



Roj: **STS 3793/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3793**

Id Cendoj: **28079130052016100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **21/06/2016**

Nº de Recurso: **1608/2014**

Nº de Resolución: **1974/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4138/2014,**
STS 3793/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación 1608/2014 interpuesto por la entidad General de Galerías Comerciales, S.A., representada por el Procurador D. Alejandro González Salinas y asistida de Letrado, promovido contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 21 de febrero de 2014, en el Recurso Contencioso-administrativo 177/2011, sobre modificación de trama urbana consolidada.

Ha sido parte recurrida la Generalidad de Cataluña, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 177/2011 promovido por la entidad General de Galerías Comerciales, S.A., en el que ha sido parte demandada la Generalidad de Cataluña, contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo, que aprobó la Modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia, con fecha 21 de febrero de 2014, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"PRIMERO. RECHAZAR la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración demandada.

SEGUNDO. DESESTIMAR el recurso interpuesto por General Galerías Comerciales, S. A. contra la resolución adoptada el 10 de marzo de 2011 por el Director General d'Urbanisme.

TERCERO. No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en la substanciación del presente recurso".

TERCERO. - Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad General de Galerías Comerciales, S.A. presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante Diligencia de Ordenación de 7 de abril de 2014, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad General de Galerías Comerciales, S.A. compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló, en fecha 28 de mayo de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideró



oportunos, solicitó a la Sala dicte Sentencia que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando la resolución impugnada en él y declarando que los terrenos del Centro Comercial Mataró Park no pueden quedar excluidos de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró a efectos de imponerle la prohibición o la denegación de la autorización para ampliar o modernizar el centro comercial.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por Providencia de 18 de julio de 2014, ordenándose también por Diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2014 entregar copia del escrito de interposición del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que llevó a cabo el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Generalidad de Cataluña mediante escrito presentado en fecha 29 de octubre de 2014.

SEXTO.- Por Providencia de 16 de diciembre de 2015 se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2016, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar, habiendo la misma continuado hasta el 7 de junio de 2016, una vez que el Tribunal Constitucional resolvió — STC 73/2016, de 14 de abril (BOE de 20 de mayo de 2016)— el recurso de inconstitucionalidad 6513/2014 interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno contra el artículo 167.1 y las disposiciones transitorias quinta y octava de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña; Ley 2/2014, de 27 de enero, cuyo contenido fue puesto en conocimiento de la Sala por la Generalidad de Cataluña, tras la oposición al recurso de casación, cuya disposición adicional vigesimoséptima, declaró, de nuevo, vigentes los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos, en el momento de su entrada en vigor —29 de diciembre de 2009—; y cuya Disposición transitoria octava estableció un régimen transitorio en relación con la implantación de los establecimientos comerciales hasta el momento de la presentación de un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente Recurso de Casación 1608/2014 la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha de 21 de febrero de 2014, en el Recurso Contencioso-administrativo 177/2011, por medio de la cual se desestimó el formulado por la entidad General de Galerías Comerciales, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo, que aprobó la Modificación de la Trama Urbana Consolidada (TUC) del municipio de Mataró.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad General de Galerías Comerciales, S.A., y, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda de la recurrente:

A) La sentencia de instancia concreta la Resolución objeto del recurso, así como su pretensión anulatoria esgrimida que fundamenta en una consideración principal (cuál es que los terrenos deben de ser integrados en la TUC de Mataró, al concurrir las circunstancias exigidas para ello en el Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, sobre Ordenación de equipamientos comerciales de Cataluña), y otra subsidiaria (cuál es la inaplicación del citado Decreto, por vulnerar la Directiva 2006/123/CE, de Servicios del mercado interior), rechazando, en el Fundamento Segundo, la causa de inadmisibilidad planteada de contrario.

B) A continuación, la Sala de instancia rechaza, en primer lugar, la pretensión principal, relativa, como hemos expresado, a la concurrencia de los requisitos necesarios para la integración de los terrenos de la recurrente en la TUC de Mataró; concurrencia que es negada por la sentencia:

"Defiende la parte actora la integración del centro comercial Mataró Park en el trama urbana consolidada de Mataró por darse todas las circunstancias que para ello exige del Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, al reunir los requisitos de su artículo 7 y cumplir los principios del artículo 4.2 .

La Administración demandada no niega el cumplimiento de esos requisitos sino que, después de la transcripción de los artículos 7 y 8 del Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los Equipamientos Comerciales de Cataluña, refiere que se debe tener en cuenta que se está ante un caso de ejercicio de potestades discrecionales.

El artículo 4 del Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, tras expresar en su apartado 1 los principios rectores en los que el mismo se fundamenta, en



su apartado 2 recoge mención de los objetivos que se persiguen con el Decreto-ley, que no son otros que el favorecimiento de la cohesión social, la consecución del equilibrio territorial que garantice el acceso de todos los ciudadanos y ciudadanas a la red de servicios comerciales que se adapte a sus necesidades y exigencias, la potenciación de un modelo de ciudad compacta en que el uso residencial se armoniza con las actividades comerciales y de servicios, para fortalecer las estructuras comerciales como valores de la cultura mediterránea, la reducción de la movilidad para evitar los desplazamientos innecesarios que congestionan las infraestructuras públicas e incrementan la contaminación atmosférica, asegurar la adecuada protección de los entornos, incluidos los agrorurales y del medio ambiente urbano, rural y natural, reduciendo al máximo el impacto de las implantaciones sobre el territorio, y la preservación del suelo agrario, del patrimonio histórico-artístico y del paisaje de Cataluña.

La delimitación de una trama urbana consolidada no queda sujeta a la observancia de esos objetivos, cuyo cumplimiento se pretende acreditar con la prueba pericial practica a instancia de la parte actora, sino que se debe estar a lo establecido en el Título II del citado Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, titulado "planificación y ordenación territorial del uso comercial", cuyo artículo 7 contiene la ordenación de las tramas urbanas consolidadas.

En ese precepto se prevé la inclusión en la trama urbana consolidada de los cascos históricos y sus ensanches, donde, el uso residencial es dominante y compatible con el uso comercial, en las áreas residenciales plurifamiliares contiguas a las citadas zonas, comprendidas dentro de suelo urbano o suelo urbanizable con ordenación urbanística detallada aprobada y vigente donde, de acuerdo con el planeamiento urbanístico el uso residencial es dominante y los usos comerciales están insertados con los usos residenciales, en las áreas residenciales plurifamiliares no continuas con las anteriores áreas, comprendidas dentro de suelo urbano o suelo urbanizable con ordenación urbanística detallada aprobada y vigente donde, de acuerdo con el planeamiento urbanístico el uso residencial es dominante y los usos comerciales están insertados con los usos residenciales, siempre que tengan una densidad bruta superior a cuarenta viviendas por hectárea, y en las áreas residenciales unifamiliares contiguas a los asentamientos o a las áreas antes referidas, comprendidas dentro de suelo urbano o suelo urbanizable con ordenación urbanística detallada aprobada y vigente.

El apartado 2 del citado precepto se encarga de precisar que a los efectos de este artículo se entiende por usos comerciales insertados en los usos residenciales, la distribución de los establecimientos comerciales integrada con los usos residenciales dominantes en una determinada zona, con la presencia de locales situados en las plantas bajas de los edificios o en edificaciones independientes, siempre que configuren una ordenación urbanística unitaria y que se interpreta que existe continuidad cuando se produce la contigüidad entre frentes de parcelación, vinculada a la confrontación de ordenaciones adyacentes apoyadas en un mismo vial.

El Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, en su Disposición transitoria primera establece: "1. En el plazo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de este Decreto ley, los municipios de más de 5.000 habitantes y las capitales de comarca tienen que disponer de la representación gráfica de sus tramas urbanas consolidadas (TUC) de acuerdo con lo que establece este Decreto ley. Mientras tanto se mantiene la vigencia de las tramas urbanas consolidadas (TUC) anexas al Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el cual se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, así como de las delimitaciones de tramas posteriores aprobadas mediante la correspondiente Orden del consejero de Innovación, Universidades y Empresa. 2. Transcurrido el plazo de seis meses a que hace referencia el apartado 1, la dirección general competente en materia de urbanismo puede efectuar de oficio la primera delimitación de las tramas urbanas consolidadas (TUC), o la modificación de las existentes para ajustarse a lo que establece este Decreto ley, previa información pública durante el plazo de un mes y audiencia por igual plazo en el **ayuntamiento** correspondiente. En este procedimiento tiene que constar el informe de la dirección general competente en materia de comercio, el cual es vinculante si es desfavorable. 3. A partir de la entrada en vigor de este Decreto ley, para los **ayuntamientos** que no tengan delimitada su trama urbana consolidada (TUC) y hasta que no la hayan grafiado, se considera que ésta viene delimitada por la zona constituida por los asentamientos de naturaleza compleja que configuran el casco histórico y los suyos ensanchas".

Siguiendo con lo establecido en la citada Disposición transitoria primera del citado Decreto-ley, y en los términos previstos en su artículo 8.2, el 24 de abril de 2010 el **Ayuntamiento** de Mataró promovió la modificación de la trama urbana consolidada con la incorporación del frente marítimo del sureste, sector Ivecorenfe y parte del sector Rengle.

En el expediente administrativo obra la información necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado Decreto- ley por estos dos sectores. Pero, dado que la propuesta de modificación de



la trama urbana de Mataró con la incorporación de otros sectores no alcanzaba el sector en el que se ubica el centro comercial Mataró Park, no se contiene en el mismo ninguna información al respecto.

Siendo que una de las condiciones que debe cumplir la trama urbana consolidada es su integración en una zona de uso residencial predominante en la que se admite el uso comercial, ninguno de los extremos de la prueba pericial practicada a instancia de la parte actora versa, directamente, sobre ello. Así, tras indicarse en el apartado de consideraciones previas del informe pericial, que el centro comercial Mataró Park se encuentra situado en la periferia del núcleo urbano, en su extremo 4 se refiere, sin ninguna precisión, que en el planeamiento urbanístico vigente no ejecutado el uso residencial previsto en ese sector es el unifamiliar, sin ninguna referencia al cumplimiento de lo establecido en el artículo 7.1.d) para las áreas residenciales unifamiliares, que han de ser contiguas a los asentamientos o a las áreas a que hacen referencia sus letras a), b) y c), ni a la ordenación urbanísticas detallada aprobada y vigente, para en el 5 añadir que la integración del centro comercial con la trama urbana de Mataró resulta evidente en lo referente al transporte público, información totalmente insuficiente para el fin pretendido por la parte actora.

Luego, no quedando acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos para la modificación de la trama urbana consolidada de Mataró con la integración del centro comercial Mataró Park, procede rechazar el primer motivo de impugnación".

C) Por último, en los Fundamentos Cuarto y Quinto, la sentencia rechaza la pretensión subsidiaria, que se basaba en la consideración de que la norma de delimitación de la TUC debería de ser inaplicada, por ser contraria al Derecho de la Unión Europea:

"Defiende la parte actora que la norma de delimitación de la trama urbana consolidada y de la zona exterior, prohibida para el establecimiento de grandes establecimientos comerciales territoriales, debería ser inaplicada por ser contraria al Derecho de la Unión Europea, en concreto el artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, y la decisión administrativa objeto del recurso, a cuya aplicación sirve, vulnera el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea e infringe el artículo 15.2 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, pues la exclusión del centro comercial Mataró Park de la trama urbana consolidada y la consiguiente prohibición de ampliación del gran establecimiento comercial territorial, no cumple dos condiciones que son imprescindibles para que la restricción sea legítima a la luz del Derecho europeo, de ser necesaria y resultar proporcionada.

El artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, dispone: "Los grandes establecimientos comerciales territoriales pueden implantarse únicamente en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 50.000 habitantes o los asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Por reglamento, deben concretarse las características que han de concurrir para considerar un municipio como asimilable a uno de más de 50.000 habitantes. Excepcionalmente, estos establecimientos pueden implantarse fuera de la trama urbana consolidada cuando concurren las circunstancias previstas en el apartado a) y b) del punto 3 de este artículo, siempre que se justifique también la conexión al transporte público interurbano".

El artículo 15.2 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, que se dice vulnerado por el Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, dispone:

"Los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de los siguientes requisitos no discriminatorios: a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad; d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad; e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar; h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos".

Sobre la vulneración por el artículo 9.4 del Decreto-ley de constante cita 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, ya ha tenido ocasión de manifestarse esta Sala y Sección en la sentencia de número 876/2003, de 30 de diciembre, dictada en el recurso tramitado con el número 164/2011, y en la sentencia número 46/2014, de 23 de enero, dictada en el recurso también tramitado en esta Sala y Sección con el número 165/2011, que remite a la anterior, rechazando esa vulneración.



En el fundamento de derecho segundo de la primera de las resoluciones citadas se recoge:

"Debe examinarse en primer lugar la cuestión relativa a la vulneración de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que incorpora parcialmente al Derecho interno las disposiciones de la expresada Directiva.

Esta Sala, mediante Providencia de 30 de septiembre de 2013, oyó al Ministerio Fiscal y a las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, por la posible contradicción del artículo 7º, en relación con el artículo 9º, ambos del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, con los artículos 149.1, apartados 1 y 13, de la Constitución y 4 a 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Se fundamentaba este planteamiento, entre otros extremos que resultan de la citada Providencia, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011, que declaró que el artículo 4.1 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre -que es el precedente del actual artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009-, era contrario al Derecho comunitario, en cuanto prohibía la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios. Una vez incorporada la Directiva al Derecho interno, mediante la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, el conflicto se planteaba entre la ley autonómica y la ley básica estatal, lo que podía justificar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Pues bien, una vez analizadas las alegaciones de las partes sobre este particular, debe concluirse que la cuestión propuesta no supera el juicio de relevancia que justifique el planteamiento de la misma ante dicho Alto Tribunal. En efecto, el Título II del Decreto-ley 1/2009 contiene cuatro artículos. El artículo 7º define el concepto y contenido de la trama urbana consolidada de cada municipio, a los efectos de ordenación comercial. El artículo 8º establece el procedimiento de delimitación de dicha trama urbana consolidada. El artículo 9º establece los parámetros de localización y ordenación del uso comercial, en tanto que el artículo 10º regula la incidencia de los criterios de localización comercial sobre el planeamiento urbanístico.

Sólo las previsiones del artículo 9º del Decreto-ley 1/2009 podrían resultar contrarias a las normas básicas contenidas en la Ley 17/2009, que regulan el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y ello en la medida en que dicho precepto contiene las limitaciones aplicaciones en los diversos ámbitos territoriales respecto de la implantación de superficies comerciales. Ahora bien, este precepto no resulta aplicable de forma directa en el presente caso, en que la resolución administrativa impugnada se ha limitado a delimitar la trama urbana consolidada del municipio de Sant Pere de Ribes, en aplicación de los artículos 7 y 8 del Decreto-ley 1/2009, pero no ha hecho aplicación concreta de ninguna de las limitaciones contenidas en el artículo 9 del citado cuerpo legal.

El establecimiento y delimitación de la trama urbana consolidada de un municipio, como instrumento de ordenación comercial, no contraviene en sí misma la libre prestación de servicios, en los términos en que viene regulada en la Ley 17/2009. El conflicto podrá producirse en el futuro, cuando se proceda al otorgamiento o denegación de las licencias comerciales que puedan solicitarse, lo que se producirá en aplicación del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009. Será en tal momento cuando deba plantearse, en su caso, la compatibilidad de este precepto con la normativa básica contenida en la Ley 17/2009.

Por todo ello, debe descartarse el planteamiento en este momento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 7 del Decreto-ley 1/2009. Por los mismos razonamientos, debe desestimarse el primero de los motivos de impugnación que articula la recurrente".

En la determinación de la procedencia o no de la modificación de la trama urbana consolidada de Mataró con la incorporación del Centro Comercial Mataró Park, tampoco resulta de aplicación de forma directa lo establecido en el artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre.

(...) El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone:

"En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales".



En la delimitación o modificación de una trama urbana consolidada no resulta de aplicación, de forma directa, lo establecido en el artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de constante cita. Las dudas que sobre la adecuación del citado precepto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 49 prohíbe al establecimiento de cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento, tampoco alcanzan a la resolución del presente proceso.

Rechazados todos los motivos de impugnación procede desestimar el recurso".

TERCERO .- Contra esta sentencia ha interpuesto la entidad recurrente, General de Galerías Comerciales, S. A. recurso de casación, en el cual esgrime un único motivo de impugnación, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), considerando, en concreto, infringido el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), aprobado por la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, así como el artículo 15.2 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a servicios en el mercado interior (DS).

Expone la recurrente que ambas normas son de aplicación directa, así como relevantes, para juzgar sobre la legalidad de la delimitación de la TUC, tratándose de un problema de limitación de la libertad de establecimiento y del ejercicio de una actividad de servicio, dejando fuera al Centro Comercial, y tratándose de una limitación que no resulta necesaria y sí desproporcionada.

La recurrente recuerda la antigua Ley de Cataluña 18/2005, de 27 de diciembre —y, en concreto su artículo 4.1—, sobre la que recayó la STJUE de 21 de marzo de 2011 (C-400/08 , Comisión contra España), que señaló que el Reino de España había vulnerado las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (TCE). Tras ello, continúa exponiendo que el Decreto-Ley (DL) 1/2009, de 22 de diciembre, sobre Ordenación de equipamientos comerciales de Cataluña, contiene un nuevo intento de restricción drástica de la libertad de implantación y ampliación de grandes centros comerciales. En concreto, se cita el artículo 9.4 del DL que, según expresa, impone el principio de prohibición de este tipo de establecimientos en municipios de menos de 50.000 habitantes, que no sean capital de comarca, salvo que se ubiquen en la TUC.

Pues bien, añade la recurrente, en la delimitación de la TUC de Mataró, el establecimiento de su propiedad ha quedado fuera de la citada TUC, aunque es colindante con la misma. Y considera que, según la sentencia de instancia, la conformidad o disconformidad del DL con la normativa europea, solo surgirá cuando en su aplicación se otorgue o deniegue la licencia comercial, no dando respuesta a la cuestión suscitada, pues, no tiene ningún sentido una espera cuya conclusión será la denegación de la licencia, exponiendo que la falta de aplicación de ambas normas (TFUE y DS), que eran de aplicación de conformidad con la jurisprudencia comunitaria que cita, es la causa que ha conducido derechamente al fallo desestimatorio, ya que la obligación de la Sala de instancia era haber desplazado la normativa catalana, aplicando directamente las normas europeas de precedente cita.

Insiste en que el artículo 9.4 del DL de Cataluña vulnera el TFUE y la DS, ya que ésta se propone ampliar y proteger la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, citando, en concreto, el artículo 15.2 que impone a los Estados miembros el deber de examinar si sus Ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de una serie de requisitos, entre ellos a ningún límite territorial; pues bien, según expone, la exclusión del Centro Comercial Mataró Park y su imposibilidad de ampliación no cumple dos de las condiciones para ello previstas en el artículo 15.2, por cuanto la limitación establecida ni (1) es necesaria, ni (2) resulta proporcionada.

La (1) innecesariedad la extrae la entidad recurrente de la citada STJUE de 24 de marzo de 2011, en relación con la anterior Ley de Cataluña 18/2005 (artículo 4.1), precedente del actual artículo 9.4 del vigente DL de Cataluña; la recurrente concreta, cita y glosa los apartados más significativos de la STJUE, que había acompañado con la demanda formulada en la instancia, y que, según expone, constituían los razonamientos por los que el artículo 4.1 de la Ley 18/2005 fue declarado contrario al Derecho comunitario, y, que, ahora, deberían servir para hacer la misma declaración en relación con el artículo 9.4 del DL de Cataluña. Además, así lo reconoció la Autoridad Catalana de la Competencia en su Informe IR 8/2010, de 29 de julio, que, en parte, reproduce. Por último, señala que, para adoptar tal decisión —acogiendo el Recurso de casación formulado— no resulta preciso el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, de conformidad con la doctrina del *acto claro* y del *acto aclarado*.

Por otra parte (2) la recurrente señala que la delimitación de la TUC, con sus secuelas, no resulta proporcionada en ningún caso.



CUARTO .- Pese a que hemos recogido la sentencia de instancia casi en su integridad, para una mejor comprensión del alcance del conflicto allí suscitado, a la vista del ámbito del único motivo de casación esgrimido, debemos comenzar delimitando el ámbito del presente recurso de conformidad con el planteamiento de la recurrente.

La recurrente ha abandonado en casación la cuestión —principal en la instancia— relativa a la concurrencia de los requisitos precisos para ubicar el Centro comercial en el ámbito de la TUC de Mataró, habiéndose centrado, exclusivamente, en el aspecto que en la instancia consideró como subsidiario, pero, sin duda, de mayor trascendencia, cual es el relativo a la posibilidad de introducir limitaciones a los establecimientos comerciales —en concreto, a través del DL 1/2009 de Cataluña— una vez que entraron en vigor el artículo 49 del TFUE y la Directiva de Servicios. En concreto, la recurrente solicitaba en el escrito de demanda, en primer lugar, que se "Acuerde enviar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial de interpretación del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 15.2 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, con el alcance precisado más arriba". Más en concreto, las preguntas a las que hacía referencia en el escrito de demanda la entidad recurrente, para ante el TJUE, consistían, en síntesis:

a) Si la expresada libertad de establecimiento era violada por "una normativa nacional que prevea la delimitación de la Trama Urbana Consolidada y condicione la autorización de implantación y ampliación de grandes establecimientos comerciales que se proyecten o se encuentre instalados en esa trama de algunos municipios, prohibiendo la implantación en el resto y la ampliación de los centros instalados fuera de dicha trama".

b) Y, por otra parte, si "puede considerarse causa legitimadora de la ampliación de los centros comerciales existentes incluso aledaños a la Trama Urbana Delimitada en un municipio de más de 50.000 habitantes las razones urbanísticas, de ordenación del territorio, de protección del paisaje o del patrimonio histórico artístico o cualquiera otra de las aceptadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o por el artículo 15.2 de la Directiva 2006/123/CE".

En realidad, la Sala de instancia no resolvió la cuestión, por cuanto consideró que el conflicto suscitado sólo podía resolverse tras una concreta actuación administrativa en relación con una, también concreta, licencia solicitada, más no con anterioridad, y a la vista exclusivamente de la normativa europea de precedente cita. Como sabemos, la sentencia de instancia señaló que "El establecimiento y delimitación de la trama urbana consolidada de un municipio, como instrumento de ordenación comercial, no contraviene en sí misma la libre prestación de servicios, en los términos en que viene regulada en la Ley 17/2009". Y advertía, a continuación, sobre lo que pudiera acontecer con posterioridad: "El conflicto podrá producirse en el futuro, cuando se proceda al otorgamiento o denegación de las licencias comerciales que puedan solicitarse, lo que se producirá en aplicación del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009. Será en tal momento cuando deba plantearse, en su caso, la compatibilidad de este precepto con la normativa básica contenida en la Ley 17/2009". Por ello, consideraba que no era el momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión que se le solicitaba: "Por todo ello, debe descartarse el planteamiento en este momento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 7 del Decreto-ley 1/2009".

Efectivamente, tales conclusiones las alcanza la sentencia de instancia reproduciendo lo que había afirmado con anterioridad en sus STSJ de 30 de diciembre de 2013 (RCA 164/2011) y 23 de enero de 2014 (RCA 165/2011). En las mismas se expone como se procedió a oír "al Ministerio Fiscal y a las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, por la posible contradicción del artículo 7º, en relación con el artículo 9º, ambos del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, con los artículos 149.1, apartados 1 y 13, de la Constitución y 4 a 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio". Sin embargo, como ya hemos expuesto la Sala de instancia no consideró procedente tal planteamiento: "Pues bien, una vez analizadas las alegaciones de las partes sobre este particular, debe concluirse que la cuestión propuesta no supera el juicio de relevancia que justifique el planteamiento de la misma ante dicho Alto Tribunal".

QUINTO .- La evolución normativa y jurisprudencial —de momento inacabada— acaecida, en distintos niveles normativos, tiene una evidente incidencia en la resolución del supuesto que nos ocupa:

1º . La **Ley de Cataluña 18/2005, de 27 de diciembre, de Equipamientos comerciales** —que derogó la anterior Ley 17/2000, del 29 de diciembre, de Equipamientos comerciales— reguló en su artículo 4 la "*Localización de los grandes establecimientos comerciales*", señalando en los apartados del precepto que aquí nos conciernen, lo siguiente:



"1. Los grandes establecimientos comerciales, individuales o colectivos, solo pueden implantarse en las tramas urbanas consolidadas de los municipios que son capitales de comarca o que tienen una población superior a los 25.000 habitantes o asimilables por motivo de flujos turísticos, de acuerdo con las determinaciones del Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales.

(...) 3. Para determinar qué se entiende por trama urbana consolidada deben tenerse en cuenta las áreas donde, de acuerdo con el planeamiento urbanístico vigente, reside la población mayoritariamente, la continuidad de edificios residenciales plurifamiliares y las tramas comerciales insertadas con los usos residenciales.

4. A los efectos de lo que establece la presente Ley, hay que delimitar gráficamente el perímetro correspondiente a las tramas urbanas consolidadas de todos los municipios de más de 25.000 habitantes y de las capitales de comarca.

Estas delimitaciones perimetrales deben incluirse como un anexo del Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, previo informe a los **ayuntamientos** de los términos municipales afectados ...".

El conflicto que nos concierne tiene su origen en esta primera norma, **anterior** a la DS de 2006, y sobre la que pronunció el TJUE **después** de su entrada en vigor (STJUE de 21 de marzo de 2011). Por ello, antes de proceder al examen del contenido de la citada STUE debemos recordar la situación normativa en la que tal pronunciamiento se produce, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor de la DS, pero estándolo el 43 del TFUE:

A) Antes de la publicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, la regulación de la instalación de grandes establecimientos comerciales se contenía en la redacción originaria del artículo 6 de la **Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista**, desarrollada en Cataluña por la **Ley 18/2005, de 27 de diciembre**, de Equipamientos comerciales, y por los **Decretos 378/2006 y 379/2006**, ambos de 10 de octubre. Esta normativa supeditaba dicha implantación a una licencia comercial que se otorgaba en virtud de criterios económicos y comerciales, así como sobre la base de una planificación territorial de los establecimientos comerciales basada en la oferta comercial existente y en la demanda de los consumidores. Fue frente a esta normativa contra la que la Comisión Europea promovió recurso por incumplimiento que se tramitó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recayendo la **STJUE de 21 de marzo de 2011 (C-400/08 , Comisión contra España)**, que declaró el incumplimiento del Reino de España porque el régimen examinado, en la medida que sujetaba la apertura de ciertos tipos de establecimientos comerciales a que la oferta de ese formato comercial no fuese excesiva, había incumplido el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En concreto, y por lo que aquí nos concierne, la impugnación giraba sobre el artículo 4.1 que fue el precepto sobre la que recayó la citada STJUE de 21 de marzo de 2011 (C-400/08 , Comisión contra España), que señaló que el Reino de España había vulnerado las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (TCE).

De tal pronunciamiento jurisdiccional destacamos los siguientes aspectos, contenidos en los párrafos que se citan de la STJUE:

"51. El recurso de la Comisión implica, en lo sustancial, tres imputaciones relativas a la incompatibilidad con el artículo 43 CE de las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales, de los requisitos para la obtención de la licencia comercial específica exigida para la implantación de tales establecimientos y de determinados aspectos del procedimiento de concesión de dicha licencia.

(...) 63. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, el artículo 43 se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse, en particular, las sentencias de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-299/02 , Rec. p. I-9761, apartado 15, y de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia, C-140/03 , Rec. p. I-3177, apartado 27).

64. En este contexto, interesa recordar que el concepto de «restricción» en el sentido del artículo 43 CE las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio intracomunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02 , Rec. p. I-8961, apartado 11, y de 28 de abril de 2009, Comisión/Italia, C-518/06 , Rec. p. I-3491, apartado 64, así como, por analogía, la sentencia de 10 de febrero de 2009, Comisión/Italia, C-110/05 , Rec. p. I- 519, apartado 37).

65. Pertenece a esta categoría, en particular, una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente (véase la sentencia de 1 de junio de 2010 , Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07 y C-571/07 , Rec. p. I- 0000, apartado 54).



66. En el caso de autos, hay que señalar que la normativa controvertida, considerada en su conjunto, insta un régimen de autorización previa que se aplica a cualquier apertura de un gran establecimiento comercial en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

67. Ahora bien, en primer lugar, esta normativa limita las zonas disponibles para la implantación de nuevos establecimientos e impone limitaciones a las superficies de venta que pueden autorizarse para éstos.

68. En segundo lugar, dicha normativa únicamente autoriza los nuevos establecimientos si ello no tiene repercusiones en el pequeño comercio existente con anterioridad.

69. En tercer lugar, establece diversas reglas relativas al procedimiento de concesión de la licencia que pueden tener una repercusión negativa real en el número de solicitudes de autorización presentadas o en el número de licencias concedidas.

70. Por consiguiente, la normativa controvertida, considerada en su conjunto, tiene como efecto obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de operadores económicos de otros Estados miembros, de sus actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña mediante un establecimiento permanente, afectando de ese modo a su establecimiento en el mercado español.

71. El Reino de España admite, además, que dicha normativa implica determinadas restricciones a la libertad de establecimiento.

72. Por lo tanto, procede declarar que la normativa controvertida, considerada en su conjunto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE .

(...) Sobre las justificaciones de las restricciones a la libertad de establecimiento.

Sobre la primera imputación, relativa a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales.

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.

(...) Sobre la segunda imputación, relativa a la exigencia y a los requisitos de obtención de una licencia comercial específica para la apertura de grandes establecimientos comerciales.

93. La Comisión tampoco ha indicado de qué manera la exigencia de obtener una licencia previamente a la apertura de un gran establecimiento comercial va más allá, por sí misma, de lo necesario para alcanzar los citados objetivos.

94. La primera parte de la segunda imputación debe, por consiguiente, desestimarse.

95. En cambio, procede declarar que la obligación, derivada del artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de tomar en consideración, a la hora de conceder tal licencia, la existencia de un equipamiento comercial en la zona correspondiente y los efectos de una nueva implantación sobre la estructura comercial de dicha zona, que es objeto de la segunda parte de la presente imputación, se refiere a la repercusión sobre el comercio ya existente y la estructura del mercado, y no a la protección de los consumidores.

96. Otro tanto puede decirse de la obligación, en el marco del procedimiento de concesión de esa licencia, de elaborar un informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que se exceda un determinado valor de cuota de mercado, obligación que resulta



del artículo 8 de la Ley 18/2005 y de los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006 y que es objeto de la tercera parte de la presente imputación.

97. A este respecto, debe señalarse que estas disposiciones exigen la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir grandes establecimientos comerciales o establecimientos comerciales medianos.

98. Pues bien, tales consideraciones, por ser de carácter meramente económico, no pueden, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 74 de la presente sentencia, constituir una razón imperiosa de interés general.

99. Por consiguiente, procede estimar las partes segunda y tercera de la segunda imputación.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1º. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones:

- el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, por cuanto prohíbe la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios;

- los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, así como el anexo 1 de éste, por cuanto dichas disposiciones limitan la implantación de nuevos hipermercados a un reducido número de comarcas y exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano;

- el artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el artículo 8 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por exigir estas disposiciones la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir nuevos establecimientos comerciales grandes ni medianos, y

- el artículo 26 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por cuanto regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales garantizando la representación de los intereses del comercio minorista ya existente y no contemplando la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores".

Insistimos en que tal pronunciamiento judicial europeo se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2006/123/CE, si bien respecto de una norma (Ley de Cataluña 18/2005, de 27 de diciembre, de Equipamientos comerciales) anterior a la misma.

B) La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a servicios en el mercado interior (DS), por su parte, vino a establecer, como regla general, la libertad de acceso a las actividades de servicio, incluidas las de distribución comercial, pudiendo solo excepcionalmente someter dicho acceso a ciertos requisitos siempre que lo hiciese necesario una razón imperiosa de interés general y no fuese discriminatorio ni desproporcionado.

Para transponer en este punto la citada Directiva al Derecho estatal el Estado aprobó la **Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**, y mediante la **Ley 1/2010, de 1 de marzo, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista**, vino a darse nueva redacción a algunos artículos de esta.

También, como transposición de la Directiva 2006/123/CE, la Generalidad de Cataluña dictó el **Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de equipamientos comerciales**.

2º. El Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña.

Según se expresaba en su Exposición de Motivos con tal regulación se persigue, según la misma afirma, "la adopción de criterios de gestión urbana sostenible ... necesaria con el fin de obtener el mejor partido posible de los beneficios de la proximidad y de la aplicación de estrategias adelantadas de ahorro de recursos, con la finalidad de evitar el incremento de los efectos nocivos sobre el medio ambiente que comportan determinadas implantaciones comerciales periféricas". Y por otra parte, se añade en la misma Exposición de motivos, que "esta adaptación [a la Directiva 2006/123/CE] debe preservar la prosecución de determinados



objetivos fundamentados en razones imperiosas de interés general de tipo urbanístico, medioambiental y de preservación del patrimonio histórico-artístico, que ampara la propia" y también que "hay que introducir una distinción entre los establecimientos comerciales en función de su localización en el territorio, en concordancia con la planificación territorial y urbanística, teniendo en cuenta, especialmente, su incidencia sobre la movilidad, el medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico".

Para cumplir estos objetivos el Decreto-ley 1/2009, establece un concreto régimen de implantación de establecimientos comerciales, dentro del cual, a los efectos de este proceso jurisdiccional, son relevantes los apartados 3 y 4 de su artículo 9, que, en su redacción original, disponían:

"3. Los **medianos establecimientos comerciales y los grandes establecimientos comerciales** sólo pueden implantarse en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 5.000 habitantes o asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Por reglamento, deben concretarse las características que han de concurrir para poder considerar un municipio como asimilable a uno de más de 5.000 habitantes.

Excepcionalmente se pueden implantar también fuera de la trama urbana consolidada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la implantación se produzca dentro de las zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acojan el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales, según el Plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015.

b) Que sea justificada la localización fuera de la trama urbana consolidada de un establecimiento individual y siempre que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

1) El emplazamiento tiene que estar situado en continuidad física con el tejido urbano residencial, que configura la TUC [trama urbana consolidada], sin que pueda estar separado de ésta por ninguna barrera física no permeable significativa.

2) El planeamiento urbanístico ha de admitir el uso comercial con carácter dominante o principal en la parcela donde se pretende implantar el establecimiento comercial.

3) El establecimiento comercial ha de localizarse en parcela aislada con acceso principal desde la calle perimetral a la TUC. Esta calle ha de dar continuidad o complementar la red viaria principal del municipio y facilitar la conexión urbana para peatones y bicicletas desde la zona residencial confrontante.

4) El establecimiento comercial debe estar a una distancia inferior a 200 metros, respecto de la entrada principal, de una parada de transporte público urbano integrado en la red municipal o se ha de prever la instalación de paradas, terminales o estaciones para atender los flujos de público previsibles.

La excepcionalidad a que se refiere el apartado b) puede ser válida también para establecimientos comerciales colectivos, si en el momento de la solicitud de la licencia comercial ya queda definido el proyecto comercial, el cual tiene que cumplir todas y cada una de las características del artículo 5 b), así como el resto de las condiciones de la excepcionalidad mencionada.

Por reglamento se deben detallar las condiciones de estas excepciones.

4. Los **grandes establecimientos comerciales territoriales** pueden implantarse únicamente en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 50.000 habitantes o los asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Por reglamento, deben concretarse las características que han de concurrir para considerar un municipio como asimilable a uno de más de 50.000 habitantes.

Excepcionalmente, estos establecimientos pueden implantarse fuera de la trama urbana consolidada cuando concurran las circunstancias previstas en el apartado a) y b) del punto 3 de este artículo, siempre que se justifique también la conexión al transporte público interurbano".

(Es, en relación con estos iniciales apartados respecto de los que tendremos que pronunciarnos en el presente recurso de casación, a la vista del motivo planteado por la entidad recurrente, y, en consecuencia, tendremos que comprobar su ajuste a la normativa comunitaria de precedente cita, sin perjuicio de que dichas normas ---como veremos a continuación--- fueran modificadas con posterioridad ---tras la entrada en vigor de la DS---, para luego, tras la anulación constitucional de la norma derogatoria de la iniciales normas, en un alarde y exhibición de "reviviscencia jurídica", recobrar de nuevo vigencia, si bien sometidos --- ahora--- los citados apartados a una suspensión parcial que, una vez examinada por el Tribunal Constitucional, también ha sido anulada.



Como era de esperar ---no podía ser de otra forma--- por parte del Estado ha sido aprobada la Ley 18/2014, de 15 de octubre, sobre Aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, por la que se ha modificado el artículo 6 de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, y, a continuación, la Generalidad de Cataluña ha dictado el Decreto Ley 7/2014, de 23 de diciembre, por el que ha procedido a la derogación de los apartados 3.b) y 4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña ---de aplicación al supuesto de autos---.

Obviamente ---y como tampoco podía ser de otra forma--- ambas normas, estatal y autonómica se encuentran ---otra vez más--- pendientes de recursos ante el Tribunal Constitucional: El Decreto-Ley autonómico a través del Recurso de inconstitucionalidad 5272/2015 ---habiéndose suspendido su eficacia por los AATC 63/2015, de 17 de marzo y 41/2016, de 16 de febrero ---, y, la Ley estatal a través de los Recursos de inconstitucionalidad 283 y 297/2015).

De la originaria normativa de 2009 ---de aplicación al supuesto de autos---, y de su posterior y compleja evolución ---cuyo contenido vamos a intentar desarrollar---, hasta llegar a su ---de momento--- redacción vigente contemplada en el Decreto Ley 7/2014, de 23 de diciembre ---pese a su suspensión constitucional---, vamos a extraer la conclusión ya anunciada de la existencia de argumentos suficientes para acoger el único motivo del Recurso de casación, y a la estimación del Recurso Contencioso administrativo).

3º. Efectivamente, la Ley de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la actividad económica de Cataluña ---una vez conocida la STJUE de 21 de marzo de 2011 (C-400/08 , Comisión contra España)--- modificó los apartados 3 y 4 del artículo 9 del anterior Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, y, por tanto, dicha modificación fue adoptada con posterioridad a la Resolución frente a la que se dedujeron las pretensiones en la instancia, que, recordamos, fue dictada por el Director General de Urbanismo de la Generalidad de Cataluña en fecha de 10 de marzo de 2011 (anterior, incluso, a la STJUE).

A) Esto es, el Decreto-ley 1/2009 fue parcialmente modificado por el capítulo V del título II de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la actividad económica. El preámbulo de esta Ley comienza razonando que "[l]a reactivación de la actividad económica es uno de los objetivos de la IX legislatura, que, de acuerdo con el Plan de Gobierno 2011-2014, se alcanzará con la revisión y actualización de determinados aspectos de la estructura del tejido productivo catalán, así como con el establecimiento de mecanismos de agilización e impulso de la actividad emprendedora". Más adelante, por lo que hace a las modificaciones que inciden en el Decreto-ley 1/2009, señala que "[e]l capítulo V [del título II] modifica el Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales, para introducir mejoras en la regulación que ayuden a incrementar la actividad comercial, y revisa las previsiones sobre la implantación de medios y grandes establecimientos comerciales y de establecimientos comerciales individuales y colectivos con el fin de potenciar el comercio interior y el mercado de trabajo con relación a los municipios".

Pues bien, una de las medidas orientadas al cumplimiento de estos fines es el artículo 114 que, impugnado por el Presidente del Gobierno a través del Recurso de Inconstitucionalidad 5491/2012, dio lugar a la **STC 193/2013, de 21 de noviembre** ; lo impugnado, en concreto, en este proceso fue la nueva redacción dada --- por la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la actividad económica--- a los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre , cuyo tenor es ---tras la reforma--- el siguiente:

"3. Los **medianos establecimientos comerciales y los grandes establecimientos comerciales** sólo pueden implantarse en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 5.000 habitantes o asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Se entiende por municipio asimilable a uno de más de 5.000 habitantes el que dispone de una población equivalente a tiempo completo anual (ETCA) superior a esta cantidad, según los últimos datos oficiales del Instituto de Estadística de Cataluña (Idescat).

Excepcionalmente, los medianos establecimientos comerciales y los grandes establecimientos comerciales pueden implantarse también fuera de la trama urbana consolidada si la implantación se produce dentro de las zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acogen el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales según el plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015.

4. Los **grandes establecimientos comerciales territoriales** pueden implantarse únicamente en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 50.000 habitantes o los asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Se entiende por municipio asimilable a uno de más de 50.000 habitantes el que dispone de una población equivalente a tiempo completo anual (ETCA) superior a esta cantidad, según los últimos datos oficiales del Instituto de Estadística de Cataluña (Idescat)".



B) La citada **STC 193/2013, de 21 de noviembre**, resolviendo el Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno, declaró inconstitucionales y nulos los antes trascritos apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, en la redacción dada a los mismos por el citado artículo 114 de la Ley de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la actividad económica de Cataluña.

Si bien se observa, lo que realiza la STC de referencia es una comparación entre la redacción originaria del Decreto Ley 1/2009, y la redacción posterior introducida en el mismo por el artículo 114 de la Ley 9/2011, llegando a la conclusión de que ambas limitaciones son distintas. Así se expresa la STC en su Fundamento Jurídico Sexto:

"La disposición autonómica objeto de este proceso constitucional, que es la nueva redacción de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009 incorporada por el art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, contiene, por tanto, una limitación a la libre instalación de ciertos formatos de distribución comercial, concretamente los que el art. 6 del Decreto-ley 1/2009 denomina medianos establecimientos comerciales, grandes establecimientos comerciales y grandes establecimientos territoriales, los cuales solo podrán implantarse dentro de la trama urbana consolidada de los municipios que superen un umbral de población, salvo los medianos y grandes establecimientos comerciales, que además podrán instalarse en el interior de las zonas de acceso restringido de algunas estaciones ferroviarias, puertos y aeropuertos.

Esta limitación es distinta de la que imponía la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 de Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, en dos elementos relevantes. De un lado, los requisitos que prevé el precepto impugnado, considerados en su conjunto como lo ordena el art. 6.2 de la Ley de ordenación del comercio minorista, configuran un régimen sustancialmente más restrictivo. En efecto, la regulación aprobada en 2009, y no la actual que es objeto de impugnación, permitía, con ciertas condiciones, la instalación de un establecimiento comercial de los antes mencionados en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada. Esta excepción a la necesidad de localizar estos tipos de centro comercial dentro de la trama urbana consolidada ampliaba notablemente sus posibles emplazamientos, debiendo destacar que dicha extensión alcanzaba a áreas que, por estar fuera de la trama urbana consolidada aunque fueran contiguas a ella, se adecuaban especialmente a alojar estos tipos de centros comerciales caracterizados por su gran tamaño. La supresión de esta excepción por el precepto impugnado supone que el régimen de instalación de establecimientos comerciales que contiene implica una restricción adicional muy relevante para los formatos de distribución comercial calificados como establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales, en la medida en que por su tamaño no encuentran acomodo dentro de la trama urbana consolidada del municipio o, de hallarlo, lo hacen en condiciones radicalmente más gravosas que coadyuvan a desincentivar estas modalidades de distribución comercial.

De otro lado, a juzgar por las razones que aporta el legislador en la parte expositiva de ambas normas, los objetivos a que sirven las limitaciones previstas en la regulación de 2009 y las recogidas en la normativa de 2011 no son los mismos. En efecto, la exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009, que ha quedado transcrita ut supra, hasta en tres ocasiones conecta los requisitos que impone a la localización de los establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales con fines urbanísticos, de ordenación territorial y protección ambiental. Por el contrario, la disposición autonómica impugnada es aprobada en el seno de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica de Cataluña, cuyo preámbulo, en los términos transcritos también ut supra, no relaciona en ningún momento el nuevo régimen de instalación de establecimientos comerciales con los objetivos indicados sino con otros de carácter eminentemente económicos, lo que determina su falta de adecuación y justificación y desemboca en el reconocimiento de su inconstitucionalidad como examinaremos a continuación.

Realizada dicha comparación entre ambas redacciones la STC llega a la conclusión de que la modificación introducida en la misma por la Ley de 2011

"... contradice de modo manifiesto la legislación básica de contraste integrada por los arts. 6 de la Ley de ordenación del comercio minorista y 11 de la Ley 17/2009, y en su consecuencia vulnera de un modo mediato o indirecto el reparto constitucional de competencias que delimita el art. 149.1.13 CE en relación con el art. 121.1 d) EAC, lo que determina su inconstitucionalidad, ya que la contradicción con las bases estatales se produce por la imposición de un determinado requisito poblacional (más de 5.000 habitantes o más de 50.000 habitantes, según el tipo de establecimiento comercial) junto con la limitación adicional introducida por el art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, al modificar el art. 9 del Decreto-ley 1/2009 y suprimir la posibilidad de instalar establecimientos comerciales de gran tamaño en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada, sin que estas restricciones se hayan justificado por el legislador más que por razones económicas".



Para analizar la situación —esto es, si la modificación de 2011, que era exclusivamente la allí enjuiciada, resultaba compatible con la legislación básica de contraste antes citada— el Tribunal Constitucional expone cual sería el test de constitucionalidad (Fundamento Jurídico Séptimo), exigiendo, a tal efecto, que "los requisitos a que somete el art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011 la localización de establecimientos comerciales, que son de carácter cuantitativo o territorial por estar relacionados con el tamaño del centro comercial, el lugar de instalación dentro del municipio y la población de éste, atiendan «conjuntamente» (art. 6.2 de la Ley de ordenación del comercio minorista) a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico".

La respuesta que da el Tribunal Constitucional lo es —en el sentido que conocemos— con base en la anterior doctrina establecida en la STC 26/2012, de 1 de marzo, resolviendo una cuestión análoga, si bien en relación, entonces, con el artículo 14.1 de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de Ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears, esto es, por cuanto, tampoco allí, en relación con dicho precepto, se aportaba "razón alguna para justificar las limitaciones que introduce en la implantación de establecimientos comerciales y que se traducen en la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes de la población en la que pretendieran ubicarse".

No obstante lo anterior, la STC de precedente cita (STC 193/2013, de 21 de noviembre) perfila el ámbito de su doctrina (establecida en la STC 26/2012, de 1 de marzo), antes de analizar el supuesto concreto, señalando:

"No significa tal pronunciamiento que someter la ubicación de un centro comercial a requisitos conectados con su tamaño o con la población del municipio sea en todo caso incompatible con el art. 6 de la Ley de ordenación del comercio minorista y el art. 11 de la Ley 17/2009. Muy al contrario, como también reconoció la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011, tales condicionantes parecen en hipótesis medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación territorial y protección del medio ambiente que tanto la normativa europea como la legislación estatal básica configuran como razones imperiosas de interés general.

Lo que supone la doctrina expresada por la STC 26/2012 es que el Tribunal considera necesario que, dado que se trata de una excepción a la regla general de la libertad de acceso a una actividad de servicio como es la distribución comercial, el legislador autonómico aporte razones que justifiquen que los requisitos a que sujeta la localización de ciertos formatos de establecimiento comercial atienden conjuntamente a dichos objetivos de ordenación territorial y protección ambiental, y no a otros que están prohibidos por predominar en ellos connotaciones económicas".

Pues bien, tras ello, la cuestión concreta —relativa a los apartados 3 y 4 del artículo 9, según la redacción dada a los mismos por la Ley de 2001— es resuelta en los siguientes términos estimatorios, ya que "lo relevante es que esa nueva regulación prevé un régimen de instalación de medios y grandes establecimientos comerciales y de grandes establecimientos territoriales que, considerado conjuntamente, es distinto y sustancialmente más restrictivo de la libertad de acceso a la actividad de distribución comercial que el contemplado originariamente en los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009. Es por ello que era imprescindible que el legislador catalán diese razones suficientes de porqué la consecución de los objetivos urbanísticos, de ordenación territorial y protección ambiental descritos en la exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009 hacía necesario una limitación más intensa del libre acceso a la actividad de distribución comercial que la ya establecida por la redacción inicial de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009. En otras palabras, el legislador catalán que aprobó el art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, a diferencia del que sancionó la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, no exterioriza ninguna motivación orientada a justificar que las mayores restricciones que ahora se imponen coadyuven proporcionadamente al logro de una gestión urbana sostenible, ciñéndose a conectarlas en general con la reactivación económica y en particular con el incremento de la actividad comercial, motivos ambos que por ser de clara índole económica no resultan acordes con los criterios fijados por la normativa básica del Estado".

(Debemos advertir que, encontrándose las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fue la entidad recurrente quien aportó a los autos —5 de noviembre de 2014— copia de la STC 193/2013, de 21 de noviembre, a la que acabamos de referirnos, y que, días después (19 de noviembre de 2014) fue la Generalidad de Cataluña quien puso en conocimiento de la Sala la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público —en concreto, de su Disposición Adicional Vigésimo Séptima—, quedando ambos documentos unidos a las actuaciones).

4º. La Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público (Disposición Adicional Vigésimo Séptima), ha declarado vigentes los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-



ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, en su redacción originaria (esto es, anterior a la redacción dada a los mismos por el artículo 114 de la Ley de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la actividad económica de Cataluña, y declarados inconstitucionales por la STC 193/2013, de 21 de noviembre).

Dicho de otra forma, que la norma que constituía —y sigue constituyendo— el parámetro legal de referencia en nuestro litigio —para comprobar la legalidad de la actuación impugnada en la instancia (apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña)—, y que (1) había sido derogada por la Ley de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre —que dio nueva redacción a los citados apartados—, una vez que esta nueva redacción fue anulada por la STC 193/2013, de 21 de noviembre, volvió (2) a cobrar vigencia en virtud de la publicación de la Ley de Cataluña 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público (Disposición Adicional Vigésimo Séptima), pero (3) la vigencia de esta lo fue —en determinados aspectos (disposición transitoria octava)— por poco tiempo, por cuanto una nueva STC —73/2016, de 14 de abril de 2016 — ha tenido incidencia respecto de la misma.

5º. La STC 73/2016, de 14 de abril, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria octava de la Ley 2/2014, que dispuso en su primer inciso, que "en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno debe presentar al Parlamento un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse". *El segundo inciso añade:* "Mientras no se apruebe este proyecto de ley queda suspendida la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3.b y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales".

Por lo que luego diremos, debemos reproducir lo expuesto por el Tribunal Constitucional (Fundamentos Quinto y Sexto) en relación con la citada norma determinante de la reviviscencia del Decreto Ley 1/2009, teniendo en cuenta que, si bien la exposición que vamos a reproducir lo es en relación con los efectos suspensivos de la disposición transitoria octava impugnada, no obstante de su atenta lectura se deduce una continuidad en la doctrina constitucional sobre la idea esencial de que cualquier restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales que, en cuanto tal, debe estar justificada en razones imperiosas de interés general:

5. Las SSTC 26/2012, de 26 de 1 marzo, FJ 5, y 193/2013, FJ 3, han declarado el carácter formal y materialmente básico, ex art. 149.1.13 CE, del art. 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que incorpora a nuestro ordenamiento 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. También del art. 6 LOCM, en la redacción dada por las Leyes 17/2009 y 1/2010, de 1 de marzo. Señalan a este respecto: "Ninguna duda cabe de que las normas que se han expuesto tienen carácter básico desde un punto de vista formal pues ya hemos indicado que como tales se proclaman en la Ley de ordenación del comercio minorista y en la Ley 17/2009 mientras que, desde la perspectiva material, pueden ser consideradas previsiones básicas en materia económica".

Tales preceptos establecen un marco de límites al que debe ajustarse toda regulación autonómica sobre acceso a (o ejercicio de) una actividad de servicios, en general, y sobre apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales, en particular. A los efectos de este proceso, basta subrayar uno de tales límites, convenientemente indicado en el recurso de inconstitucionalidad: la fijación de cualesquiera requisitos, condiciones o restricciones a ese acceso o ejercicio debe justificarse en razones imperiosas de interés general, como la protección del medio ambiente, la ordenación de territorio o la conservación del patrimonio histórico y artístico; en ningún caso en fines económicos, como garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores.

La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, ha dado una nueva redacción al art. 6 LOCM. El precepto somete a más condiciones aquellas restricciones a la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales. Este Tribunal ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad núms. 283-2015 y 292-2015, que plantean -entre otras- la impugnación de esta nueva redacción por posible vulneración de las competencias estatutarias en materia de comercio interior con extralimitación en el ejercicio de las atribuciones que el art. 149.1.13 CE otorga al Estado.

Para resolver la impugnación formulada en este proceso no es preciso adelantar un juicio sobre si la nueva redacción del art. 6 LOCM constituye, en su conjunto, un ejercicio legítimo de la competencia estatal sobre las bases de la ordenación de la economía. Como después se verá, para dar respuesta al recurso bastará



tomar en consideración uno solo de los parámetros de control, de entre los múltiples que establece el precepto: la exigencia de una justificación basada en razones imperiosas de interés general de cualesquiera restricciones a la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales. Los mencionados recursos de inconstitucionalidad discuten otros pormenores del nuevo art. 6 LOCM, pero no la señalada exigencia, presente ya en la anterior redacción, que resulta igualmente del art. 11 de la Ley 17/2009 y respecto de la que este Tribunal ha declarado ya su carácter materialmente básico (SSTC 26/2012, FJ 5, y 193/2013, FJ 3).

6. La disposición transitoria octava de la Ley catalana 2/2014 suspende "la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3 b) y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales". Ello equivale a una prohibición de que se implanten fuera de las tramas urbanas consolidadas establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m², con una sola excepción: si tales establecimientos no alcanzan los 2.500 m², puede llegar a admitirse su implantación en "zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acojan el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales según el Plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015" [art. 9.3 a) del Decreto-ley 1/2009].

La disposición impugnada constituye así, sin duda alguna, una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales que, en cuanto tal, debe estar justificada en razones imperiosas de interés general. Como consecuencia de ella sigue virtualmente suprimida la posibilidad de que estos establecimientos comerciales se ubiquen en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada. Como declaró la STC 193/2013, FJ 4, ello supone "una restricción adicional muy relevante para los formatos de distribución comercial calificados como establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales, en la medida en que por su tamaño no encuentran acomodo dentro de la trama urbana consolidada del municipio o, de hallarlo, lo hacen en condiciones radicalmente más gravosas que coadyuvan a desincentivar estas modalidades de distribución comercial".

La Ley controvertida no exterioriza motivo alguno para limitar tan fuertemente la implantación de establecimientos comerciales de más de 800 m². La exposición de motivos y la disposición transitoria octava nada dicen a este respecto. La única mención de "razones imperiosas de interés general" es la incluida en la disposición adicional vigésima séptima, que al declarar vigente la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, se remite expresamente a las "detalladas" en "su exposición de motivos". La Ley controvertida se refiere de este modo a las razones aducidas para justificar un régimen que admite la implantación de establecimientos comerciales fuera de las tramas urbanas consolidadas en una serie de casos, pero no a la disposición transitoria octava, que -al suspender la vigencia de ese régimen de excepciones- restringe fuertemente la libertad de apertura de establecimientos comerciales.

La disposición impugnada presenta esta restricción como provisional; estará vigente "mientras no se apruebe" "un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse". Se está ante una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales sin que su afirmada provisionalidad libere en modo alguno al legislador catalán de la exigencia de apoyarla en razones imperiosas de interés general debidamente justificadas.

Al establecer una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales con ausencia de todo razonamiento, el legislador autonómico ha contradicho frontalmente el art. 11 de la Ley 17/2009 y el art. 6 LOCM. La STC 26/2012 llegó a esta misma conclusión respecto de una legislación balear sobre establecimientos comerciales: "Sentado el carácter básico de las normas estatales que, en la forma que se ha expuesto, regulan los requisitos para la instalación de establecimientos comerciales, su comparación con el impugnado art. 14.1 de la Ley 11/2001 revela que este último es incompatible con la norma básica estatal sobrevenida en la medida en que no se aporta razón alguna para justificar las limitaciones que introduce en la implantación de establecimientos comerciales y que se traducen en la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes de la población en la que pretendieran ubicarse. Es por ello que la norma autonómica no se ajusta a los límites establecidos por la normativa básica sobrevenida y vulnera el art. 149.1.13 CE y con ello, el orden constitucional de distribución de competencias sin que, apreciado lo anterior, resulte necesario ahora pronunciarse sobre las restantes vulneraciones denunciadas por el Abogado del Estado".

Para resolver la impugnación formulada en este proceso no es preciso adelantar un juicio sobre si la nueva redacción del art. 6 LOCM constituye, en su conjunto, un ejercicio legítimo de la competencia estatal sobre



las bases de la ordenación de la economía. Como después se verá, para dar respuesta al recurso bastará tomar en consideración uno solo de los parámetros de control, de entre los múltiples que establece el precepto: la exigencia de una justificación basada en razones imperiosas de interés general de cualesquiera restricciones a la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales. Los mencionados recursos de inconstitucionalidad discuten otros pormenores del nuevo art. 6 LOCM, pero no la señalada exigencia, presente ya en la anterior redacción, que resulta igualmente del art. 11 de la Ley 17/2009 y respecto de la que este Tribunal ha declarado ya su carácter materialmente básico (SSTC 26/2012, FJ 5, y 193/2013, FJ 3).

6. La disposición transitoria octava de la Ley catalana 2/2014 suspende "la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3 b) y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales". Ello equivale a una prohibición de que se implanten fuera de las tramas urbanas consolidadas establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m², con una sola excepción: si tales establecimientos no alcanzan los 2.500 m², puede llegar a admitirse su implantación en "zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acojan el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales según el Plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015" [art. 9.3 a) del Decreto-ley 1/2009].

La disposición impugnada constituye así, sin duda alguna, una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales que, en cuanto tal, debe estar justificada en razones imperiosas de interés general. Como consecuencia de ella sigue virtualmente suprimida la posibilidad de que estos establecimientos comerciales se ubiquen en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada. Como declaró la STC 193/2013, FJ 4, ello supone "una restricción adicional muy relevante para los formatos de distribución comercial calificados como establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales, en la medida en que por su tamaño no encuentran acomodo dentro de la trama urbana consolidada del municipio o, de hallarlo, lo hacen en condiciones radicalmente más gravosas que coadyuvan a desincentivar estas modalidades de distribución comercial".

La Ley controvertida no exterioriza motivo alguno para limitar tan fuertemente la implantación de establecimientos comerciales de más de 800 m². La exposición de motivos y la disposición transitoria octava nada dicen a este respecto. La única mención de "razones imperiosas de interés general" es la incluida en la disposición adicional vigésima séptima, que al declarar vigente la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, se remite expresamente a las "detalladas" en "su exposición de motivos". La Ley controvertida se refiere de este modo a las razones aducidas para justificar un régimen que admite la implantación de establecimientos comerciales fuera de las tramas urbanas consolidadas en una serie de casos, pero no a la disposición transitoria octava, que -al suspender la vigencia de ese régimen de excepciones- restringe fuertemente la libertad de apertura de establecimientos comerciales.

La disposición impugnada presenta esta restricción como provisional; estará vigente "mientras no se apruebe" "un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse". Se está ante una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales sin que su afirmada provisionalidad libere en modo alguno al legislador catalán de la exigencia de apoyarla en razones imperiosas de interés general debidamente justificadas.

Al establecer una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales con ausencia de todo razonamiento, el legislador autonómico ha contradicho frontalmente el art. 11 de la Ley 17/2009 y el art. 6 LOCM. La STC 26/2012 llegó a esta misma conclusión respecto de una legislación balear sobre establecimientos comerciales: "Sentado el carácter básico de las normas estatales que, en la forma que se ha expuesto, regulan los requisitos para la instalación de establecimientos comerciales, su comparación con el impugnado art. 14.1 de la Ley 11/2001 revela que este último es incompatible con la norma básica estatal sobrevenida en la medida en que no se aporta razón alguna para justificar las limitaciones que introduce en la implantación de establecimientos comerciales y que se traducen en la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes de la población en la que pretendieran ubicarse. Es por ello que la norma autonómica no se ajusta a los límites establecidos por la normativa básica sobrevenida y vulnera el art. 149.1.13 CE y con ello, el orden constitucional de distribución de competencias sin que, apreciado lo anterior, resulte necesario ahora pronunciarse sobre las restantes vulneraciones denunciadas por el Abogado del Estado".

6º. La **Ley 18/2014, de 15 de octubre**, de Aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, recoge una serie de medidas dirigidas a fomentar el comercio minorista y la unidad de mercado. En concreto, introduce la modificación del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que pretende, además de su adecuación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, profundizar en el proceso de simplificación y racionalización de los procedimientos de autorización seguidos en el ámbito del comercio minorista.

En síntesis, según se expone en la Exposición de motivos "Se introduce una referencia expresa a la regla general de no sometimiento a autorización administrativa en la apertura de establecimientos comerciales, por la que, en su defecto, podrá someterse a declaración responsable o comunicación previa. Con el objetivo de someter también a regulación básica las restantes actuaciones relacionadas con establecimientos comerciales, se regulan en el apartado primero otras situaciones como son los traslados y ampliaciones de los establecimientos, que también han sido sometidas a un tratamiento heterogéneo en la regulación autonómica". Igualmente, se destaca que, en esta nueva Ley "Se ajustan las razones imperiosas de interés general a las previstas en el artículo 17.1.b) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, referidas a los posibles daños en el medio ambiente, en el entorno urbano y el patrimonio histórico artístico, como consecuencia del análisis de necesidad y proporcionalidad efectuado sobre las posibles restricciones, en coherencia con la referencia a las razones imperiosas de interés general aplicables a la distribución comercial ya enumeradas en la anterior redacción del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista".

En concreto, el nuevo artículo 6, "Apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales", señala en su actual redacción:

"1. Con carácter general, la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización.

2. No obstante lo anterior, la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una única autorización que se concederá por tiempo indefinido cuando las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de la actividad sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa. El régimen de autorización deberá estar motivado suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

3. Las autorizaciones o declaraciones responsables para la apertura o ampliación del establecimiento no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura y deberán estar justificados en razones imperiosas de interés general.

En todo caso los requisitos deberán ser no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes, accesibles, y atenderán únicamente a criterios basados en las razones señaladas en el apartado 2.

4. En ningún caso, podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, entre otros, aquellos que supediten el otorgamiento de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado o a un exceso de la oferta comercial, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente, o aquellos que puedan directa o indirectamente ir dirigidos a la defensa de un determinado modelo económico o empresarial dentro del sector. Asimismo se prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de autorización que en su caso se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales.

Los regímenes de intervención administrativa se ajustarán a lo previsto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En concreto, no podrán contener requisitos prohibidos del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni actuaciones que limiten la libertad de establecimiento y la libertad de circulación del artículo 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

5. El otorgamiento de las autorizaciones a que se refieren los apartados anteriores corresponderá a la administración territorial competente. El procedimiento administrativo integrará todos los trámites necesarios para la apertura, traslado o ampliación de los establecimientos comerciales. Las solicitudes presentadas deberán resolverse y notificarse al interesado en un plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual, se entenderá estimada la solicitud por silencio administrativo.

Las autorizaciones podrán transmitirse a terceros previa comunicación a la administración otorgante".



7º. Por último, de momento, el **Decreto Ley 7/2014, de 23 de diciembre**, va a derogar la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales, que —recordemos una vez más— son, pese a su actual derogación, las de aplicación al supuesto de autos. No por ello nuestro recurso ha de perder su objeto, dados los efectos por las normas producidos.

En todo caso, recordemos que tal modificación —derogación— se encuentra suspendida de vigencia y aplicación con efectos desde la fecha de interposición del recurso —23 de septiembre de 2015—, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el Boletín Oficial del Estado para los terceros.

En el Preámbulo se recuerda que la STC 193/2013, de 21 de noviembre, declaró la nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto ley 1/2009, de 22 de diciembre —en la redacción dada por el artículo 114 de la Ley 9/2011— como consecuencia de no motivar adecuadamente la modificación del artículo 9 del Decreto ley 1/2009 y no justificar en detalle cuáles son las razones imperiosas de interés general en que se fundamenta esta modificación.

No obstante, el legislador autonómico constata la realidad de lo acontecido, como ha sido que "en la práctica ha quedado demostrado que la regulación de esta excepción al criterio general de implantación dentro de la trama urbana consolidada (TUC) ha convertido en norma aquello que la propia Ley define explícitamente como una excepción.

Los estudios y evaluaciones realizados ponen de manifiesto que la mayoría de las autorizaciones otorgadas durante los períodos en que ha sido vigente esta excepción ha servido para amparar más de la mitad del total de las licencias aprobadas, dejando de ser la excepción prevista en la Ley para convertirse en norma, lo cual conculca y desvirtúa las razones imperiosas de interés general en que se fundamenta el Decreto ley 1/2009 y convierte el principio general de implantación de establecimientos comerciales dentro de la TUC de los municipios en que se basa esta norma en la excepción.

La protección y priorización de las implantaciones dentro de la TUC se fundamenta en un modelo de urbanismo comercial basado en la ocupación y la utilización racional del territorio, que permite un desarrollo sostenible evitando la dispersión con el fin de reducir la movilidad y evitar desplazamientos innecesarios que incrementen la contaminación atmosférica, tanto derivada del tránsito inherente a la implantación de determinado tipo de establecimientos comerciales, como de la congestión de las infraestructuras públicas, y la multiplicación y encarecimiento de los servicios públicos.

Este modelo de ciudad compacta que la aplicación práctica de la excepción ha evidenciado que pone en peligro, también tiene su fundamento a nivel comunitario en las conclusiones de la reunión de Postdam en relación con la estrategia territorial europea para un desarrollo equilibrado y sostenible, que promulga que se debe moderar el consumo del suelo, y su utilización racional, fomentando directa o indirectamente la utilización eficiente de las áreas urbanas (mixtura de usos en un mismo espacio urbano) y, en su caso, la renovación y rehabilitación de los tejidos urbanos, de forma que la demanda de más espacio para la vivienda y las actividades económicas se limite sólo a aquella parte que no pueda tener cabida en las áreas urbanas existentes.

La normativa de equipamientos comerciales regulada en el Decreto ley 1/2009 tiene como finalidad mantener los rasgos fundamentales de nuestro modelo comercial mediterráneo en plena sintonía con las declaraciones programáticas de la Unión Europea en materia de urbanismo comercial.

Estas razones imperiosas de interés general en que se fundamenta el Decreto ley 1/2009 se ven gravemente perjudicadas por la aplicación de la excepción prevista en el apartado b) del punto 3 y segundo párrafo del punto 4 del artículo 9 del mencionado Decreto ley, en la medida en que se ha demostrado que fomenta la creación de áreas especializadas fuera de las ciudades, en lugar de consolidar barrios compactos con mixtura de usos dentro de la trama urbana consolidada del municipio, y, por lo tanto, generando efectos indeseables como la dispersión de la urbanización fuera de la ciudad compacta, incrementando los desplazamientos innecesarios fuera de ésta, con la consecuente sobrecarga de las vías de comunicación y emisión de gases nocivos a la atmósfera, y, en determinados casos, el empobrecimiento de la vida urbana, dado que el desplazamiento de las actividades comerciales al exterior de la ciudad puede producir una desertización en las plantas bajas o edificios del centro urbano con su consecuente deterioro. Así, las razones que justifican su derogación responden a la necesidad de proteger el impacto en el territorio y el entorno, en el medio ambiente y en la movilidad".

Como consecuencia de tal derogación parcial los actuales apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009 quedan redactados —pese a la suspensión de la norma— en los siguientes términos:



"3. Los **medianos establecimientos comerciales y los grandes establecimientos comerciales** sólo pueden implantarse en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 5.000 habitantes o asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Por reglamento, deben concretarse las características que han de concurrir para poder considerar un municipio como asimilable a uno de más de 5.000 habitantes.

Excepcionalmente se pueden implantar también fuera de la trama urbana consolidada cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la implantación se produzca dentro de las zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acojan el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales, según el Plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015.

(...) 4. Los **grandes establecimientos comerciales territoriales** pueden implantarse únicamente en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 50.000 habitantes o los asimilables a éstos o que sean capital de comarca. Por reglamento, deben concretarse las características que han de concurrir para considerar un municipio como asimilable a uno de más de 50.000 habitantes".

(...) 5. Los establecimientos comerciales singulares pueden implantarse en todos los ámbitos donde el planeamiento urbanístico vigente admite el uso comercial.

SEXTO .- Por todo ello, lo que debemos resolver afecta, exclusivamente, a los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, en su redacción originaria, que era la que se encontraba en vigor cuando fueron dictados los actos impugnados, esto es, la Resolución del Director General de Urbanismo de 10 de marzo de 2011, por la que fue aprobada la Modificación de la Trama Urbana Consolidada (TUC) de Mataró, así como la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra la anterior, los cuales fueron confirmados por la sentencia de instancia.

Ello, lo debemos realizar al margen de la modificación, inconstitucionalidad, reviviscencia y nueva derogación parcial posterior de los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, tal y como hemos expuesto.

Pero obvio es, sin embargo, que debemos, a tal efecto, tomar en consideración los variados pronunciamientos jurisdiccionales de precedente cita para resolver la cuestión, en el espacio temporal que nos concierne: la STJUE de 21 de marzo de 2011, las SSTC 26/2012, de 1 de marzo, 193/2013, de 21 de noviembre y 73/2016, de 14 de abril, además de nuestra STS de 3 de septiembre de 2015, a la que enseguida nos referiremos.

Pues bien, vamos a casar la sentencia de instancia y vamos a proceder a la anulación de los actos impugnados ante la Sala de instancia. Y vamos a realizar tal pronunciamiento de conformidad con lo establecido en el Derecho de la Unión Europea, en una reiterada jurisprudencia.

SÉPTIMO .- Sobre la directa aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea, en nuestra STS, del Pleno de la Sala, de 10 de febrero de 2015 (Recurso Contencioso-administrativo directo 373/2014 seguido contra un Reglamento estatal) pusimos de manifiesto lo siguiente:

"Pues bien, la estimación, en este caso, nos lleva primero a inaplicar el inciso final del precepto legal en virtud del principio de primacía del derecho comunitario y, seguidamente, a anular el mismo inciso del Reglamento No es preciso justificar aquí algo plenamente asentado en la interrelación de los ordenamientos nacionales y comunitario como lo es la obligación de los jueces nacionales, que lo son al tiempo del ordenamiento comunitario, de aplicar las normas de la Unión Europea y dejar de aplicar las nacionales, cualquiera que sea su rango -sin entrar a considerar un supuesto ajeno al presente caso, cual es la hipotética contradicción con la propia Constitución-, en caso de que éstas resulten contradictorias con aquéllas (Sentencia Costa-Enel, 15 de julio de 1.964 y posteriores). En el caso presente, la Directiva ... ha sido ya, en la cuestión que ahora importa, traspuesta al derecho nacional, precisamente por la Ley ... y por el Reglamento aquí impugnado. Teniendo en cuenta esta circunstancia y que la fecha límite de trasposición era el 24 de diciembre de 2.010 (art. 20.1 de la Directiva), no cabe duda de que la Directiva ha de tener una aplicación directa cuando la trasposición haya sido defectuosa, como sucede en caso de que la misma contradiga sus mandatos, tal como hemos comprobado que ocurre.

Ahora bien, habida cuenta de que esta Sala constituye la última instancia judicial, hemos de considerar si procede que planteemos cuestión prejudicial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo párrafo tercero señala que "cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal".



Como es sabido, la obligación de que el órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno plantee la cuestión prejudicial presenta, merced a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las excepciones del acto claro y del acto aclarado, fundadas en la innecesariedad del planteamiento de la cuestión en ciertos supuestos teniendo en cuenta la finalidad de la institución. La obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial contemplada en el citado párrafo tercero del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene el objetivo de asegurar una aplicación homogénea del derecho comunitario por las diversas jurisdicciones nacionales. Ahora bien, esa misma finalidad ha llevado al Tribunal de Justicia a admitir que el planteamiento de la cuestión resulta innecesario cuando no existe el riesgo de una diversidad interpretativa, bien porque la norma o decisión comunitaria a aplicar presenta una interpretación inequívoca desde la propia perspectiva del derecho comunitario (acto claro) o bien ha sido ya clarificada por previas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión (acto aclarado).

Pues bien, en el caso presente la Sala no tiene dudas ni de la claridad de la obligación impuesta por el artículo ... de la Directiva ... ni de la incompatibilidad del precepto legal español con el citado precepto de la Directiva ..., en la medida en que este precepto establece

Con anterioridad habíamos expuesto en nuestra STS de esta Sala y Sección de 1 de junio de 2010 (RC 114/2007) que

"Por ello, la triple argumentación esgrimida por las recurrentes en relación con los aspectos impugnados del Real Decreto ..., tenía su base en:

- a) El Principio de Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, proclamada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), citando al efecto las SSTJCE de 9 de marzo de 1978 (Asunto Simmenthal) y de 4 de abril de 1974 (Asunto Comisión c. Francia), así como las SSTS de 17 de abril de 1989 y 13 de junio de 1991 , y la STC de 14 de febrero de 1991 .
- b) La habilitación que la Constitución Española confiere a la Jurisdicción Contencioso-administrativa para anular las disposiciones generales que incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, en el que debe incluirse el Derecho Comunitario (STS de 10 de diciembre de 2002). Y,
- c) En la incompatibilidad entre un Reglamento interno y una Directiva comunitaria dotada de efecto vertical.

La sentencia trata, pues, de un control jurisdiccional de una norma interna española, analizada —fundamentalmente— desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo, y sin que, a juicio de la Sala, concurren las circunstancias exigidas para el planteamiento de Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con la doctrina jurisprudencial comunitaria del "acto claro".

No compartimos, pues, lo expuesto por la Sala de instancia en el sentido de no resultar —de momento— procedente el planteamiento de una cuestión prejudicial, pues, según expresa la sentencia de instancia —reproduciendo lo expuesto en sus anteriores SSTSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 2013 (RCA 164/2011) y 23 de enero de 2014 (RCA 165/2011)— *"la cuestión propuesta no supera el juicio de relevancia que justifique el planteamiento de la misma ante dicho Alto Tribunal", ya que "El establecimiento y delimitación de la trama urbana consolidada de un municipio, como instrumento de ordenación comercial, no contraviene en sí misma la libre prestación de servicios, en los términos en que viene regulada en la Ley 17/2009". Advirtiendo, no obstante, a continuación, sobre lo que pudiera acontecer con posterioridad: "El conflicto podrá producirse en el futuro, cuando se proceda al otorgamiento o denegación de las licencias comerciales que puedan solicitarse, lo que se producirá en aplicación del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009 . Será en tal momento cuando deba plantearse, en su caso, la compatibilidad de este precepto con la normativa básica contenida en la Ley 17/2009". Y por ello, consideraba que no era el momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión que se le solicitaba: "Por todo ello, debe descartarse el planteamiento en este momento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 7 del Decreto-ley 1/2009 ".*

Y no compartimos tal planteamiento ya que vamos a proceder a la aplicación directa del Derecho de la Unión Europea (TFUE y DS), de preferente aplicación en el supuesto de autos, sin necesidad de llevar a cabo el planteamiento de cuestión prejudicial alguna, por cuanto la normativa aplicada por la Administración de Cataluña se opone, por las razones que expondremos, al citado Derecho de la Unión Europea.

OCTAVO .- El acto administrativo impugnado en la instancia fue la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo, que aprobó la Modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró, de la que quedó fuera el Centro Comercial Mataró, que contaba con la consideración de Gran Establecimiento Comercial Territorial (GECT), aunque su ubicación colindaba con la misma TUC. Por ello, de conformidad con el artículo 19.1 del Decreto Ley 1/2009 , tanto la implantación de tales tipos de establecimientos, como su ampliación —que es supuesto de autos—, se encuentra sometido al régimen de licencia comercial.



No existen dudas sobre la realidad física, y, en concreto sobre que la ubicación del Centro Comercial Mataró Park lo es en Suelo Urbano Consolidado; e igualmente sobre que el uso previsto es el de residencial, por lo que, desde una perspectiva urbanística, resulta posible su reforma y ampliación, si bien, al no estar incluido en la denominada Trama Urbana Consolidada (TUC) ello no resulta posible. Las consideraciones que al respecto se realizan en el Dictamen pericial aportado a las actuaciones no dejan de ser expresivas respecto de tales extremos: Cuenta con una antigüedad de más de doce años, su comunicación con el centro urbano se lleva a cabo mediante transporte público (autobús y taxi), y se ubica *"en la periferia del núcleo urbano, al norte, ... en una zona directamente conectada con Vía Europa, eje que vertebró en su día uno de los mayores desarrollos urbanísticos en Mataró de las dos últimas décadas, al lado mismo del Hospital de Mataró. Se puede acceder por lo tanto de forma directa a Mataró Park (y obviamente al Hospital) desde el centro de la ciudad sin tener que ingresar en la Autopista C-32, límite físico de la TUC"*.

Tales realidades ponen de manifiesto —con absoluta claridad— que la ubicación fuera de la TUC y la imposibilidad de ampliación y reforma no viene determinada por motivos urbanísticos, medioambientales o de protección del patrimonio histórico-artístico, sino por razones estrictamente económicas y comerciales. No hay duda de que, en supuestos concretos como el de autos, la normativa española que se pretende utilizar como instrumento de contención comercial resulta incompatible con los principios previstos en la Directiva de Servicios y en Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por ello, de conformidad con todo lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, debemos declarar inaplicable, por contradicción con tal Directiva, al concreto supuesto de autos, las limitaciones autorizatorias contenidas el Decreto Ley 1/2009.

Esta normativa —y la concreta delimitación de la TUC en los términos en los que se ha realizado respecto del establecimiento de la recurrente— considerada en su conjunto —y vista su azarosa evolución, cuyo final es de difícil adivinación—, obvio es tiene como finalidad obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio del comercio en el Centro Comercial Mataró Park. Es cierto que este régimen jurídico limitativo de la actividad comercial luego sería más restrictivo aún, dada la redacción que a los apartados del artículo 9 diera la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la actividad económica, y que, con toda razón, fue anulado por la STC 193/2013, de 21 de noviembre. Pero ello no impide que podamos pronunciarnos —también— sobre la contradicción de la inicial normativa —y los efectos de su aplicación— con el artículo 43 del TFUE y el contenido y principios de la Directiva de 2006/123, de Servicios.

Es cierto que la regulación aprobada en 2009 —a diferencia de la de 2011—, permitía, con ciertas condiciones, la instalación de un establecimiento comercial en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la Trama Urbana Consolidada. Esta excepción a la necesidad de localizar estos tipos de centro comercial dentro de la Trama Urbana Consolidada ampliaba notablemente sus posibles emplazamientos, debiendo destacar que dicha extensión alcanzaba a áreas que, por estar fuera de la TUC, aunque fueran contiguas a ella, se adecuaban especialmente a alojar estos tipos de centros comerciales caracterizados por su gran tamaño. Pero, ni siquiera, tal vía excepcional no fue posible con el centro comercial que nos ocupa. El que luego se restringiera más aún (2011), o que incluso se pretendiera derogar en 2014, no nos impide pronunciarnos sobre la contradicción de tal norma de 2009 —en supuestos concretos como el de autos— con la normativa europea. Es más, lo que estas modificaciones posteriores acreditan, y ponen con claridad de manifiesto, no es otra cosa que la auténtica intención del legislador autonómico, con su reiterado intento de camuflarse bajo argumentaciones urbanísticas, medioambientales o de protección del patrimonio histórico-artístico, a las que la Exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009 hasta en tres ocasiones, y pretender conectar tan hipotéticas razones con los requisitos que impone a la localización de los establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales.

En consecuencia no se ha acreditado —en modo alguno— que, en un supuesto como el de autos, la actuación administrativa impugnada (delimitando en la forma en que lo ha hecho la TUC de Mataró y dejando fuera de la misma al Centro Comercial Mataró Park) se hayan justificado en razones imperiosas de interés general y que las mismas razones se hayan acreditado, y que —en el supuesto de autos— los requisitos exigidos, de carácter comercial, hayan sido no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes, accesibles, y acordes únicamente a criterios basados en las razones señaladas en la Directiva de Servicios.

En esta misma línea —y no obstante conocer las SSTS de 7 de julio de 2004 (RC 1106/2002) y 30 de octubre de 2015 (RC 3870/2013), de esta misma Sala— debemos de tener presente nuestra **STS de 3 de septiembre de 2015** (RC 3687/2013), y la doctrina en ella contenida en relación con normas reglamentarias, en la que hemos declarado nula 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 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 imponía limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales, así como el Texto Refundido del PGOU de Donostia-San Sebastián, aprobado por Acuerdo Plenario de su **Ayuntamiento** de 25 de junio de 2010.

A la afirmación de la Sala de instancia de que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública del Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País **Vasco**, no precisaba ser revisado, dado que 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", dimos la siguiente respuesta:

"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".

NOVENO - Por último, a mayor abundamiento, debemos dejar constancia del Informe de Regulación (IR 8/2010) del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales, emitido por la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO), en fecha 29 de julio de 2010 en base a las competencias atribuidas por la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoritat Catalana de la Competència.

El Informe tiene por objeto analizar si el Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales (en adelante, Decreto Ley 1/2009) contiene restricciones a la competencia y, si éste es el caso, evaluar si las restricciones se adecuan a los principios de necesidad y proporcionalidad, y al resto de principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia.

También se analiza, desde la perspectiva propia de una autoridad de competencia, si el Decreto Ley 1/2009 se adecua a las prescripciones de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de

2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Se trata de un Informe *ex post*, emitido con posterioridad a la publicación y entrada en vigor del Decreto Ley 1/2009. El Informe se ha elaborado principalmente en base al análisis del texto del Decreto Ley 1/2009, así como a la consulta de la normativa y de algunos documentos públicos sobre la materia.

El Informe de Regulación analiza, básicamente, los siguientes aspectos del Decreto Ley 1/2009, que son particularmente restrictivos de la competencia:

(I) La intervención del Departamento competente en materia de comercio, mediante un informe de carácter vinculante, en la incorporación de reservas de suelo para usos comerciales en el planeamiento urbanístico.

(II) La planificación sectorial comercial respecto a la implantación de nuevos equipamientos comerciales, que se estructura principalmente en base a tres elementos: la clasificación de los establecimientos comerciales, la trama urbana consolidada y el número de habitantes del municipio.

(III) El régimen de control administrativo específico establecido para la implantación, ampliación, cambio de actividad, remodelación y cambio de titularidad de los establecimientos comerciales.

Pues bien, vamos a reproducir las conclusiones alcanzadas en relación con los dos primeros aspectos:

"(I) Intervención del Departamento competente en materia de comercio en la incorporación de reservas de suelo para usos comerciales en el planeamiento urbanístico.

La intervención del Departamento competente en materia de comercio en la incorporación de reservas de suelo para usos comerciales en el planeamiento urbanístico, a través de un informe preceptivo y vinculante, supone, desde la óptica de la competencia, una barrera de entrada insalvable para el establecimiento de nuevos operadores, en caso de que el informe sea desfavorable.

Vistas las razones imperiosas de interés general que fundamentan el Decreto Ley 1/2009, la ACCO considera de difícil justificación que se otorgue a los intereses protegidos por el Departamento competente en materia de comercio un grado de protección superior respecto a otros intereses, en los cuales el informe no es vinculante.

Por lo tanto, la ACCO considera que se debería eliminar el carácter vinculante del informe del Departamento competente en materia de comercio en este ámbito.

El Decreto Ley 1/2009 no especifica cuál es el objeto del informe. La ACCO considera que sería necesario determinarlo, en el propio Decreto Ley 1/2009.

El Decreto Ley 1/2009 tampoco especifica cuáles son los criterios que pueden motivar un informe desfavorable. Teniendo en cuenta que es un informe sectorial, que tiene la capacidad de impedir la instalación de un equipamiento comercial en aquella ubicación, la ACCO considera que este informe es equiparable a un requisito para el acceso a una actividad de servicios. Por este motivo, si se mantiene el informe con las características actuales, sería necesario determinar, en el propio Decreto Ley, los motivos de denegación.

(II) La planificación sectorial comercial respecto a la implantación de nuevos equipamientos comerciales.

Respecto a la **clasificación de los establecimientos**, la ACCO considera que la formulación de las categorías, que prevé el Decreto Ley 1/2009, debería ser revisada con el fin de modificar aquellos aspectos que tienen efectos restrictivos, limitando la libertad de decisión de los operadores y condicionando la configuración de la oferta comercial, y que no tienen una justificación suficiente en los términos expuestos en el capítulo 5.3.2.B) del Informe.

En particular, la ACCO considera que se debería (i) simplificar la clasificación según la superficie de venta del establecimiento, ampliando el concepto de PEC, como mínimo, hasta la superficie de venta de aquellos establecimientos, en los cuales, en base al régimen de control establecido, se les exija unos requisitos determinados, justificados por las razones imperiosas de interés general perseguidas, y (ii) disponer de unos criterios claros y concretos que permitan evitar cualquier tipo de discrecionalidad en la clasificación de un establecimiento según su singularidad, eliminando la "lista cerrada" que existe en el Decreto Ley 1/2009.

Respecto a la **trama urbana consolidada (TUC)**, la ACCO considera que los criterios para delimitarla, que prevé el Decreto Ley 1/2009, deben estar justificados y deben definirse de forma clara, concreta y precisa, de manera que permitan una delimitación de la TUC "automática", a partir del planeamiento urbanístico vigente en cada momento, evitando cualquier tipo de arbitrariedad. La ACCO considera que este hecho comporta que el carácter vinculante del informe del Departamento competente en materia de comercio en la delimitación de la TUC no esté justificado.

Por otra parte, si se mantiene el informe con las características actuales, dado que la TUC es un instrumento de planificación sectorial comercial, que puede equipararse a un requisito al que se supedita el acceso a una



actividad de servicios, hay que respetar las previsiones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009). En consecuencia, hay que introducir en el Decreto Ley 1/2009 los criterios en los que debe fundamentarse el Departamento competente en materia de comercio para emitir un informe desfavorable, en el proceso de delimitación de la TUC.

La ACCO recuerda que la TUC se configura como una barrera de entrada que, en ocasiones, es insalvable para la implantación de nuevos establecimientos comerciales a partir de 800 m², pues las TUC son zonas, en principio, "maduras", con poco espacio disponible, a un precio razonable, para establecimientos de estas dimensiones. Por eso, la ACCO considera que la TUC debería ser delimitada con la máxima amplitud posible, que permita alcanzar los objetivos del modelo de ciudad "compacta" del Decreto Ley 1/2009.

En este contexto, la ACCO observa que, en la práctica, la implantación de nuevos equipamientos se encuentra, muy a menudo, relegada a los supuestos excepcionales de localización fuera de las TUC (artículo 9.3 y 9.4 del Decreto Ley 1/2009), que son muy restrictivos y resultan extremadamente difíciles de cumplir.

Por último, la ACCO considera que la aplicación del **criterio poblacional** distorsiona gravemente el funcionamiento eficiente del mercado, crea y consolida desequilibrios territoriales y no responde a la lógica de la planificación territorial y urbanística. Además, puede perjudicar la consecución de otros objetivos perseguidos por la propia norma, como, por ejemplo, evitar problemas de movilidad.

Aparte de los problemas ocasionados por el criterio poblacional, hay que recordar que ya se dispone de otros instrumentos (en particular, la TUC) que permiten alcanzar el modelo de ciudad "compacta" que se desea. Por este motivo, la ACCO recomienda la supresión del criterio poblacional, de manera que cualquier municipio, con independencia de su población, pueda recibir la implantación de establecimientos comerciales de cualquier tamaño, respetando el planeamiento urbanístico; dejando, en última instancia, la decisión sobre la ubicación del establecimiento en manos de los operadores".

DÉCIMO .- Por las razones expuestas procede acoger el motivo formulado por la entidad recurrente, casar la sentencia de instancia y, en su lugar y por las mismas razones, estimar el recurso contencioso administrativo formulado contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo, que aprobó la Modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró, que anulamos en el particular relativo al Centro Comercial Mataró Park, al que, por tal exclusión, no le puede ser denegada la autorización para su ampliación o reforma.

DÉCIMO PRIMERO .- De conformidad con el artículo 139.2 de la LRJCA , no ha lugar a la condena en costas.

FALLAMOS

1º. Que ha lugar al Recurso de Casación 1608/2014 interpuesto por la entidad General de Galerías Comerciales, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 21 de febrero de 2014, en el Recurso Contencioso- administrativo 177/20110 , seguido contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo de la Generalidad de Cataluña, que aprobó la Modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró.

2º . Que anulamos y casamos dicha sentencia.

3º. Que estimamos el Recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad General de Galerías Comerciales, S. A. seguido contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo de la Generalidad de Cataluña, que aprobó la Modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró, en el particular relativo al Centro Comercial Mataró Park.

4º. Que reconocemos a dicha entidad que, por su exclusión de la Trama Urbana Consolidada de Mataró, le puede ser denegada la autorización para su ampliación o reforma.

5º. No realizar condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.