



Roj: **STS 3867/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3867**

Id Cendoj: **28079130052015100300**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/09/2015**

Nº de Recurso: **3687/2013**

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.:** 3687 / 2013

**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 el Plan General de Ordenación Urbana contiene una serie de determinaciones que imponen limitaciones a la dimensión de los establecimientos comerciales en Donostia-San Sebastián conforme a lo establecido en un Plan Territorial Sectorial no adaptado a la Directiva europea 2006/123/CE y contraviniendo lo establecido en la Ley 17/2009, de trasposición de aquélla, habiendo sido declaradas nulas de pleno derecho tales determinaciones del Plan Territorial Sectorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco. No se aprecia incongruencia ni procede acceder a la pretensión de revisión de un apartado del Plan.**

**RECURSO CASACION Num.:** **3687/2013**

**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 3687 de 2013, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de la entidad mercantil Unibail- Rodamco Garbera S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 15 de octubre de 2013, 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 237 de 2011, sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail Rodamco Garbera S.L.U. contra el acuerdo, de fecha 25 de junio de 2010, del Ayuntamiento de Donosita-San Sebastián, por el que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Donosita-San Sebastián (BOG número 222, de 17 de noviembre de 2010).

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, el Ayuntamiento de San Sebastián, representado por la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo, y 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 15 de octubre de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 237 de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debemos desestimar como desestimamos el presente recurso nº 237/2011, interpuesto contra el acuerdo de 25/06/2010 del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián (BOG número 222, de 17/11/2010), cuya conformidad a derecho declaramos en atención a los motivos de impugnación aducidos. Con imposición de las costas a la parte actora».

**SEGUNDO** .- Después de resumir en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia recurrida los planteamientos de los litigantes, la Sala de instancia declara, en el fundamento jurídico tercero, que: «Pues bien lo que la mercantil recurrente alega es que el PTS, al establecer el límite máximo de 25.000 m<sup>2</sup> de superficie de grandes equipamientos comerciales en Donostia-San Sebastián, comporta una restricción que infringe la Directiva Servicios en cuanto garantiza la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios.

»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 (artículo 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 (artículo 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 (artículo 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 (artículo 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 ( artículo 10), admitiendo las restricciones fundadas en imperiosas razones de interés general ( artículo 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, Ley 18/2005, 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».

**TERCERO** .- Dicha Sala territorial declara, en el primer párrafo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que: «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 artículo 14 de la Directiva de Servicios y artículo 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».

**CUARTO** .- Después de transcribir literalmente el contenido del capítulo 7 del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad





Autónoma del País Vasco, el Tribunal *a quo* continúa declarando, en el mismo fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que: «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 política 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 *artículo 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».

**QUINTO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil demandante 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 diligencia de ordenación, de fecha 12 de noviembre de 2013, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**SEXTO** .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el Ayuntamiento de San Sebastián, representado por la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo, y 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 Garbera S.L., representada por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación con fecha 3 de enero de 2014.

**SEPTIMO** .- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail Rodamco Garbera S.L. se basa en tres motivos; el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y los otros dos al del apartado d) del mismo precepto; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo establecido en los artículos 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al no haber dicha Sala fundamentado la aplicabilidad del Plan Territorial Sectorial al supuesto enjuiciado sin dar respuesta a los motivos jurídicos usados en la demanda, en relación con la inaplicación de dicho Plan y la aplicación directa de la Directiva Europea y la normativa de Transposición, aspecto que constituye una cuestión esencial, con lo que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva; el segundo por haber vulnerado la Sala de instancia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogidas en las sentencias que se citan y transcriben, según las que son inaplicables las normas que transponen de forma incorrecta una Directiva Europea, lo que sucede en este caso con el Plan Territorial en cuestión, en cuyo caso procede la aplicación directa de la Directiva europea y las normas que la transponen correctamente, en este caso la Ley 17/2009; y el tercero por haber conculcado la Sala sentenciadora lo establecido en los artículos 1, 9, 10, 14 y 15 de la Directiva Europea y los artículos 4, 5, 9, 10 y 11 de la Ley 17/2009, así como la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto al principio de libertad de empresa, ya que la limitación de superficie de los equipamientos comerciales no se efectúa caso por caso sino para todos los municipios del País Vasco, y, por tanto, no resulta justificada la limitación de superficie máxima, la que se dispone con carácter general en lugar de con carácter excepcional, sino que el Plan Territorial haya empleado, para establecer la superficie máxima de los equipamientos comerciales, razones imperiosas de interés general, contrariamente a lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, en consecuencia, el Plan Territorial y lo mismo el Plan General, basado en aquél, contravienen frontalmente el contenido y el espíritu de la Directiva Europea, y así terminó con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra, por la que: 1).- Declare la disconformidad a Derecho de todas las previsiones del PGOU que se fundamenten, reproduzcan o apliquen el contenido del PTS y, en particular, declare la disconformidad a Derecho de los artículos 12, 13, 15, 16, 34, 35, 37, 38 y 48 del PGOU y ordene suprimir las referencias a las limitaciones al dimensionamiento máximo de los usos comerciales contenidos en los mismos. 2).- Declare la disconformidad a Derecho del apartado A.U. IN.09 "Garbera" (Libro Duodécimo del PGOU: Intxaurreondo -IN-) del PGOU y acuerde revisarlo e incluir en el mismo todas las previsiones del Convenio y, en particular, la ampliación de la edificabilidad de "IN.09.Garbera", en los términos que se acordaron en el mismo.

**OCTAVO** .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto mediante auto de fecha 8 de mayo de 2014, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala Tercera por venirle atribuido su conocimiento conforme a las normas de reparto, las que, una vez recibidas se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 23 de junio de 2014, en la que se mandó dar traslado a las representaciones procesales de las Administraciones comparecidas como recurridas para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición a dicho recurso, lo que efectuó la del Ayuntamiento de San Sebastián con fecha 1 de septiembre de 2014 y la de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco con fecha 3 de septiembre del mismo año.

**NOVENO** .- La representación procesal del Ayuntamiento de San Sebastián se opuso al recurso de casación porque la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva y está debidamente motivada, al haber dado cumplida respuesta a la cuestión planteada por la demandante acerca de la inaplicación del Plan



Territorial y la aplicación de la Directiva Servicios y de la Normativa de transposición, como se deduce de una detenida lectura de dicha sentencia, mientras que ésta no ha vulnerado la jurisprudencia que se cita relativa a la aplicación directa de las Directivas y de las normas de transposición de las mismas, dado que, como explica la Sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto, está plenamente justificada la restricción al emplazamiento y tamaño de los establecimientos comerciales conforme a la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011, al estar basadas esas restricciones en razones de ordenación territorial establecidas en un instrumento de ordenación, siendo necesarias y proporcionadas a los datos que se aportan sobre la realidad de las grandes superficies comerciales ya instaladas a la fecha de aprobación del referido Plan Territorial, encubriéndose en el segundo motivo de casación la alegación de no ajustarse este Plan Territorial a lo establecido en la Disposición Final Tercera de la Ley del País Vasco 7/2008, cuestión no susceptible de ser revisada en casación, pero, en cualquier caso, lo cierto es que el Plan Territorial se ajusta a la Directiva Servicios, por lo que no precisaba de adaptación alguna a ésta, en la que no se establece el libre acceso a una actividad de servicios sin limitación alguna, sino que habían de tenerse en cuenta todos aquellos elementos que, según la propia Directiva Servicios, conforman un interés general digno de ser preservado, entre otros el de la ordenación urbanística del territorio, representada en este caso por el Plan Territorial, de modo que, conforme a esta Directiva, las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, entre las que se encuentran la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, y, por tanto, las restricciones relativas al emplazamiento y el tamaño de las grandes superficies o establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente; y, finalmente, el tercer motivo de casación tampoco puede prosperar porque la Sala sentenciadora no ha conculcado los preceptos de la Directiva Servicios y de la Ley 17/2009, que se citan al articularlo, ya que el Plan Territorial no incide en el ámbito de la libertad de acceso al ejercicio de actividades comerciales, al no exceder del propio de su carácter como instrumento de ordenación urbanística, en la que se incluye la ordenación y regulación urbanística del sector terciario y, dentro del mismo, del uso del suelo destinado a equipamientos comerciales, que tienen una gran incidencia sobre el territorio, razón por lo que la Directiva Servicios y la Ley 17/2009 distinguen perfectamente entre los requisitos que afectan al acceso a la actividad de servicios y a su ejercicio, a los que se aplica la Directiva, y los derivados de la ordenación urbanística, sin que pueda pretenderse que la Directiva Servicios haya acabado con la regulación urbanística de los asentamientos de las grandes superficies comerciales y habilite para implantarlas sin limitación urbanística alguna en cuanto a emplazamiento, dimensiones o intensidad de uso del suelo, y, por tanto, como los preceptos invocados en este último motivo de casación contemplan meramente los requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no pueden ser infringidos por unas normas relativas a la ordenación del territorio, y así los apartados 2.a) y 3.b) del artículo 15 de la propia Directiva Servicios establecen la posibilidad de limitar cuantitativa y territorialmente la implantación de grandes equipamientos comerciales en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores, finalizando con la súplica de que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida con expresa imposición de costas a la recurrente.

**DECIMO** .- El representante procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva y no se ha causado indefensión alguna a la recurrente, puesto que dicha sentencia, en el fundamento jurídico cuarto, resuelve la cuestión planteada acerca de la pretendida inaplicación del Plan Territorial y aplicación de la Directiva europea de Servicios, cuestión también correctamente planteada por el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico tercero de la propia sentencia, sin que la Sala sentenciadora haya 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 autorizatorio 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, si bien la invocación de la vulneración del artículo 5 de la Ley 17/2009 es una cuestión nueva, por no haber sido suscitada, como motivo de impugnación, en la instancia, de manera que procede su inadmisión, y así terminó con la súplica de que se inadmita el motivo tercero de casación en cuanto se denuncia la vulneración por el Plan Territorial de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 17/2009 , o, subsidiariamente, que se desestime, y que se desestime el resto de los motivos aducidos así como el recurso de casación interpuesto con imposición de costas a la recurrente.

**UNDECIMO** .- Formalizadas las oposiciones al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 13 de mayo 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 de la Comunidad Autónoma del País Vasco alega que la invocación que se hace por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente del artículo 5 de la Ley 17/2009 es una cuestión nueva y, como tal, debe ser inadmitida en casación.

Tal causa de inadmisión deba ser rechazada porque no es cierto que la alegada vulneración de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 sea una cuestión nueva, como se deduce de la simple lectura de los folios 17 a 21 de la demanda (153 a 157 de las actuaciones de instancia), y así en este último se expresa literalmente que: « *Pues bien, a la vista de lo anterior, resulta acreditado que las limitaciones al dimensionamiento de los equipamientos comerciales contenidas en el PTS vulnera frontalmente el contenido de la Directiva europea y la normativa de trasposición de la misma y, en particular, la obligación de **motivar suficientemente mediante Ley las limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales*** ».

**SEGUNDO** .- En el primer motivo de casación, como ya hemos dejado resumido en el antecedente séptimo de esta nuestra sentencia, se alega que la Sala de instancia ha infringido lo establecido en los artículos 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil , en relación con el artículo 24 de la Constitución , al no haber dicha Sala razonado la aplicabilidad del Plan Territorial Sectorial al supuesto enjuiciado ni haber dado respuesta a los motivos jurídicos usados en la demanda en relación con la inaplicación de dicho Plan Territorial y la aplicación directa de la Directiva Europea 2006/123/CE y la norma de trasposición (Ley 17/2009), aspecto que constituye una cuestión esencial, con lo que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva.

Este motivo de casación no puede prosperar porque el Tribunal *a quo* dedica el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, parcialmente transcrito en los antecedentes tercero y cuarto de esta nuestra, a explicar las razones por las que el Plan General de Ordenación Urbana impugnado se ajusta al Plan Territorial Sectorial y éste, a su vez, se acomoda a la Directiva 2006/123/CE y a la Ley de trasposición 17/2009, y así en el último párrafo del mentado fundamento jurídico cuarto se declara que « *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 trasposición de la Directiva Servicios ».

**TERCERO** .- En los motivos de casación segundo y tercero, la representación procesal de la entidad mercantil recurrente denuncia que la Sala de instancia ha infringido la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de aquél de 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, así como la conculcación de lo establecido en los artículos 1 , 9 , 10 , 14 y 15 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 y 11 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.

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





**CUARTO** .- La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, ha desestimado 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 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.

El Tribunal *a quo* recoge en la sentencia recurrida 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, citados por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente en los motivos de casación segundo y tercero que esgrime, estos motivos de casación, como ya anticipamos, deben prosperar.

**QUINTO** .- La estimación de los motivos de casación segundo y tercero comporta la anulación de la sentencia y que debamos resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según dispone el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Como con toda corrección lo entendió el Tribunal de instancia, la acción de nulidad ejercitada se basa en una impugnación indirecta, al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley de esta Jurisdicción , del Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuanto que las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana impugnadas en la instancia tienen como único fundamento jurídico lo establecido en el mencionado Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, según hemos declarado al estimar los motivos



de casación segundo y tercero, es contrario a la Directiva europea 2006/123/CE y a la Ley 17/2009, de trasposición de aquélla, en cuanto establece limitaciones a la superficie máxima de los establecimientos comerciales, de modo que las determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial que contemplan tales limitaciones son nulas de pleno derecho y así lo debemos declarar conforme a lo dispuesto concordadamente en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 29 de noviembre, 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, al igual que hemos procedido en nuestra sentencia de esta misma fecha pronunciada en el recurso de casación 3408 de 2014, señalada su votación y fallo para el mismo día.

Al ser nulas de pleno derecho las referidas determinaciones del Plan Territorial Sectorial aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, aprobado por acuerdo plenario del Ayuntamiento de esa ciudad de fecha 25 de junio de 2010, que establecen limitaciones a la dimensión de los equipamientos comerciales también lo son por las mismas razones y por ello deben ser declaradas nulas con estimación de la pretensión en tal sentido formulada por la representación procesal de la entidad mercantil en la súplica de la demanda y ahora en el escrito de interposición del recurso de casación.

**SEXTO** .- Nos pide la demandante en la instancia y ahora recurrente en casación que ordenemos revisar el apartado A.U. IN.09 "Garbera" (Libro duodécimo del PGOU: Intxaurreondo-IN-), del PGOU para que se incluyan en el mismo todas las previsiones del Convenio y, en particular, la ampliación de la edificabilidad de "IN.09.Garbera", en los términos que se acordaron en ese Convenio.

Tal pretensión debe ser desestimada porque, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulasen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

**SEPTIMO** .- La estimación de los motivos de casación segundo y tercero con la consiguiente declaración de haber lugar al recurso interpuesto es determinante de que no formulemos expresa condena al pago de las costas procesales causadas, sin que existan méritos, al no apreciarse temeridad ni mala fe, para imponer a cualquiera de las partes las causadas en la instancia, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139 de la Ley Jurisdiccional, aplicable este último en su literalidad anterior al pleito sustanciado, pues no lo es, en contra del parecer de la Sala *a quo*, en la redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, debido a la fecha de incoación del proceso en la instancia.

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

## FALLAMOS

Que, rechazando la causa de inadmisión alegada y con estimación de los motivos de casación segundo y tercero y desestimando el primero, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Garbera S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 15 de octubre de 2013, 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 237 de 2011, 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.

**Primero** : 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.

**Segundo** : Debemos declarar y declaramos nulas de pleno derecho todas las determinaciones del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, aprobado definitivamente por acuerdo del Ayuntamiento de dicha ciudad con fecha 25 de junio de 2010, que se fundamentan, reproducen o aplican las determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial declaradas nulas en el anterior pronunciamiento y, concretamente, todas aquéllas que imponen limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales.



**Tercero** : Debemos desestimar y desestimamos la pretensión de que ordenemos la revisión del apartado A.U. IN.09 "Garbera" del mencionado Plan General de Ordenación Urbana para incluir en el mismo todas las previsiones del Convenio y, en particular, la ampliación de la edificabilidad de "IN-09.Garbera" en los términos que se acordaron en el mismo.

**Cuarto** : 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 del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián declaradas nulas se publicarán en el Boletín Oficial de Guipúzcoa, y otro tanto respecto de las determinaciones anuladas del Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, en el Diario Oficial en el que fue publicado en su día**, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDUC