellas disposiciones comunitaria y estatal, lo habrán incumplido, pues en ella se establece que « *Con el objeto de adecuarlo a 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, el vigente Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco deberá ser sometido a revisión en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de la presente ley, y en cualquier caso antes del 28 de diciembre de 2009, atendiendo a las razones imperiosas de interés general definidas en el artículo 4.8 de la citada Directiva y teniendo en cuenta los considerandos 9 y 40* ».

**SEGUNDO** .- Rechazada la causa de inadmisión de los motivos de casación primero y segundo, procederemos a su examen recordando que, como expresamos en el antecedente octavo de esta sentencia, en ellos se reprocha a la Sala de instancia la conculcación de lo establecido en los artículos 1, 9, 10, 14, 15 y 44 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, y los artículos 4, 5, 9, 10, 11 y Disposición Final Quinta de la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone aquélla al ordenamiento interno, así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de aquél de 14 de octubre de 2010, 26 de octubre de 2006 y 17 de septiembre de 1996, y de éste, de fecha 29 de octubre de 1998, que han declarado la inaplicación de las normas que traspongan de forma incorrecta una Directiva europea y la aplicación directa de ésta y de las normas que la trasponen correctamente.

Ambos motivos de casación deben ser estimados por las razones que seguidamente exponemos.

**TERCERO** .- La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, desestimó la acción ejercitada por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente al entender y considerar que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública del Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, no precisaba ser revisado, contrariamente a lo que había ordenado la Disposición Final Tercera de la Ley del Parlamento vasco 7/2008, de 25 de junio, porque las limitaciones que, en cuanto a emplazamiento y tamaño, dicho Plan Territorial Sectorial impone a los equipamientos comerciales tienen como finalidad el interés general, al estar basadas en razones de ordenación del territorio y protección del medio ambiente, resultando por ello necesarias y proporcionadas.

No compartimos nosotros este parecer del Tribunal *a quo*, al considerar, por el contrario, que las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscritas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, mientras que el Plan Territorial Sectorial, que el Consejo del Gobierno Vasco ha considerado que no precisa de acomodación a la Directiva de servicios 2006/123/CE, acude a criterios económicos para imponer las limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales, y así, en su capítulo 7, fija como objetivo de esas limitaciones superficiales un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales, ambos, evidentemente, de naturaleza económica, por lo que dicho Plan Territorial Sectorial ha utilizado criterios económicos para limitar las dimensiones de las superficies comerciales a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone.





Esta Ley 17/2009 exige, además, que las restricciones a la implantación de equipamientos comerciales deben motivarse suficientemente en la ley que las establezca ( artículo 5), obligaciones o requisitos ambos que no se cumplen en el Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno autonómico, ya que ni tiene rango de ley ni justifica suficientemente el cumplimiento de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, repite lo que, a su vez, había declarado en su previa sentencia de fecha 15 de octubre de 2013, pronunciada en el recurso contencioso-administrativo número 237 de 2011 , que ha sido también impugnada en casación ante esta Sala del Tribunal Supremo, estando señalada su votación y fallo para el mismo día, en las que recoge con detalle y rigor los preceptos aplicables y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien no es cierta la premisa de la que la Sala sentenciadora deriva la desestimación de la acción de nulidad ejercitada por la entidad mercantil recurrente, cual es que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, ha justificado suficientemente la necesidad de establecer ese límite máximo a las superficies de los establecimientos comerciales para cada municipio, la no discriminación y su proporcionalidad, además de no ser dicho Plan Territorial el instrumento legal adecuado para establecer ese régimen, sin que se encuentre inspirada esa limitación, en contra del parecer de dicha Sala de instancia, en razones imperiosas de interés general encaminadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, sino en razones económicas para favorecer una mayor competitividad empresarial incentivando la implantación de equipamientos comerciales, y, por tanto, al haber infringido la sentencia recurrida los preceptos de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, citadas por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente en los motivos de casación primero y segundo que esgrime, estos motivos de casación, como ya anticipamos, deben prosperar.

**CUARTO** .- En el tercer motivo de casación se reprocha a la Sala de instancia que ha incurrido en incongruencia omisiva al no haber dado respuesta en la sentencia recurrida a las tres cuestiones siguientes:

- a) las limitaciones de dimensionamiento de equipamientos comerciales establecidas en el Plan Territorial Sectorial no están adaptadas a la Directiva Europea ni a la normativa de trasposición.
- b) El Consejo de Gobierno Vasco no sólo no ha revisado dicho Plan Territorial Sectorial cuando debía hacerlo, sino que tampoco ha seguido el procedimiento legalmente establecido.
- c) Aun admitiendo la procedencia de una modificación no sustancial, tampoco se ha seguido el procedimiento establecido.

Esa falta de respuesta a estas tres cuestiones suscitadas en la demanda implica, en opinión de la representación procesal de la recurrente, la conculcación por el Tribunal *a quo* de lo establecido en los artículos 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil , en relación con el artículo 24 de la Constitución , al haberse causado la indefensión de aquélla.

Este motivo de casación, invocado al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , no puede prosperar porque es igualmente doctrina jurisprudencial que la resolución y desestimación implícita de las cuestiones planteadas no hace incurrir a la sentencia en incongruencia omisiva ( Sentencias, entre otras, de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas de 25 de octubre de 1993 , 5 de febrero de 1994 , 9 de mayo de 1994 , 20 de enero de 1998 , 14 de marzo de 1998 , 30 de enero de 1999 , 27 de febrero de 1999 , 29 de junio de 2002 , 25 de marzo de 2003 y 30 de diciembre de 2005 -recurso de casación 6221/2002 -, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las Sentencias 161/93 , 280/93 , 378/93 , 91/95 , 56/96 , 26/97 , 16/98 , 230/98 y 1/99 ).

La Sala de instancia ha considerado, como ya hemos indicado, que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno Vasco 262/2004, dada su finalidad y objetivos (ordenación del territorio y protección del medio ambiente), no es contrario a la Directiva 2006/123/CE ni a la Ley de trasposición de ésta 17/2009, de 23 de noviembre, y, por tanto, al así declararlo, consideró también que no era preciso adaptarlo a esa Directiva europea, por lo que no era necesario seguir procedimiento alguno para su revisión, y, en consecuencia, la sentencia que pronunció no incurrió en incongruencia omisiva, en contra del parecer de la representación procesal de la entidad mercantil recurrente.

**QUINTO** .- Como cuarto y último motivo de casación se denuncia el quebrantamiento de las reglas esenciales del juicio causante de indefensión a la entidad mercantil recurrente, demandante en la instancia, al haberse



rechazado por el Tribunal *a quo* la prueba testifical propuesta para acreditar los perjuicios causados a dicha mercantil demandante por la ilegal negativa del Consejo de Gobierno del País Vasco a revisar y adaptar el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, a 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 contra de lo que se le había ordenado por la Disposición Final Tercera de la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial en el País Vasco, con vulneración por ello de lo establecido en los artículos 24.2 de la Constitución y 60.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A pesar de lo declarado por la Sala de instancia en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida, no cabe duda de que la entidad mercantil demandante acumuló a la acción de nulidad que ejercitó frente a los acuerdos impugnados una acción de plena jurisdicción, contemplada en el apartado 2 del artículo 31 de la Ley Jurisdiccional, aun cuando no invoque este precepto en su demanda, en la que, sin embargo, plantea (sexto fundamento de derecho) la responsabilidad patrimonial del Gobierno Vasco por la falta de revisión del Plan Territorial Sectorial y por el mantenimiento de las limitaciones a la superficie máxima de los equipamientos comerciales debido, precisamente, a que los acuerdos de dicho Gobierno, por los que se inadmitió el recurso potestativo de reposición y se dispuso que existe plena adecuación entre el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, y 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, y, en consecuencia, no procedía la acomodación del citado Plan Territorial Sectorial, son contrarios a Derecho, de modo que, en contra del parecer de la Sala sentenciadora, estamos ante una acción de plena jurisdicción, procesalmente amparada por lo dispuesto en el citado artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a lo que no es obstáculo que, para justificar su pretensión indemnizatoria, la representación procesal de la entidad mercantil recurrente invoque los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Para acreditar los perjuicios habidos como consecuencia de la decisión del Gobierno Vasco de no revisar el Plan Territorial Sectorial, la demandante propuso determinadas pruebas, entre ellas la testifical, que la Sala sentenciadora denegó por considerarla impertinente e inútil a tal fin.

Con tal prueba, rechazada por la Sala de instancia, la demandante trataba de justificar la existencia de gastos y costes derivados de determinados servicios profesionales, que resultaron inútiles por no haber sido posible llevar a cabo la ampliación de un centro comercial debido a las limitaciones superficiales establecidas en el tantas veces citado Plan Territorial Sectorial.

El Tribunal *a quo*, después de declarar en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida que la reclamación indemnizatoria exigiría, en todo caso, un pronunciamiento estimatorio de la pretensión anulatoria, manifiesta que « *no se aporta ningún elemento probatorio que permita afirmar que ha existido este daño* », para terminar expresando que « *estima la Sala que ni existe prueba de que se haya ocasionado un daño a la empresa recurrente, ni puede concluirse que del Acuerdo impugnado, por la decisión de no iniciar el procedimiento de revisión del PTS, se haya generado una lesión resarcible a la empresa recurrente* ».

Si la Sala de instancia denegó la práctica de la prueba que la demandante propuso para acreditar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del ilegal proceder de la Administración autonómica por negarse a revisar el Plan Territorial Sectorial para ajustarlo a lo establecido por la Directiva europea 2006/123/CE, no cabe después, en la sentencia que enjuicia la pretendida responsabilidad patrimonial de esta Administración por haberse negado a ajustar las determinaciones del indicado Plan a la mentada Directiva, declarar que no se ha aportado por la demandante ningún elemento probatorio que permita afirmar que ha existido un daño y que no existe prueba de que se le haya ocasionado perjuicio alguno, singularmente cuando, en contra de lo considerado y dispuesto por el Tribunal *a quo*, los acuerdos impugnados son contrarios a derecho y deben ser anulados, razones todas por las que el cuarto y último de los motivos de casación invocados debe ser estimado al igual que el primero y segundo.

**SEXTO** .- La estimación de los motivos de casación primero, segundo y cuarto implican la anulación de la sentencia recurrida y que esta Sala del Tribunal Supremo deba resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme a lo establecido en los apartados c) y d) del artículo 95.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**SEPTIMO** .- Al prosperar el cuarto motivo de casación, se debe estimar la pretensión segunda formulada por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente en el escrito de interposición del presente recurso de casación, en relación con la tercera de las que dedujo en la súplica de su escrito de demanda, y, en consecuencia, debemos ordenar, según dispone el citado artículo 95.2.c) de la Ley Jurisdiccional,



la reposición de las actuaciones al momento de admitir y practicar todas las pruebas propuestas por la representación procesal de la entidad mercantil demandante en la instancia y, una vez practicadas, el Tribunal *a quo* dictará sentencia pronunciándose, con libertad de criterio, acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco derivada de la nulidad de los acuerdos impugnados de 22 de diciembre de 2009 y 13 de abril de 2010.

**OCTAVO** .- Al prosperar los motivos de casación primero y segundo, atendiendo a las peticiones formuladas por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Garbera S.L. en la súplica de la demanda y por la subrogada Unibail-Rodamco Retail Spain S.L. en el escrito de interposición del recurso de casación, procede la íntegra estimación de la pretensión anulatoria de los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fechas 22 de diciembre de 2009 y 13 de abril de 2010, objeto de impugnación en la instancia, al ser dichos acuerdos contrarios a derecho por las razones que hemos expresado al estimar los motivos primero y segundo de casación, y ello conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , 68.1.b ), 70.2 y 71.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

**NOVENO** .- En cuanto a la segunda de las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda y segunda del apartado 1) de las formuladas en la súplica del escrito de interposición del recurso de casación, en las que se nos pide literalmente que: « *Entrando en el fondo del asunto (en los términos de la demanda de la instancia), ordene al Gobierno Vasco q ue inicie inmediatamente la revisión del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos legalmente establecidos, para su adaptación al contenido de la Directiva Europea y, en particular, ordene eliminar las limitaciones de superficie máxima para equipamientos comerciales contenidas en dicho Plan (incluyendo la de 25.000 m2 que afecta al municipio de San Sebastián)* », hemos de hacer algunas precisiones y aclaraciones antes de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Al estimar los motivos de casación primero y segundo hemos declarado que, como ha sostenido tanto en la instancia como en casación la representación procesal de la entidad mercantil demandante y ahora la recurrente, el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, **en cuanto impone limitaciones a la extensión superficial de los establecimientos comerciales** , es contrario a lo dispuesto por 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, y por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Esta disconformidad del mencionado Plan Territorial Sectorial a la indicada Directiva europea y a la Ley estatal de trasposición de ésta, en cuanto impone esas limitaciones a la superficie de los establecimientos comerciales, es determinante de su nulidad radical conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y, en consecuencia, así debemos declararlo, ya que, tanto del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo como de la demanda presentada en su día, se deduce que la acción ejercitada frente a los acuerdos impugnados se basa en que tales limitaciones son contrarias a lo establecido en la Directiva europea y en la Ley estatal que la traspone al ordenamiento interno, en tanto en cuanto el Plan Territorial Sectorial, que los acuerdos impugnados declaran estar adecuado a la mentada Directiva 2006/123/CE, no se encuentra ajustado a ésta, lo que ha constituido el objeto del pleito sustanciado en la instancia y la cuestión suscitada en los dos primeros motivos de casación, de modo que estamos ante un supuesto contemplado por los artículos 26 y 27.3 de la Ley de esta Jurisdicción , y, en consecuencia, esta Sala del Tribunal Supremo debe declarar la nulidad de pleno derecho de las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que establecen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

**DECIMO** .- En definitiva, nuestra decisión, al cumplir el deber que nos impone lo preceptuado en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional , no debe ser la que se nos pide en las súplicas de la demanda y del escrito de interposición del recurso de casación, que hemos transcrito en el precedente fundamento jurídico, sino la de declarar, conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , 27.3 , 68.1.b ), 70.2 , 71.1.a ) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , la nulidad de pleno derecho de las

determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

**UNDECIMO** .- Al proceder la declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto, no se debe hacer expresa condena al pago de las costas causadas con el mismo, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que existan méritos para imponer a cualquiera de las partes las de la instancia, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## FALLAMOS

Que, rechazando la causa de inadmisión planteada y con estimación de los motivos primero, segundo y cuarto sin que prospere el tercero, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Retail Spain S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 11 de julio de 2014, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 750 de 2010, la que, por ello, anulamos, al mismo tiempo que, con estimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Garbera S.L. en la instancia:

**Primero** : Debemos anular y anulamos, por ser contrarios a derecho, el acuerdo, de fecha 13 de abril de 2010, del Consejo de Gobierno Vasco, por el que se inadmitió el recurso de reposición deducido frente al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 22 de diciembre de 2009, así como este mismo acuerdo, por el que dicho Consejo de Gobierno declaró que existe plena adecuación entre el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, y 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 y que no procede la modificación del citado Plan Territorial Sectorial.

**Segundo** : Debemos declarar y declaramos nulas de pleno derecho, por ser contrarias a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, y a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

**Tercero** : Desestimamos las peticiones formuladas en la demanda y en la súplica del escrito de interposición del recurso de casación relativas a que esta Sala del Tribunal Supremo ordene al Gobierno Vasco iniciar inmediatamente la revisión del Plan Territorial Sectorial referido en el anterior pronunciamiento.

**Cuarto** : Ordenamos reponer las actuaciones a la instancia para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco admita y practique la prueba propuesta por la representación procesal de la entidad mercantil demandante relativa a los daños y perjuicios que dice sufridos como consecuencia de los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que en esta nuestra sentencia hemos anulado, y continuar el proceso hasta pronunciar, con libertad de criterio, sentencia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica del País Vasco derivada de los mencionados acuerdos anulados en esta nuestra sentencia.

**Quinto** : No formulamos expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, **cuya parte dispositiva y determinaciones declaradas nulas se publicarán en el mismo Diario Oficial en el que se publicó en su día el mentado Plan Territorial Sectorial aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

**PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.