

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo**  
**Contencioso-Administrativo**  
Sección: TERCERA

**SENTENCIA**

**Fecha de Sentencia:** 02/12/2014

**RECURSO CASACION**

**Recurso Núm.:** 4459/2011

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria

**Votación:** 18/11/2014

**Procedencia:** T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

**Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

**Escrito por:** PJM

**Nota:**

**SUBVENCIONES PARA LA ADQUISICIÓN DE MOBILIARIO PARA EL HOGAR (PLAN CANTABRIA RENOVE DEL MUEBLE). Orden HAC/9/2010, de 15-2, que establece las bases reguladoras y publica la convocatoria.**

**RECURSO CASACION Num.: 4459/2011**

**Votación: 18/11/2014**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca**

## **SENTENCIA**

**TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: TERCERA**

***Excmos. Sres.:***

***Presidente:***

**D. Pedro José Yagüe Gil**

***Magistrados:***

**D. Manuel Campos Sánchez-Bordona**

**D. Eduardo Espín Templado**

**D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

**D. Eduardo Calvo Rojas**

**D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech**

---

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil catorce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4.459/2.011, interpuesto por el GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA, representado por el Sr. Letrado de los Servicios Jurídicos, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 24 de junio de

2.011 en el recurso contencioso-administrativo número 244/2.010, sobre plan Cantabria "Renove del mueble".

Es parte recurrida la ASOCIACIÓN NACIONAL DE MEDIANAS Y GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN, representada por el Procurador D. José Manuel Villasante García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia de fecha 24 de junio de 2.011, estimatoria del recurso promovido por la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución contra la Orden HAC/9/2010, de 15 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras y se hace pública la convocatoria de subvenciones para la adquisición de mobiliario para el hogar, con el propósito de servir de estímulo y modernización al comercio en la Comunidad Autónoma de Cantabria; plan Cantabria "Renove del Mueble".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 21 de julio de 2.011, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se ha concedido plazo al Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria para que manifestara si sostenía el recurso, presentando en el mismo su escrito de interposición del recurso, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 69.c) de esta misma norma, en relación con los artículos 109 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; con los artículos 127 y 128 y ss. de la Ley autonómica 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de Cantabria, y con la jurisprudencia;
- 2º, que se basa en el apartado 1.c) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 7.1 en relación con el artículo 33, ambos de la propia Ley de la Jurisdicción, y
- 3º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 14 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que, casando la recurrida, se inadmita el recurso contencioso-administrativo, acogiendo la causa de inadmisibilidad opuesta o, en otro caso, desestimando íntegramente la demanda, declarando adecuada a derecho la Orden recurrida.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 27 de febrero de 2.012.

**CUARTO.-** Personada la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución, su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia desestimatoria, confirmando la recurrida en casación, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO ESPÍN TEMPLADO**,  
Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-** Objeto y planteamiento del recurso.

La Comunidad Autónoma de Cantabria interpone recurso de casación contra la Sentencia de 24 de junio de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. La citada Sentencia estimó el recurso contencioso administrativo entablado por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución contra la Orden HAC/9/2010, de 15 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras y se hace pública la convocatoria de subvenciones para la adquisición de mobiliario para el hogar, con el propósito de servir de estímulo y modernización al comercio en la Comunidad Autónoma de Cantabria; plan Cantabria "Renove del Mueble".

El recurso se formula mediante tres motivos. El primero de ellos, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, se basa en la infracción del artículo 69.c) de la propia Ley procesal, en relación con los artículos 109 y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y con los artículos 127 y 128 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de Cantabria (Ley 6/2002, de 10 de diciembre), así como con la jurisprudencia; dichas infracciones se deberían a que la entidad actora en la instancia no habría agotado la vía administrativa previa.

En el segundo motivo, que se ampara en el apartado 1.c) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se aduce la vulneración del artículo 7.1 en relación con el 33 de la Ley procesal, por incongruencia omisiva respecto de la alegación sobre falta de legitimación del demandante.

El tercer motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, se basa en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), en relación con el artículo 14 de la Constitución, por haber apreciado erróneamente que el plan comercial contemplado en la Orden impugnada era discriminatorio respecto de las grandes superficies.

**SEGUNDO.-** Sobre el primer motivo, relativo al agotamiento de la vía administrativa previa.

En el primer motivo la parte aduce, denunciando la infracción de los preceptos legales sobre procedimiento administrativo que se han indicado antes, que el recurso judicial fue interpuesto de forma prematura, sin haber entablado el preceptivo recurso de alzada previo ante el Gobierno de Cantabria. El Gobierno recurrente justifica la procedencia del recurso de alzada afirmando que la Orden impugnada es en realidad un acto administrativo, no una disposición general.

La Sala de instancia justifica su interpretación de que se trata de una disposición general propiamente tal en los siguientes términos:

"SEGUNDO: La primera de las cuestiones suscitadas por el Gobierno de Cantabria es la relativa a la inadmisibilidad del recurso interpuesto, por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, en cuanto que tratándose de un acto del Consejero de Economía y Hacienda debiera haberse formulado previamente recurso de alzada contra la Orden impugnada ante el Gobierno de Cantabria, lo que equivale a afirmar que no nos encontramos ante una disposición general sino ante un acto administrativo.

En primer lugar debe indicarse que la Administración autora de la resolución recurrida no puede hacer valer dicha causa de inadmisibilidad en este momento procesal cuando en la Orden publicada no se da el oportuno pie de recurso de alzada ante el Gobierno de Cantabria, desmintiendo por tanto aquella a través de sus propios actos que la misma se trate de un acto administrativo, pues como

disposición general ha sido tratada cuando se ha procedido a su publicación en el B.O.C.

En cualquier caso, y analizando la naturaleza de la disposición impugnada, es de ver que en ningún momento puede merecer el tratamiento de acto administrativo por el solo hecho de que se trate de una disposición de carácter temporal, que convoca la subvención por una sola vez y que no innova el ordenamiento jurídico, tal y como sostiene el Gobierno de Cantabria, puesto que es el órgano de la Administración autor de la misma, la forma jurídica que reviste aquélla y el procedimiento de su elaboración la que nos da la medida de su rango.

En efecto, no nos encontramos ante una Resolución del Consejero de carácter organizativo interno sino con un Acuerdo de dicho Consejero que ha sido revestido formalmente del carácter de Orden y como tal publicado en el B.O.C., en consonancia con lo previsto en el art. 110 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, precedida del informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, amén de un informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda, habiéndose observado, por tanto, el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales previsto en el art. 121 de la norma citada.

El informe al que hemos aludido no puede identificarse con el informe preceptivo al que alude la Administración demandada y contemplado en el art. 14.p) de la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, ya que el emitido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos en el procedimiento de elaboración de la Orden de referencia no se refiere al que es preceptivo en los supuestos de convenios, pues no es la regulación de un convenio el objeto de aquélla, sino una convocatoria de ayudas públicas a un determinado sector de la actividad comercial.

Por otra parte, el informe analiza aspectos sustantivos de la subvención, relativos a la actuación de las entidades colaboradoras, el propósito y finalidad de aquélla, las obligaciones que del mismo se derivan para el Gobierno de Cantabria, realizando una serie de observaciones de índole estrictamente jurídica sobre la conformidad a Derecho de los preceptos de la Orden que pudieran plantear problemas de aplicación, siendo así que el modelo tipo de convenio con las entidades colaboradoras no es sino instrumento de aplicación de la disposición general impugnada que no puede ser contemplado de forma autónoma e independiente de la misma, pues el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico se refiere a ambos y el convenio no es sino la forma de materializar la subvención.

A mayor abundamiento hemos de indicar que la Orden HAC/9/2010, de 15 de febrero, no sólo viene integrada por la convocatoria de la subvención, sino que incluye las bases reguladoras de la misma, expresivas de un contenido normativo que no puede desconocerse, por lo que entendiendo la Sala que nos encontramos ante una disposición general, debemos entrar a conocer del fondo del asunto." (fundamento de derecho segundo)

El motivo no puede ser estimado. En efecto, sin necesidad de resolver sobre la naturaleza de la Orden impugnada, lo cierto es que, como dice la Sala al comienzo del fundamento que se ha transcrito, no se le puede oponer a la entidad demandante que interpusiera el recurso contencioso administrativo cuando la Orden impugnada, emanada de la propia Administración autonómica, no daba el correspondiente pie de recurso de alzada. Así, no tratándose de un recurso manifiestamente improcedente en la medida en que puede suscitar dudas razonables sobre si procedía o no el recurso de alzada, según se entendiese que era un acto administrativo o una disposición general, la falta del preceptivo

pie de recurso hace que no resulte objetable la directa interposición del recurso contencioso administrativo. Tratándose del acceso a la tutela judicial, resulta obligado efectuar una interpretación favorable al ejercicio del derecho, lo que veda decretar la inadmisibilidad del recurso por falta de agotamiento de la vía administrativa previa.

**TERCERO.-** Sobre el segundo motivo, relativa a la incongruencia omisiva.

En el segundo motivo el Gobierno cántabro alega que la Sentencia impugnada ha incurrido en incongruencia omisiva por cuanto no ha dado respuesta a la alegación de falta de legitimación material de la entidad demandante. Afirma la parte recurrente que en la instancia alegó que la Asociación actora carecía de legitimación *ad causam*, por cuanto las ayudas no iban dirigidas a las pymes, sino a los consumidores finales; las pequeñas y medianas empresas son simplemente entidades colaboradoras, no beneficiarias de las ayudas, por lo que la entidad demandante, representante de las grandes superficies del mueble, no podía alegar que hubieran resultado excluidas de forma discriminatoria de las ayudas.

El recurso no puede prosperar. En efecto, a pesar de que la Sentencia no rechace de manera expresa la citada objeción de admisibilidad, resulta evidente de la lectura de la misma que la Sala rechazó, implícitamente pero con toda claridad, dicha alegación. En efecto, de la argumentación de la Sentencia se desprende sin ninguna duda que la Sala entendió que el plan de ayudas, peses a ser conceptuado en beneficio de los consumidores finales, constituía un estímulo importante en favor de las pequeñas y medianas empresas que quisieran participar en su ejecución y que, por el contrario, dicha participación estaba vedada a las grandes superficies; la Sala argumenta expresamente que dicha exclusión afectaba a la competencia y discriminaba a las grandes superficies, lo que equivale a afirmar que



dichas grandes superficies y su Asociación representativa ostentaban legitimación para impugnar la orden.

Hay que entender, por tanto, que la Sala de instancia rechazó la alegada falta de legitimación de la entidad actora.

**CUARTO.-** Sobre el tercer motivo, relativo a la afectación discriminatoria a las grandes superficies.

La Sala se había pronunciado sobre el carácter anticompetitivo y discriminatorio de la Orden impugnada en los siguientes términos:

"TERCERO: La parte recurrente sustenta su pretensión de declaración de nulidad de aquélla en la vulneración de la Ley 10/1006, de Subvenciones de Cantabria, de 17 de julio, en relación con la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, por la que se aprueba la Ley General de Subvenciones, y más concretamente su artículo 7, conforme al cual cuando los órganos de la Administración se propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos pretendidos, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y su financiación, señalando el apartado 2 de dicho precepto que " cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores".

La parte recurrente entiende que dicho precepto ha sido vulnerado por cuanto que el Preámbulo de la Orden señala como objetivo de la subvención "el estímulo y modernización del comercio", siendo así que sus artículos 4 y 6 contemplan tan sólo como actuaciones subvencionables "la adquisición de muebles para el equipamiento del hogar, artículos para la iluminación del hogar y colchones a través de los comerciantes o empresas minoristas adheridos al presente Plan Cantabria "Renove" del mueble, que actúen como entidades colaboradoras de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria en virtud de convenio de colaboración", excluyendo por tanto a los comerciantes asociados a la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, a la sazón recurrente en el presente proceso, al no reunir la condición de minoristas, sin motivar las razones por las que de dicha ayuda pública se excluye a aquellos comerciantes del sector del mueble que no tengan la condición de PYMES.

La lectura de la Orden impugnada pone de manifiesto que se ha explicitado el objetivo perseguido, concretándolo en el "estímulo y modernización del comercio", por lo que desde el punto de vista formal la disposición recurrida no adolece de falta de motivación y cumple con el requisito exigido por la Ley de Subvenciones, aunque se echa de menos un desarrollo del mismo, ya que el Preámbulo se ha limitado a su pura y estricta enunciación, sin argumentar en qué medida las subvenciones convocadas pueden contribuir a incentivar el comercio del mueble en la concreta y restrictiva fórmula por la que se ha optado.

Cuestión distinta es que dicho objetivo primigenio se cohoneste con el contenido y disposiciones específicas de aquélla, en la medida en que puedan alterar el juego de la libre competencia o puedan reputarse como vulneradoras del principio de igualdad, lo que forma ya parte del análisis no formal sino sustantivo de la norma, que pasaremos a realizar a continuación.

CUARTO: Efectivamente, el art. 7 antes citado obliga a la Administración que convoca una subvención que afecte al mercado, a "corregir fallos claramente identificados y a que los efectos sobre aquél sean mínimamente distorsionadores", de tal forma que el efecto positivo que se pretende conseguir no genere una lesión efectiva , relevante , desproporcionada y no justificada del principio de libre competencia, colocando en una posición desigual derivada de aquélla a un colectivo de comerciantes del mueble que por su condición de grandes distribuidores no pueden adherirse a dicho convenio de colaboración , por lo que la comercialización de sus productos se realizará en condiciones más desventajosas, puesto que deben competir con un sector del comercio, a la sazón el minorista, que ha sido incentivado a través de la subvención que ahora nos ocupa.

A estos efectos debe indicarse que la invocación con carácter genérico por la parte recurrente de la normativa de la Unión Europea y más concretamente del art. 87 de la CE , que prohíbe las ayudas que falseen o puedan falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, se refieren a las ayudas que reúnan la condición de ayudas de carácter estatal, entre las cuales no se encuentra la que nos ocupa, ya que sin perjuicio de que aquéllas puedan igualmente ser otorgadas por una Administración autonómica, la misma no afecta directamente a los intercambios comerciales entre Estados miembros, sino a la competencia interna, puesto que se trata de ayudas que por su reducido importe, inferior a 200.000 euros en tres ejercicios fiscales, se consideran como "ayudas de minimis", exentas por tanto de notificación previa y también de comunicación a posteriori a la Comisión Europea.

QUINTO: Ello no quiere decir, sin embargo, que el respeto a la libre competencia, que garantiza el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , exima a la Administración autonómica de garantizar y no distorsionar aquélla a través de la convocatoria de ayudas públicas que generen dicho efecto perverso, produciendo un impacto relevante sobre el principio de libre competencia, que habrá de analizarse en el supuesto de autos.

La subvención que nos ocupa proporciona una ayuda directa a los consumidores individuales finales, que son los beneficiarios de aquélla, para la adquisición de mobiliario para el hogar, los cuales, sin embargo, sólo pueden adquirirlo en los comercios minoristas que ponen a la venta aquél, materializándose la subvención no en el pago directo a los consumidores de una cantidad pecuniaria sino en la entrega por los comerciantes vendedores que reúnan la condición de entidades colaboradoras de un vale a éstos por un importe del 25% de lo adquirido, el cual puede hacerse valer en otro establecimiento, pero que también debe encontrarse adherido a este sistema.

Por ello, y con independencia de que dada la forma de materialización de la subvención no se otorgue una ayuda pecuniaria directa a las PYMES, extremo éste sobre el que realiza especial hincapié la Administración demandada, resulta evidente que el estímulo de la demanda del comercio de muebles y consiguiente venta de dichos artículos se ha canalizado a través de una ayuda pública que repercute y beneficia de forma exclusiva a dichas empresas, con exclusión de cualesquiera otras que no reúnan dicha condición pero igualmente dedicadas a la comercialización de este tipo de productos.

Ello supone un estímulo al comercio , objetivo que la propia Orden dice perseguir, pero no al comercio en general, tal y como se pretende hacer ver en la contestación a la demanda, derivado de la posibilidad de reinvertir ese 25% en otro comercio, sino tan sólo del comercio minorista, pues queda restringido a las PYMES la posibilidad de adhesión al Programa de Fidelización del Comercio Cantabria, adhesión que se efectuó prácticamente por todo el sector, lo que quiere decir que durante todo el período de vigencia de la subvención se ha dirigido la demanda del consumidor, incentivada por la ayuda pública, a este tipo de establecimientos, en claro perjuicio de las empresas asociadas a la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, que correlativamente han visto disminuídas sus ventas de mobiliario para el hogar.

El impacto en el mercado no ha sido baladí ni ha sido en ningún momento negado por el Gobierno de Cantabria, puesto que según los propios datos procedentes de la

Consejería de Economía y Hacienda, el Plan Renove del Mueble de Cantabria ha provocado un volumen de negocio de más de veintitrés millones de euros desde la fecha de publicación de la convocatoria de la subvención, incrementándose las ventas del comercio minorista entre un 30% y un 40% sobre las habituales, agotándose la partida subvencionada en dos meses y medio.

Dicho impacto se agudiza todavía más si tenemos en cuenta el tipo de productos cuya venta se trata de estimular, a la sazón bienes duraderos y que no se renuevan sino en largos períodos de tiempo, lo que ha provocado una clara alteración del principio de libre competencia efectiva y real en el sector del mueble, que no se ve minimizada sino agudizada por el hecho de que las ayudas fueran temporales, pues dinamizaron de forma muy relevante las ventas y su carácter temporal provocó un incremento aún mayor de la demanda, sin que dado el carácter duradero de los bienes adquiridos pudiera reestimularse y reequilibrarse las ventas de los grandes distribuidores una vez extinguido el período de vigencia de la subvención.

SEXTO: Las bases de la convocatoria ponen de manifiesto, por tanto, que la subvención para la adquisición de mobiliario para el hogar no es neutral, ya que, pese a perseguir como objetivo general de interés público el estímulo y modernización del comercio subyacente en la ayuda, no ofrece el necesario espacio de libertad a los consumidores individuales destinatarios de aquélla para elegir el establecimiento en el que desean realizar las compras de mobiliario de hogar, dirigiendo la demanda exclusivamente hacia las PYMES adheridas al Plan Renove del mueble, por lo que la subvención se ha transformado también en una ayuda a dichas empresas con la consiguiente fragmentación del mercado, constituyendo por tanto dichas limitaciones una restricción de la libre competencia al otorgar un trato desigual a los diversos operadores comerciales del mercado del mueble y, por tanto, atenuando las ventajas que para el consumidor deberían derivarse de dichas medidas.

SEPTIMO: Debemos concluir, por tanto, que las bases de la convocatoria y materialización de la ayuda, en la medida en que excluyen del ámbito de la subvención a las empresas asociadas a la Asociación de Grandes Empresas de Distribución conculcan igualmente el principio de igualdad, siendo así que las mismas comercializan también mobiliario para el hogar, con clara discriminación de los oferentes, restando por fin por determinar, si la limitación de la ayuda pública al comercio minorista y consiguiente distorsión del principio de libre competencia, resulta justificada y proporcionada a la finalidad y objetivo que se pretende conseguir, y si por tanto, el sacrificio del principio de igualdad es o no necesario y razonable.

La Sala estima que si bien el Reglamento CE nº800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto, declara compatibles con el mercado común "las ayudas a la inversión y empleo a favor de las PYMES", a las que por ende, puede favorecerse, al no estar en idéntica situación que los grandes distribuidores, tesis ésta sostenida por el Gobierno de Cantabria, dicha diferencia no es suficiente para justificar la exclusión de éstos del ámbito de la subvención, con vulneración del principio de igualdad, ya que los objetivos de la misma, esto es, el estímulo del comercio del mueble, se consigue igualmente con independencia de la restricción de los oferentes, sin que la Orden motive ni justifique siquiera mínimamente la preterición de éstos ni resulte por ende razonable ni proporcionada la solución adoptada, máxime si, como se indica en la contestación a la demanda, el objetivo es la ayuda a la pequeña y mediana empresa, la misma debe canalizarse a través de medidas estructurales de ayuda a las PYMES y no mediante una ayuda pública al consumo destinada al comercio en general de la que inmotivadamente han sido excluidos los distribuidores asociados a la Asociación recurrente." (fundamentos de derecho tercero a séptimo)

Frente a las razones expuestas, el Gobierno recurrente aduce en el tercer motivo que no es posible equiparar a las pymes con las grandes

superficies, y que las diferencias existentes entre ambos tipos de comercios justifica que se canalicen las ayudas de la Orden en litigio a través de las primeras. Así, afirma, las pequeñas y medianas empresas carecen de instrumentos para combatir la crisis que sí están a disposición de las grandes superficies, como lo serían la posibilidad de pagar a proveedores a plazos más largos, el desarrollo de campañas publicitarias y de promociones específicas, etc. En definitiva, el Gobierno recurrente alega que no pueden compararse ambos tipos de comercio y que, por consiguiente, no se puede hablar de discriminación respecto a las grandes superficies por un plan que trata de estimular la adquisición de bienes en un sector comercial concreto y especialmente afectado por la crisis inmobiliaria.

Por otra parte, el Gobierno de Cantabria sostiene que para apreciar una distorsión en el mercado o en la competencia es preciso que la actuación afecte de manera sensible a un sector considerable durante un período de tiempo relevante y en un territorio amplio, circunstancias que no concurren en el supuesto de autos. Entiende además que la medida impugnada no está comprendida en los supuestos enumerados en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

No puede prosperar el motivo. En efecto, la *ratio decidendi* de la estimación del recurso *a quo* es sin duda de que el plan de ayudas al consumidor resulta discriminatorio respecto a las grandes superficies, mientras que la Administración recurrente objeta la escasa relevancia competitiva de la medida y que las diferencias entre pymes y grandes superficies justifican el distinto trato. Es sin duda problemático que el plan de ayudas contemplado en la orden impugnada pueda quedar comprendido en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, no ya por la escasa relevancia que atribuye el Gobierno recurrente al plan, sino porque se trata de una medida unilateral de dicho Gobierno, y no de un acuerdo colusorio entre los sujetos beneficiados, las pequeñas y medianas empresas.

Pero ello no obsta a que dicho plan, aun dirigido al beneficio directo de los consumidores, que son los que se benefician de la reducción de los precios, supone –como el mismo Gobierno cántabro reconoce- un estímulo a las pymes que el Gobierno justifica por la mayor dificultad que dichas empresas tienen para afrontar la crisis del sector. Sin embargo, tiene razón la Sala de instancia cuando afirma que si la finalidad de las ayudas es, como sostiene el Gobierno responsable de la medida, es beneficiar al consumidor, ello no significa justificación alguna para que dicha medida excluya a un tipo de comercio frente a otro. Otra cosa es que el Gobierno hubiese diseñado un plan de apoyo a las pymes lo que, con la debida justificación, podría resultar admisible. Pero lo que no parece compatible con la prohibición de la discriminación es excluir de la aplicación de un determinado plan de ayudas al consumidor a un sector del comercio, poniéndole con ello a dicho sector en una desventaja competitiva sin fundamento suficiente. Hemos de insistir en que es este trato desigual desde la perspectiva de la finalidad del plan de ayudas lo que hace que la decisión de la Sala de instancia no quede desvirtuada por la argumentación del Gobierno recurrente respecto a las diferencias que puedan existir –y sin duda así es- entre pymes y grandes superficies comerciales. Tales diferencias pueden justificar un plan de ayudas a las primeras, pero una tal medida requeriría una previa justificación de la pertinencia de la medida y de su proporcionalidad, lo que en este caso no ha existido, por cuanto el plan se justifica exclusivamente desde la perspectiva de su finalidad declarada por el Gobierno, la ayuda al consumidor final.

#### **QUINTO.-** Conclusión y costas.

La desestimación de los motivos en que se funda el recurso de casación conllevan el fracaso del mismo. En lo que respecta a las costas del recurso de casación y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, procede su imposición a la parte que lo ha sostenido hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## **F A L L A M O S**

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria contra la sentencia de 24 de junio de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso contencioso-administrativo 244/2.010. Se imponen las costas de la casación conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Pedro José Yagüe Gil.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-