



HERRI ADMINISTRAZIO ETA
JUSTIZIA SAILA

Araubide Juridikoaren Sailburuordetza
Lege Garapen eta Arau Kontrolerako
Zuzendaritza

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y JUSTICIA

Viceconsejería de Régimen Jurídico
Dirección de Desarrollo Legislativo y
Control Normativo

Informe sobre la sentencia nº 3866/2015 del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2015, recaída en el recurso de casación nº 3408/2014 (recurso contencioso-administrativo de origen nº 750/2010) interpuesto por Unibail Rodamco Retail Spain S.L. contra la Administración General de la Comunidad Autónoma, y sentencia nº 3867/2015 del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2015, recaída en el recurso de casación nº 3687/2013 (recurso contencioso-administrativo de origen nº 237/2011) interpuesto por Unibail Rodamco Retail Spain S.L. contra el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y Administración General de la Comunidad Autónoma, que declaran nulas de pleno derecho las determinaciones que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales en el Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y equipamientos comerciales.

IL 110/2015

ANTECEDENTES

Por la Viceconsejería de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio ambiente y Política Territorial, se solicita de la Viceconsejería de Régimen Jurídico, en relación con ambas sentencias que declaran nulas de pleno derecho las determinaciones del PTS de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales, y teniendo en cuenta la trascendencia de la citada declaración se solicita que,

“... (se) emita informe en relación a los siguientes aspectos:

- 1- Posibilidad de recurrir las sentencias y valoración sobre la viabilidad de los posibles recursos.
- 2.- Valoración de las sentencias y de la interpretación que en las mismas se realiza en cuanto a la adecuación del PTS a la Directiva 2006/123/CE, a la vista de la jurisprudencia europea al respecto.
- 3.- Incidencia de las mismas en planeamientos urbanísticos que hayan recogido las limitaciones de superficie máxima ahora declaradas nulas de pleno derecho.
- 4.- Actuaciones a realizar por el Gobierno Vasco en relación con el PTS vigente a la vista de las sentencias.
- 5.- Otras consideraciones que se consideren oportunas realizar.”

El presente informe se emite en virtud de las competencias que al Departamento de Administración Pública y Justicia y a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo de la Viceconsejería de Régimen Jurídico, confieren, respectivamente, el artículo 6.1 h) e i) del Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de

los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y el artículo 13. 1. a) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

INFORME

Primero.- En relación con la primera cuestión, la posibilidad de recurrir las sentencias y su viabilidad, hay que indicar que tras el primer contacto personal con los técnicos de la Dirección para tener una inicial impresión de ambas sentencias, se decidió que antes de avanzar en el informe, lo prioritario era determinar la posibilidad de recurrir ambas sentencias y su viabilidad. La finalidad del análisis era poder determinar si se podía llegar al Recurso de Amparo Constitucional, tras agotar todas las posibilidades de los recursos jurisdiccionales. Pronto se vio la inviabilidad de tal posibilidad como a continuación se explica.

Frente a las Sentencias del Tribunal Supremo en recursos de casación, no caben otros recursos jurisdiccionales.

La Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial prevén, no obstante, un último remedio tramitado como un Incidente, frente a cualquier decisión que ponga fin al proceso judicial, siempre y cuando en el mismo no se hubiera podido recurrir con anterioridad, y siempre que la resolución que pone fin al procedimiento no admita recurso ordinario o extraordinario.

Así el art. 228 LEC (en el mismo sentido, el art. 241 LOPJ) establecen que,

“Artículo 228. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El Tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, por el Secretario judicial se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.”

Como indica el Auto del Tribunal Constitucional nº 200/2010, de 21 diciembre, fundamento jurídico segundo,

“b) El incidente de nulidad de actuaciones, en todo caso, no se propone para volver a discutir sobre el tema en litigio a modo de una nueva instancia, sino que se articula por la Ley como un mecanismo impugnatorio especial, dotado de un objeto de cognición propio, autónomo y limitado. Lo que se le pide en estos casos al órgano judicial autor de la resolución cuestionada, es que examine y resuelva sobre la vulneración del derecho fundamental que se achaca a esta última (no a ninguna otra resolución), a la luz de los concretos razonamientos contenidos en sostén de la decisión adoptada, y para dar así respuesta en el Auto resolutorio a los motivos de impugnación específicos que haya vertido el afectado en su escrito de solicitud de nulidad.”

El incidente se configura de modo que el mismo Tribunal que ha dictado la sentencia, pueda volver a pronunciarse solo en caso de infracción de derechos fundamentales especialmente protegidos, (arts. 14 a 30 CE).

En abstracto, la dificultad de que un incidente de nulidad de actuaciones prospere es más que notable: la regla general es la inadmisión, y para que sea admitido a trámite el incidente, la infracción de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE (esto es, del art.14 al 30 CE), debe ser *prima facie*, verosímil, sin que por ello se prejuzgue la decisión definitiva que adopte el Tribunal tras oír a las demás partes.

Si se estima la nulidad, se reponen las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se sigue el procedimiento. (En nuestro caso, hubiera sido el momento anterior a la sentencia, para dictar otra sin la nulidad apreciada en el incidente)

Si se desestima, no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Un último remedio es el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, que no es un recurso jurisdiccional, que requiere que previamente se haya intentado el incidente de nulidad de actuaciones, y éste haya resultado negativo.

En concreto, y analizadas las dos STS en lo que aquí importa, en relación con la valoración jurídica que hacen del PTS, se atisbó la posibilidad de que se hubiera producido una infracción del art. 24.1 CE, de falta de tutela judicial efectiva, en la medida en que las sentencias podían incurrir en la infracción del derecho a obtener una resolución judicial fundada, que no fuera arbitraria, no resultase manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurriese en un error patente.

La STS de 28 de septiembre de 2010, analiza un supuesto de error patente e indica,

”CUARTO

... resulta necesario plantearse ... se ha podido incurrir en un error que hubiera podido condicionar la resolución del caso.

Al respecto, hemos dicho, entre otras, en la Sentencia de 5 de noviembre de 2008, recaída en el recurso de casación 2853/2006, en lo relativo al deber de motivación con base en las reglas de la lógica y la razón incorporado al art. 218.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que "para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional" (STC 7/2005, de 17 de enero, 66/2005, de 14 de marzo). Error patente que para tener relevancia constitucional nos recuerda la STC 6/2006, de 16 de enero, con cita de STC 245/2005, de 10 de octubre, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión y producir efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente. Se trata pues de una institución relacionada con aspectos de carácter fáctico (STC 42/2006, 42, de 13 de febrero, 15/2006, 15, de 16 de enero). Pues, el derecho a la tutela judicial efectiva no llega siquiera a garantizar el acierto de

la resolución adoptada en cada caso (STC 7/2006 (RTC 2006, 7), de 16 de enero FJ4)."

A efectos del error patente, la STC 61/2008 de 26 mayo, FJ 4º, indica,

“Este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, F.2; 87/2000, F.6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión (SSTC 158/1997, F.2; 25/1000, F.2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, F.3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, F. 2; 82/2001, F.2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, F.3; 25/2000, F.2; 87/2000, F.3; 82/2001, F.2; 221/2001, F.6; 55/2003, F.6; 325/2005, F. 2).

De este modo, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del art. 24.1 CE. Ahora bien, para que se produzca tal violación es necesario que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su ratio decidendi; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiera sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte, que, en tal caso, no podría quejarse, en



sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental. Por último el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca (SSTC 194/2003, F.4; 196/2003, F. 6; 213/2003, F.4; 63/2004, F.3; 114/2005, F.3; 221/2007, F. 3; 4/2008, F. 3, por todas). ...”

Por tanto, para que un error, en la medida en que resultase una manifestación del Juzgador no ajustada a la realidad, pudiese afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, sería necesario que concurriesen en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del Juzgador tendría relevancia constitucional. Así, en primer término, el error habría de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia fuese inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

El error habría de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituyese el soporte único o fundamental de la resolución, su ratio decidendi, de tal suerte que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica perdiese el sentido y alcance que la justificaba y no pudiera conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el error.

Además, la equivocación debiera ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte.

Por último, el error habría de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca.

En el caso de las STS, la primera impresión apuntaba a esta posibilidad de indagar en relación al error patente y notorio, pero un análisis más preciso, permite concluir que no se dan las características señaladas. Hay que indicar que las sentencias son dictadas el mismo día, el 3 de septiembre de 2015 y se reproduce únicamente la del recurso contencioso-administrativo de origen 750/2010, recurso de casación 3408/2014, por ser su pronunciamiento en relación con el PTS, igual a la del recurso contencioso-administrativo de origen 237/2011, recurso de casación 3687/2013)

Esta primera impresión derivaba de lo que se establecía en el antecedente de hecho tercero, página 12, y algunas afirmaciones de los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la STS de 3 de septiembre de 2015 del recurso de casación 3408/2014, (recurso contencioso-administrativo de origen 750/2010).

El antecedente de hecho tercero, reproduce lo que la sentencia de instancia estableció,

“»..... Pues bien, el capítulo 7 del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al que la recurrente se remite, justifica razonablemente las restricciones al emplazamiento y al tamaño de los establecimientos comerciales en términos que se ajustan a los criterios expresados por la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, puesto que las restricciones a la libertad de establecimiento que

impone se justifican por razones de ordenación territorial y se establecen precisamente en un instrumento de ordenación del territorio, y se justifica su necesidad y su proporcionalidad aportando datos sobre la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, conclusión que no desmerece por la razón de que, además de dichas razones de ordenación del territorio, por sí mismas suficientes, se invoquen adicionalmente razones económicas prohibidas por el art. 14 de la Directiva de Servicios y art. 10 e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre que la traspone al ordenamiento español, tal y como alega la recurrente en la demanda (folio 159 de las actuaciones) en referencia a la protección del sector terciario asentado en los centros urbanos y en los diferentes barrios.”

Y los fundamentos segundo y tercero, establecen,

“**SEGUNDO.**- ... motivos de casación primero y segundo, procederemos a su examen recordando que, como expresamos en el antecedente octavo de esta sentencia, en ellos se reprocha a la Sala de instancia la conculcación de lo establecido en los artículos 1, 9, 10, 14, 15 y 44 de la Directiva 2006/1123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y los artículos 4, 5, 9, 10, 11 y Disposición Final Quinta de la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone aquella al ordenamiento interno, así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de aquél de 14 de octubre de 2010, 26 de octubre de 2006 y 17 de septiembre de 1996, y de éste, de fecha 29 de octubre de 1998, que han declarado la inaplicación de las normas que traspongan de forma incorrecta una Directiva europea y la aplicación directa de ésta y de las normas que la trasponen correctamente.

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

TERCERO.- La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, desestimó la acción ejercitada por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente al entender y considerar que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública del Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, no precisaba ser revisado, contrariamente a lo que había ordenado la Disposición Final Tercera de la Ley del Parlamento vasco 7/2008, de 25 de junio, porque las limitaciones que, en cuanto a emplazamiento y tamaño, dicho

Plan Territorial Sectorial impone a los equipamientos comerciales tienen como finalidad el interés general al estar basadas en razones de ordenación del territorio y protección del medio ambiente, resultando por ello necesarias y proporcionadas.

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

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

...

La Sala de instancia consideraba suficientes las razones de ordenación del territorio para considerar adecuado el PTS a la Directiva comunitaria y a la ley de transposición, aunque en el PTS se invocasen adicionalmente razones económicas prohibidas (que la mercantil cita).

Sin embargo, la Sala del Tribunal Supremo, en el segundo párrafo del fundamento jurídico tercero, en una redacción contundente y tal vez poco afortunada, se aparta del criterio de la sentencia de instancia e induce a pensar en un primera lectura, en la arbitrariedad, irrazonabilidad y el error patente, cuando afirma que “... las **auténticas** razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son **exclusivamente** económicas y mercantiles, ...” y que “... el 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”.

Si se lee la sentencia de instancia, (o ambas sentencias de instancia, porque ambas dicen lo mismo en relación con el PTS), se entiende que su *ratio decidendi* reside en las razones de ordenación del territorio, que se adecuan a la normativa europea y de transposición por estar justificadas suficientemente, lo que permite establecer las limitaciones del PTS, sin olvidar que el PTS también incluye razones económicas que están prohibidas por la normativa europea y de transposición, pero no desmerecen las anteriores razones de ordenación del territorio.

La Sentencia en casación, sin embargo, no comparte dicho criterio y entiende en una afirmación que podría considerarse excesiva, que la auténtica razón de ser de las limitaciones del PTS son razones “exclusivamente” de tipo económico y mercantil, que están prohibidas.

Juicio divergente del de la instancia con base en un elemento que objetivamente es incierto, que el PTS fijara las limitaciones por razones “exclusivamente” de tipo económico y mercantil, cuando son obvias las razones de ordenación del territorio que establece.

Pero dicha afirmación, excesiva, sin embargo, no justificaría un incidente de nulidad de actuaciones, basado en la infracción del art. 24.1 CE, de falta de tutela judicial efectiva, por infracción de las sentencias del derecho a obtener una resolución judicial fundada, no arbitraria, no manifiestamente irrazonada o irrazonable o no incurso en un error patente.

Si se suprime la señalada adjetivación excesiva, -“auténtica” y “exclusivamente”-, las sentencias de casación se apartan del criterio de las sentencias de instancia con base en que las razones económicas y mercantiles que contiene el PTS, son contrarias a la normativa europea y de transposición.

Y en tal afirmación no existe un error patente, manifiesto, evidente o notorio, porque en el PTS están dichas razones económicas y mercantiles, que la Directiva, jurisprudencia europea y ley de transposición, prohíben.

Es más, al primar las razones económicas frente a las de ordenación del territorio, se podría entender *ab initio*, que hay un exceso en la apreciación de las STS, arbitrario o irrazonable.

Sin embargo, la ordenación del territorio es una excepción -“razón imperiosa de interés general”, arts. 4.8 y 9.1, letra b)-, permitida por la Directiva 2006/123/CE a la regla general de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios que justifica la imposición de limitaciones, y como tal excepción, es interpretable de forma restrictiva, siendo que la interpretación de las STS no se aparta del criterio general de la indicada Directiva,¹.

En el mismo sentido, la interpretación de las STS no se aparta del criterio general de la Ley 17/2009², de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, que transpone la Directiva al ordenamiento jurídico interno, cuando considera que las limitaciones al libre establecimiento³ son una excepción⁴ que se han de fijar en ley, de forma motivada, solo cuando son necesarias, y de forma no discriminatoria y proporcionada.

A pesar de todo, cabría sostener que las STS se han apartado de una interpretación correcta del derecho aplicable, que hay una mejor interpretación, pero no sería suficiente para justificar el incidente de nulidad de actuaciones con base en la infracción del art. 24.1 CE, por falta tutela judicial.

La tutela judicial se ha dado, y gustara más o menos la interpretación de las STS, pero ni es un error patente ni una interpretación absurda, disparatada o contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, y está motivada y se funda en derecho -que a los efectos de la tutela judicial del art. 24.1 CE, no incluye el derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales-.

Como corolario de la cuestión planteada, las posibilidades de que hubiera prosperado un incidente de nulidad de actuaciones, eran muy escasas, por no decir inexistentes (y hoy ya el plazo para su ejercicio, vencido), y un recurso de amparo constitucional -uno de cuyos requisitos formales previos es haber planteado un incidente de nulidad de actuaciones-, una quimera en la medida en que se analizarían sobre el fondo del asunto, similares cuestiones que las planteadas en el incidente de nulidad de actuaciones respecto de la infracción del art. 24.1 CE, a lo que hay que añadir otros requisitos de admisión que resultan particularmente exigentes, señaladamente, la “especial trascendencia constitucional” del recurso, que el recurrente en amparo tiene la carga de justificar y la libre apreciación por el TC de la existencia o no existencia de la

¹ Artículo 1. Objeto.

1. En la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

² Artículo 1. Objeto

Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas.

³ Artículo 4. Libertad de establecimiento

1. Los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

⁴ Artículo 5. Regímenes de autorización

La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. ...

“especial trascendencia constitucional” en el recurso de amparo, lo que en la práctica permite al TC seleccionar aquellos recursos de amparo que quiere resolver.

Así lo establece la STC 155/2009, de 25 de junio, fundamento jurídico segundo.⁵

⁵ “ ... tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Constituye el elemento más novedoso o la «caracterización más distintiva» (ATC 188/2008, de 21 de julio, F. 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la **«especial trascendencia constitucional»** que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales.

...
Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 *in fine* LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, 289/2008 y 290/2008.), es a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa «especial trascendencia constitucional»; esto es, cuando, según el tenor del art. 50.1 b) LOTC, «el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional», atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». **El carácter notablemente abierto e indeterminado**, tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional», como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, **confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo «justifica una decisión sobre el fondo ... en razón de su especial trascendencia constitucional».** Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.

...
Ya en ocasión anterior hemos identificado como otro de los casos en que cabe apreciar que concurre en el contenido del recurso de amparo la «especial trascendencia constitucional» a la que se refiere el art. 50.1 b) LOTC cuando en él se plantee «una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina» (STC 70/2009, de 23 de marzo, F. 1).

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opondría, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.”

Segundo.- En relación con la segunda cuestión, la valoración de las sentencias y de la interpretación que en las mismas se realiza en cuanto a la adecuación del PTS a la Directiva 2006/123/CE, a la vista de la jurisprudencia europea al respecto, las STS niegan que las sentencias de instancia hayan acertado en su apreciación. Esta segunda cuestión está relacionada con la primera, y su respuesta es en el mismo sentido.

Conviene por razones expositivas reproducir en parte el antecedente de hecho tercero de las STS, que transcribe lo que la sentencia de instancia a estos efectos estableció,

“»..... Pues bien, el capítulo 7 del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al que la recurrente se remite, justifica razonablemente las restricciones al emplazamiento y al tamaño de los establecimientos comerciales en términos que se ajustan a los criterios expresados por la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, puesto que las restricciones a la libertad de establecimiento que impone se justifican por razones de ordenación territorial y se establecen precisamente en un instrumento de ordenación del territorio, y se justifica su necesidad y su proporcionalidad aportando datos sobre la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, ...”

El último párrafo del fundamento jurídico tercero de la STS de 3 de septiembre de 2015 del recurso de casación 3408/2014, (recurso contencioso-administrativo de origen 750/2010), al respecto indica:

“ ...

La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, repite lo que, a su vez, había declarado en su previa sentencia de fecha 15 de octubre de 2013, pronunciada en el recurso contencioso administrativo número 237 de 2011 que ha sido también impugnada en casación ante esta Sala del Tribunal Supremo, estando señalada su votación y fallo para el mismo día, en las que recoge con detalle y rigor los preceptos aplicables y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien **NO ES CIERTA** la premisa de la que la Sala sentenciadora deriva la desestimación de la acción de nulidad ejercitada por la entidad mercantil recurrente, cual es que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, ha justificado suficientemente la necesidad de establecer ese límite máximo a las superficies de los establecimientos comerciales para cada municipio, la no discriminación y su proporcionalidad, además de no ser dicho Plan Territorial el instrumento legal adecuado para establecer

ese régimen, sin que se encuentre inspirada esa limitación, en contra del parecer de dicha Sala de instancia, en razones imperiosas de interés general encaminadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, sino en razones económicas para favorecer una mayor competitividad empresarial incentivando la implantación de equipamientos comerciales, y, por tanto, al haber infringido la sentencia recurrida los preceptos de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, citadas por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente en los motivos de casación primero y segundo que esgrime, estos motivos de casación, como ya anticipamos, deben prosperar.”

Las STS, al entender equivocadas las premisas de las que parten las sentencias de instancia, determinan que infringen la Directiva (y la ley de transposición) y la jurisprudencia europea que la interpreta.

A los efectos de esta segunda cuestión habría que reiterar lo ya indicado en la primera cuestión.

Las STS de casación se apartan del criterio de las sentencias de instancia con base en que, las razones económicas y mercantiles que contiene el PTS, son contrarias a la normativa y jurisprudencia europea y la normativa de transposición, suficientes para acordar la nulidad de pleno derecho del PTS en relación con las determinaciones que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales, siendo que tal afirmación no resulta un error patente, manifiesto, evidente o notorio, por cuanto la ordenación del territorio es una excepción a la Directiva de servicios y la jurisprudencia europea, interpretable de forma restrictiva, y siendo que la interpretación de las STS no se aparta del criterio general de la indicada Directiva, ni del criterio general de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que considera que las limitaciones al libre establecimiento son una excepción que se han de fijar en ley, de forma motivada, necesaria, no discriminatoria y proporcionada.

Tercera.- En relación con la tercera cuestión, incidencia de las STS en planeamientos urbanísticos que hayan recogido las limitaciones de superficie máxima ahora declaradas nulas de pleno derecho, hay que partir de lo manifestado en la STS del recurso de casación 3687/2013, recurso contencioso-administrativo de origen 237/2011, en la que se anula en parte el PGOU de Donostia-San Sebastián y en parte el propio PTS.

En el fundamento jurídico quinto de dicha STS se establece,

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

Como con toda corrección lo entendió el Tribunal de instancia, la acción de nulidad ejercitada se basa en una impugnación indirecta, al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley de esta Jurisdicción, del Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuanto que las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana impugnadas en la instancia tienen como único fundamento jurídico lo establecido en el mencionado Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, según hemos declarado al estimar los motivos de casación segundo y tercero, es contrario a la Directiva europea 2006/123/CE y a la Ley 17/2009, de trasposición de aquélla, en cuanto establece limitaciones a la superficie máxima de los establecimientos comerciales, de modo que las determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial que contemplan tales limitaciones son nulas de pleno derecho y así lo debemos declarar conforme a lo dispuesto concordadamente en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 29 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 27.3, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al igual que hemos procedido en nuestra sentencia de esta misma fecha pronunciada en el recurso de casación 3408 de 2014, señalada su votación y fallo para el mismo día.

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

Y en el fallo se establece,

“Primero: Debemos declarar ... **nulas de pleno derecho**, por ser contrarias a la Directiva 2006/123/CE, ..., y a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, las **determinaciones del Plan Territorial Sectorial** ..., aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, ... que **imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales**.

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

...

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

EL PTS es nulo de pleno derecho en relación con sus determinaciones que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

El PGOU de Donostia-San Sebastián es nulo de pleno derecho en relación con sus determinaciones que se fundamenten, reproduzcan o apliquen las determinaciones del PTS declaradas nulas y, concretamente, todas aquéllas que imponen limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales.

Cuales fueran esas determinaciones anuladas, tanto del PGOU como del PTS, debían de ser establecidas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 LJCA y en cumplimiento de la diligencia de ordenación de 6 de octubre de 2015 del Tribunal Supremo que así lo establecía en virtud del art. 72.2 LJCA, mediante la publicación de anuncios en el BOG y en el BOPV.

En el Boletín Oficial de Gipuzkoa nº 211, de 4 de noviembre de 2015, se ha publicado Edicto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el que se dice,

“Se hace saber que en el recurso contencioso-administrativo número 237/2011 –promovido contra el acuerdo de 25/06/2010 del Ayuntamiento de San Sebastián de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián (BOG nº 222, de 17/11/2010), se ha dictado por esta Sala sentencia el 15.10.13, la cual ha sido anulada por sentencia dictada el 3.9.15 por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que es firme y en cuyo fallo se ha acordado:

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

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

Lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), se hace público para general conocimiento.

Bilbao, a 21 de octubre de 2015.

El letrado de la Administración de Justicia.”

En el mismo sentido, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 LJCA, se publican sendos Edictos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Boletín Oficial del País Vasco nº 213, de 9 de noviembre de 2015, en relación con los recursos contencioso-administrativo nº 750/2010 y nº 237/2011, dando cuenta de la anulación del PTS, en los mismos términos que en el Edicto reproducido.

Lo único que hacen público estos Edictos son el fallo de las respectivas sentencias, sin establecer las concretas determinaciones del PTS y PGOU de Donostia-San Sebastián que son nulas, por imponer “limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales”, concepto jurídico indeterminado, no obstante, determinable sin aparente especial dificultad.

Esta falta de concreción por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, tiene el inconveniente de la incertidumbre jurídica de saber lo que la Sala interpreta por “limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales”, pero por otro lado tiene la ventaja de que la Administración puede hacer una interpretación más favorable -no obviamente en los supuestos claros- en aquéllos supuestos que resulten ambiguos o confusos.

El fallo en relación con el PGOU de Donostia-San Sebastián, es un poco más extenso, porque indica que son nulas de pleno derecho todas las determinaciones del PGOU que se fundamentan, reproducen o aplican las determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial declaradas nulas y, concretamente, todas aquellas que imponen limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales.

Es decir, al igual que en el PTS, son nulas todas las determinaciones del PGOU que imponen limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales, pero además, también son nulas aquellas determinaciones que se fundamenten en las determinaciones del PTS declaradas nulas.

De nuevo un concepto jurídico indeterminado, que habrá que concretar analizando el PGOU o en el momento de dictar un acto en aplicación del PGOU.

Ofrece alguna dificultad añadida esclarecer lo que se significa “determinaciones del PGOU que se fundamentan en las determinaciones del PTS declaradas nulas” pero por contraposición con los otros conceptos que se indican, no son las que las que las reproducen, algo obvio y fácil de determinar, - serán aquellas que se refieren expresamente a las determinaciones del PTS declaradas nulas, o que literalmente son copiadas del PTS en el PGOU-, ni las que se aplican -aquellas que, sin referirse expresamente a las determinaciones del PTS declaradas nulas, ni ser literalmente copiadas del PTS en el PGOU, se deducen sin dificultad que tienen su origen en el PTS-.

Llegados a este punto, la situación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián parece definida. Con aparentes pocas dificultades, podrán establecer cuáles son las determinaciones del PGOU que son nulas de pleno derecho, y para ello pueden apoyarse en las que entienda la Administración autónoma que son nulas en el PTS.

Una vez concretados los preceptos del mismo que son nulos de pleno derecho en aplicación de la STS, otra cuestión será la decisión de cómo proceder: sin alterar el texto del PGOU, inaplicando las determinaciones declaradas nulas en su actividad de planeamiento y gestión urbanística; o por el contrario, eliminando del texto del PGOU las determinaciones declaradas nulas mediante el dictado de una resolución que -justificada en la ejecución y cumplimiento de la STS-, las elimine de dicho texto; o proceder por motivos de técnica normativa, coherencia del texto, sencillez y claridad, o por otras razones, a su eliminación con ocasión de una modificación o revisión del PGOU.

En cualquier caso, el Ayuntamiento en tanto que administración local, le es de aplicación la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, art. 2.1.

En lo que se refiere a las determinaciones del PGOU que son nulas de pleno derecho, son especialmente destacables en el ámbito de la transparencia, las obligaciones de publicidad activa, -a título ilustrativo se indican los art. 5, art. 6.2, art. 7, letra c), eventualmente d) y e)-, y del derecho de acceso a la información pública, -a título ilustrativo se indican los art. 12 y 13-.

En relación con otros municipios que no han sido parte en los procesos judiciales, y a diferencia con el municipio donostiarra, no se han anulado las determinaciones de sus

PGOU o NNSS que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales con base en el PTS.

Formalmente su planeamiento municipal, siempre referido a lo que aquí nos atañe, goza de la apariencia de legalidad, porque no ha sido derogado expresa o tácitamente, o anulado de oficio, o anulado por sentencia firme.

Sin embargo, hay que indicar que obviamente la nulidad de pleno derecho de las determinaciones del PTS que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales, afecta a los planeamientos urbanísticos que han recogido esas limitaciones de superficie máxima.

Materialmente en lo sustancial, la situación descrita del municipio donostiarra, valdría para el planeamiento urbanístico de otros municipios.

Con aparentes pocas dificultades, podrán establecer cuáles son las determinaciones del PGOU o NNSS que son nulas de pleno derecho, y para ello pueden apoyarse en las que entienda la Administración autónoma que son nulas en el PTS.

Y como procedan a continuación, igualmente cabe reiterar lo indicado respecto de Donostia-San Sebastián.

Pero en todo caso, lo sustancial es que en su actividad de planeamiento y gestión urbanística inapliquen las determinaciones de su PGOU o NNSS que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales con base en el PTS, so pena, en caso contrario, de que cualquier acto administrativo dictado por el municipio en la gestión de los equipamientos comerciales que incluyese cualquier limitación de la superficie máxima que ha resultado nula en el PTS, conlleve la anulación de dicho acto.

Y en este caso de actos municipales que se dictasen con posterioridad a la declaración de nulidad del PTS, (aplicando las limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales del PTS recogidas en el PGOU o NNSS municipal, justificándolo en que la normativa urbanística municipal en dicha materia nadie la ha impugnado), serían nulos, y resultaría terreno abonado para reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración en un ámbito como es el de los equipamientos comerciales en los que las empresas tienen realizados gastos importantes antes incluso de solicitar (y ver rechazadas) las autorizaciones pertinentes.

CUARTO.-En relación con la cuarta y quinta cuestiones planteadas, actuaciones a realizar por el Gobierno Vasco en relación con el PTS vigente a la vista de las sentencias y otras consideraciones que se consideren oportunas realizar, indicar que, como en el caso del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, procedería que la Administración autónoma identificase en el PTS las determinaciones anuladas por las STS, lo que ayudaría a los diversos municipios a identificar en sus PGOU o NNSS las determinaciones que son ilegales.

Del mismo modo, que procediera a su inaplicación en los supuestos del art. 33.5 de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial, tras su modificación por la Ley 7/2008, de 25 de junio, de Segunda Modificación de la Ley de Actividad Comercial, y

en general, inaplicación de las limitaciones de superficie máxima de los equipamientos comerciales en cualquier actividad administrativa a partir de la nulidad del PTS.

Igualmente, eliminando del texto del PTS las determinaciones declaradas nulas por las STS, por resolución en ejecución y cumplimiento de sentencias, o mediante el procedimiento que corresponda.

En el primer contacto personal con los técnicos de la Dirección para tener una inicial impresión de ambas sentencias, se planteó la posibilidad de que las determinaciones nulas del PTS, se establecieran en norma de rango de ley, tal y como la STS entendían que faltaba al PTS, además de otros incumplimientos, y todo ello en aplicación del art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, al ordenamiento interno.

En efecto, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia STS 3866/2015, de 3 de septiembre de 2015 antes reproducido, procede desbrozarlo para destacar los aspectos que interesan a los efectos el párrafo anterior:

“TERCERO.- La Sala de instancia, ... considera(r) que el Plan Territorial Sectorial ..., no precisaba ser revisado, ..., porque las limitaciones que...dicho Plan ... impone a los equipamientos comerciales tienen como finalidad el interés general al estar basadas en razones de ordenación del territorio y protección del medio ambiente, resultando por ello necesarias y proporcionadas.

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



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

... la sentencia recurrida, ... recoge con detalle y rigor los preceptos aplicables y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien **NO ES CIERTA** la premisa de la que la Sala sentenciadora deriva la desestimación de la acción de nulidad (de) la ... recurrente, cual es que el Plan ..., ha justificado suficientemente la **necesidad** de establecer ese límite máximo ..., la **no discriminación** y su **proporcionalidad**, además de **no** ser dicho Plan ... el **instrumento legal** adecuado ..., **sin** que se encuentre inspirada esa limitación..., en razones imperiosas de interés general encaminadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, sino en **razones económicas** ..., ..., por tanto, al haber infringido la sentencia recurrida los preceptos de la Directiva ...y ... la Ley 17/2009, ..., así como la doctrina jurisprudencial ... del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, ..., estos motivos de casación, ..., deben prosperar.” ...”

No basta por tanto, elevar a rango legal las determinaciones anuladas del PTS, sino, si se regulan en una ley, ahondar en las razones imperiosas de interés general encaminadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, y no en razones económicas, y ahondar en la motivación, necesidad, proporcionalidad, y no discriminación de las mismas.

No es suficiente una repetición en la ley de lo que ya estaba establecido en el PTS, sino hace falta algo más, lo que va a provocar dificultades conceptuales en su proceso de elaboración.

Hay que tener en cuenta que una ley que limite el libre ejercicio de establecimiento de los prestadores de servicios, por naturaleza, controvertida, va a acabar por una u otra vía, -probablemente en sus actos de aplicación- en los tribunales, y las SSTS ya nos están marcando cual es el nivel de exigencia para superar su rasero (que coincide con las alegaciones de la recurrente, por la contundencia con la que se expresa).

Cabría pensar en que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva 2006/123/CE, incurre en algunos excesos en la trasposición, incluso cabría analizar si incurre en contradicciones con la Directiva de servicios, pero afirmarlo con seguridad requeriría un estudio en paralelo al tiempo de la elaboración del proyecto de ley que lo confirmara, para oponerlo en los previsibles pleitos que se entablen con ocasión de la aplicación del PTS con rango de ley. En cualquier caso, no hay posibilidad de impugnar directamente la citada Ley en la jurisdicción.

Solo con ocasión de un acto administrativo que fuera impugnado en la jurisdicción, cabría solicitar a los Tribunales que planteasen en su caso, en aplicación del art. 267 TFUE, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Ley 17/2009 por haber transpuesto incorrectamente al ordenamiento jurídico interno la Directiva de servicios. No obstante, la cuestión prejudicial no es un derecho de las partes en el pleito, sino una facultad del tribunal interno, y requiere de ciertos requisitos para su activación.

Por último, la sentencia STS 3866/2015, de 3 de septiembre de 2015, dictada en el recurso de casación nº 3408/2014 (recurso contencioso-administrativo de origen nº 750/2010), en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración, ordena continuar el proceso, admitiendo y practicando todas las pruebas propuestas por la demandante en la instancia para que el Tribunal de instancia se pronuncie libremente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada de la nulidad de los acuerdos impugnados de 22 de diciembre de 2009 y 13 de abril de 2010.

Nada se indica en este informe, porque una vez reanudado el recurso contencioso-administrativo nº 750/2010 en la instancia, a los efectos de dilucidar si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, encontrándose en fase probatoria, se ha suspendido el pleito a petición del demandante, por plazo de 30 días, a efectos de que valore las consecuencias de la sentencia. En su caso, pasado el plazo, se reanudará, el curso del proceso.

Es lo que informo, no obstante, me someto a cualquier otro informe fundado en derecho.