



## **RESPUESTA A LA CONSULTA PLANTEADA POR LA DIRECCION DE PLANIFICACION TERRITORIAL, URBANISMO Y REGENERACION URBANA EN RELACIÓN CON LA REGULACION DE LA IMPLANTACION DE GRANDES CENTROS COMERCIALES.**

---

**81/2018 DDLCN – OL**

### **I.- PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.**

La Dirección de Planificación Territorial, Urbanismo y Regeneración Urbana ha planteado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo consulta en relación con la implantación de los grandes centros comerciales.

Esta consulta, según se indica en la petición formulada, se realiza para ejercitar la competencia en materia de ordenación del territorio con las debidas garantías jurídicas, tras las consecuencias derivadas de la Sentencia del Tribunal Supremo 3867/2015, de 3 de septiembre, que declara nulas de pleno derecho, por ser contrarias a la Directiva 2006/123/CE, 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, que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

Para ello, plantea las siguientes cuestiones:

- 1.- Analizar la necesidad de una norma con rango de ley.
- 2.- Determinar el contenido mínimo de la ley, en el supuesto de que sea necesaria, que dé respuesta a las razones imperiosas de interés general, para su desarrollo reglamentario a través del Plan Territorial Sectorial.

3.-Valoración del título de la ley “de regulación territorial de los grandes centros comerciales”.

4.- El Departamento entiende que se trataría del desarrollo de cuestiones de interés general que se mencionan en la Directiva de servicios y en la STS por razones territoriales, por lo que no afectaría a la materia regulada en la Ley de actividad comercial. Análisis de la cuestión competencial.

## II.- ANTECEDENTES

### A) Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales del País Vasco.

Mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, se aprueba el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales del País Vasco (en adelante, PTS).

La Disposición Final Tercera de la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la ley de la actividad comercial, estableció la necesidad de revisión del PTS:

Tercera.– Con objeto de adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, el vigente Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco deberá ser sometido a revisión en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de la presente ley, y en cualquier caso antes del 28 de diciembre de 2009, atendiendo a las razones imperiosas de interés general definidas en el artículo 4.8 de la citada directiva y teniendo en cuenta los considerandos 9 y 40. En dicha revisión se establecerá el dimensionamiento de los grandes establecimientos individuales o colectivos y equipamientos comerciales localizados en la periferia exterior de los núcleos de población, en ensanches urbanos mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales o parcelas dotacionales, extendiéndose también esta regulación a las tramas urbanas consolidadas.

En cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Final Tercera de la Ley 7/2008, y, tras la emisión de los informes técnicos y jurídicos oportunos, el Gobierno Vasco adoptó el día 22/12/2009 el siguiente acuerdo:

Manifiestar que existe plena adecuación entre el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamiento comerciales (en adelante, PTS) aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior y que, en consecuencia, no procede la modificación del citado Plan Territorial Sectorial.”

Este Acuerdo del Gobierno Vasco fue recurrido, primero, en vía administrativa y, después, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dictando la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV sentencia desestimatoria que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (recurso de casación 3408/2014).

Por otra parte, se interpuso recurso contencioso-administrativo directo contra la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastian, e indirecto contra el PTS, recurso que finaliza con una sentencia desestimatoria que es también recurrida en casación (recurso de casación 3687/2013).

B) Sentencias nº 3866 (recurso de casación 3408/2014) y 3867/2015 (recurso de casación 3687/2013), de 3 de septiembre del Tribunal Supremo.

En los recursos de casación mencionados, el Tribunal Supremo ha dictado, respectivamente, las Sentencias 3866 y 3867/2015, de 3 de septiembre, cuyo fallo, en lo que al PTS se refiere, es el siguiente:

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

El razonamiento seguido por el Tribunal Supremo en la Sentencia 3866/2015 -idéntico al de la STS 3867/2015- para anular las referidas determinaciones del PTS es el siguiente:

“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.

(...)

..., 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, 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, ...

C) Actuaciones practicadas en ejecución de la STS recaída en el recurso de casación 3408/2014.

La Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, en sesión celebrada el 16/3/2016 adoptó acuerdo sobre los “*Criterios interpretativos del Plan Territorial Sectorial en lo relativo a los equipamientos comerciales a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2015*”.

Los criterios interpretativos adoptados declaran, por una parte, que las determinaciones de la Normas de Ordenación que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales que la sentencia declara nulas de pleno derecho se corresponden con las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 1, y modifican, por otra, la redacción de los apartados concernidos por la declaración de nulidad, eliminando toda referencia a la superficie de esos equipamientos.

En el Boletín Oficial del País Vasco de 31 de marzo de 2016 se publica la Resolución de 18 de marzo de 2016, del Director de Planificación Territorial y Urbanismo mediante el que se da publicidad al acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco mencionado en el párrafo anterior.

El Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el 22/03/2016, acuerda:

“Iniciar la tramitación de la revisión del Plan Territorial Sectorial de Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, en cumplimiento de la Sentencia STS 3866/2015, de 3 de septiembre de 2015.

En cumplimiento de este Acuerdo del Consejo de Gobierno, el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda ha promovido la modificación del PTS en lo relativo

a los grandes centros comerciales. Una vez elaborado el Avance ha sido sometido al trámite de audiencia e información pública a todas las Administraciones Públicas territoriales y personas interesadas en general, trámite que finalizó el 18 de marzo de 2018.

D) Otras actuaciones derivadas de la STS de 3/9/2015

Como consecuencia de la declaración de nulidad de la STS de constante referencia, los Ayuntamientos de Valle de Trapaga-Trapagaran y Sestao han tramitado sendos expedientes de revisión de oficio de su planeamiento para declarar la nulidad de las determinaciones que establecen limitaciones a la implantación de grandes establecimientos comerciales contenidas en todos los instrumentos de ordenación que han incorporado esas determinaciones limitativas provenientes del PTS.

En esos procedimientos de revisión de oficio, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha emitido los dictámenes 78 y 79/2018, en los que ha señalado:

“Lógicamente, en el examen que corresponde a la pretensión revisora planteada por el ayuntamiento las sentencias firmes son una premisa que se impone y que la Comisión viene obligada a respetar. Sin perjuicio de que, al mismo tiempo, pueda dejarse apuntado que, a juicio de la Comisión, el caso permitía otro análisis de la “razones justificadas e imperiosas de interés general” tomadas en cuenta para fundar las determinaciones del PTS anuladas -concretadas en la ordenación del territorio y el medio ambiente- en la misma línea seguida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuyo pronunciamiento contiene un examen detallado de la motivación y fundamento del PTS y que no se plantea reparo alguno sobre el cumplimiento de la reserva de ley (sin duda, por entender que esta venía garantizada en la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial, modificada por la Ley 2/2008, de 25 de junio, y contaba asimismo con la previsión legal que de los PTS contempla la LOT).

Estos dictámenes cuentan con un voto particular en el que se sostiene:

“... resulta innegable la necesidad de ley a fin de irrumpir en materia de libertad empresarial en la que incide la regulación del PTS. Ahora bien, la reserva de ley cabe entenderla como necesidad absoluta o como una reserva de ley únicamente relativa.

### III.- RESPUESTA A LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

#### 1.- Rango de la norma que regule las limitaciones de los grandes equipamientos comerciales.

La primera cuestión planteada en la consulta formulada se refiere al análisis del rango de la norma que regule las limitaciones de los grandes equipamientos comerciales.

El Tribunal Supremo, en las Sentencias por las que ha anulado las limitaciones establecidas por el PTS, ha declarado:

*“La 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.*

Y reitera más adelante:

*“... además de no ser el Plan Territorial el instrumento legal adecuado para establecer ese régimen”.*

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, -Ley que incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2006/123/CE-, tiene carácter básico desde un punto de vista formal, pues como tal se proclama en la disposición final primera de la misma, y también desde la perspectiva material como dice el TC en sus Sentencias 26/2012 y 193/2013:

*“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 en cuanto prevén un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo que deben eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general a fin de asegurar que los controles administrativos previos para el ejercicio de una actividad, en este caso la comercial, no constituyan obstáculos indebidos para el acceso al mercado. El Estado puede legítimamente perseguir estos*

*objetivos al amparo de sus competencias en particular la relativa a la ordenación general de la economía ex art. 149.1.13 CE.*

*Sentado el carácter básico de las normas estatales, debemos concluir que constituyen un ejercicio legítimo de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.13 CE y, en su virtud, desplazan la competencia autonómica exclusiva en materia de comercio interior, lo que conlleva que la disposición autonómica impugnada sólo será constitucional en la medida que sea compatible con dicha legislación.*

El art. 5 de la Ley 17/2009, dispone:

“La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicio o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad que el propio precepto define, las cuales habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.”

De la literalidad del art. 5 se desprende que la Ley 17/2009 exige una ley formal y material para imponer limitaciones al acceso a una actividad o a su ejercicio, lo que significa que corresponde a la ley la prerrogativa de imponer esas limitaciones.

Los Planes Territoriales Sectoriales son un instrumento de ordenación del territorio, creado por la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de ordenación territorial del País Vasco, que se limita a definirlos como “los planes con incidencia territorial elaborados por los Departamentos del Gobierno Vasco tendrán el carácter de Planes Territoriales Sectoriales”, sin establecer cuál ha de ser su contenido.

El PTS procedió a la regulación territorial de los grandes equipamientos comerciales, en virtud de la habilitación que al efecto se establecía en el art. 13 de la Ley 7/1994, de la actividad comercial, en la redacción dada al mismo por la Ley 7/2008, de segunda modificación de la Ley de la actividad comercial, -pues la Ley 4/1990, de ordenación del territorio se limita a definir la que dispone:

4. Para la implantación de grandes establecimientos comerciales se estará a la regulación contenida en la normativa por la que se aprueba definitivamente el Plan



Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que es el instrumento de ordenación territorial definidor de la implantación de los grandes equipamientos comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

La Ley de la actividad comercial no contiene una regulación sustantiva en esta materia sino que se limita a remitir su regulación completa al PTS.

Se trata de una remisión en “blanco”, en virtud de la cual se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria.

No está excluida la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente, como sucede en este caso, porque ello supone una degradación de la reserva formulada a favor del legislador.

No existe en este caso una potestad reglamentaria autónoma que permita limitar legítimamente el acceso a una actividad de servicios o el ejercicio de la misma.

La participación del reglamento en la regulación de estas limitaciones solo puede producirse en el ámbito de ejecución de la ley o mediante habilitaciones específicas que ni pueden ser remisiones en blanco ni admiten interpretaciones extensivas.

Por tanto, la norma que regule estas restricciones a la implantación de los grandes equipamientos comerciales ha de tener rango de ley.

Sentado lo anterior, se vislumbran varias alternativas para cumplir con esa exigencia.

Una posibilidad sería la de modificar la Ley 7/1994, introduciendo en la misma aquellas limitaciones que se consideren necesarias y la justificación de las mismas en razones imperiosas de interés general.

Sin embargo, dada la conexión que la materia “actividad comercial” tiene con regulaciones económicas, quizás sería más adecuado introducir estas limitaciones para la implantación de los equipamientos comerciales a través una ley distinta, independiente de la ley de la actividad comercial, en base a alguna o algunas de las materias cuya competencia ostenta la CAPV y cuyo ejercicio pueda justificar el establecimiento de aquéllas.

Para ello, puede servir, en principio, cualquier materia que siendo competencia de la CAPV esté contemplada como razón imperiosa de interés general en la Ley 17/2009.

Ahora bien, visto el planteamiento de la consulta formulada, las restricciones y las razones justificativas propuestas, parece que las materias desde las que se aborden estas limitaciones han de ser las de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente.

Concluyendo, corresponde a una norma con rango de ley establecer esas limitaciones de dimensionamiento y localización para la instalación de las grandes superficies comerciales y las razones imperiosas que justifican el establecimiento de esas limitaciones deben ser objeto de motivación o justificación suficiente en la propia ley que las establezca.

#### **IV.- DETERMINAR EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA LEY.**

La segunda cuestión planteada en la consulta es determinar el contenido mínimo de la ley para que dé respuesta a las razones imperiosas de interés general, para su desarrollo reglamentario a través del Plan Territorial Sectorial.

A la consulta formulada se acompaña un informe jurídico en el que se incluye una propuesta del contenido de la norma que establezca esas limitaciones (parte dispositiva), así como las razones que justificarían la adopción de las mismas (exposición de motivos).

El contenido de la propuesta que realiza el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda es de gran calado, con medidas que se nos antojan más restrictivas que las recogidas en el PTS, al regular limitaciones no solo para la implantación de los grandes equipamientos comerciales –en la propuesta se denominan grandes centros comerciales- sino, también, para la implantación de los usos comerciales.

En líneas generales, el texto propuesto establece que tanto los usos comerciales como los grandes establecimientos comerciales deben implantarse con carácter preferente en la trama urbana residencial ordenada y delimitada por el planeamiento urbanístico vigente en el momento de aprobación de la Revisión del PTS (esta referencia a la revisión del PTS no puede mantenerse si se tramita como proyecto de ley); prohibiéndose su implantación fuera de la trama urbana no residencial, excepcionándose de esta prohibición la ampliación de los grandes establecimientos comerciales cuya necesidad se justifique por razones de rehabilitación y/o recualificación urbana del entorno afectado; y, estableciendo las condiciones en que complementaria y/o excepcionalmente podrían autorizarse grandes centros comerciales fuera de la trama urbana y/o en su periferia.

Asimismo, la propuesta limita el dimensionamiento y la localización de los nuevos grandes centros comerciales.

En el apartado 6 del informe del Departamento se incluyen las razones que constituyen la justificación de las limitaciones mencionadas en el párrafo anterior.

Esta propuesta debe analizarse a la luz de la Ley 17/2009, y, principalmente, de sus artículos 5, 9, 10 y 11 y de la jurisprudencia que ha interpretado la misma.

El contenido mínimo que ha de integrar la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 17/2009, viene constituido por las limitaciones/restricciones al acceso a una actividad de servicios o al ejercicio de la misma y la expresión de las razones imperiosas de interés general que justifican esas limitaciones que deben cumplir con las tres siguientes condiciones: no

discriminación, necesidad y proporcionalidad, añadiendo el art. 9 que los criterios deberán ser claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación y transparentes y accesibles.

En principio, la propuesta planteada cumple formalmente con el contenido formal exigido por la Ley 17/2009, pero habrá de analizarse si se cumplen materialmente las condiciones exigidas de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

La condición de no resultar discriminatorias las limitaciones se cumple en la medida en que no se hace distinción alguna en razón de la nacionalidad.

Las dos restantes condiciones: necesidad y proporcionalidad han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y a la vista de la propuesta que hace el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda entendemos conveniente traer a colación las consideraciones que hace el TJUE en su Sentencia de 24 de marzo de 2011 sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas.

La Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011 (asunto C-400/08), analiza la compatibilidad de las limitaciones de localización y superficie impuestas por el ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Cataluña a través de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, el Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, y el Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, al establecimiento de superficies comerciales con la regulación de la libertad de establecimiento (antes, artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actualmente art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Esta Sentencia de 24 de marzo de 2011 considera que las medidas establecidas en dicha normativa no son discriminatorias y están justificadas en razones imperiosas de interés general para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, al haberse justificado que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales evita los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarresta el deterioro de las zonas urbanas, preserva un modelo de ciudad integrado en el

medio ambiente, evita la construcción de nuevas carreteras y garantiza el acceso a los establecimientos mediante transporte público.

El TJUE considera adecuadas estas medidas para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente. Sin embargo, el enjuiciamiento de la validez de esas medidas restrictivas debe efectuarse a la luz del principio de proporcionalidad.

En este sentido, la normativa ha de ser apropiada y necesaria para lograr el fin legítimo perseguido y merecedor de una especial protección.

La medida será adecuada si permite alcanzar el objetivo, por lo que debe haber una coherencia entre la restricción a la libertad de establecimiento y la satisfacción de la razón imperiosa de interés general que se pretende salvaguardar y la medida será necesaria si de entre todas las medidas posibles para conseguir el fin perseguido se elige aquella menos restrictiva de la libertad de establecimiento.

En definitiva, ha de poder demostrarse que esa medida limitativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo perseguido.

Además de la idoneidad y necesidad, ha de tenerse en cuenta que la medida restrictiva sea equilibrada, y en el caso de la normativa catalana analizada, el TJUE llega a la conclusión de que, aun tratándose de medidas apropiadas para garantizar la consecución de los objetivos propuestos, esas restricciones no están justificadas porque es necesario demostrar, y el gobierno español no lo hizo, que esas medidas no van más allá de lo necesario.

Las conclusiones de la Abogada General –compartidas por el Tribunal- dicen que *“No es suficiente que España demuestre que limitaciones de esta naturaleza son apropiadas para garantizar la consecución de objetivos de protección del medio ambiente. Debe asimismo demostrar que las restricciones efectivamente impuestas no van más allá de lo necesario; por ejemplo, esbozando medidas alternativas (menos restrictivas) y explicando por qué no alcanzarían satisfactoriamente el objetivo. No encuentro prueba ni argumento alguno en este*

*sentido (que no sean meras afirmaciones) en los escritos del Gobierno español y dicho Gobierno tampoco ha presentado tales pruebas o argumentos a la vista....”*

El TC, en las Sentencias dictadas en los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Estado frente a leyes autonómicas que establecían restricciones al acceso o al ejercicio de actividades de servicios, ha venido exigiendo que la norma que establezca esas limitaciones debe expresar las razones imperiosas de interés general que justifican las mismas (SSTC 26/2012, 193/2013, 73/2016 y 128/2016).

La STC 157/2016 (FJ 9), va un paso más allá en la exigencia de justificar las “razones imperiosas de interés general”. Dada la similitud de algunas de las limitaciones propuestas por el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda y las analizadas en esta Sentencia, transcribimos algunos de los razonamientos que el TC realiza en la referida Sentencia:

Ha de afirmarse, por tanto, que el Decreto-ley 7/2014, de 23 de diciembre, invoca razones imperiosas de interés general, basadas en la protección del medio ambiente y el entorno urbano y, por tanto, contempladas en la legislación básica estatal. Ahora bien, para respetar la normativa básica estatal no basta con invocar que concurren razones imperiosas de interés general que justifican la limitación, sino que ha de justificarse que tales razones existen.

(...)

De este modo, para entender que concurren las razones imperiosas de interés general exigidas por la normativa básica estatal para que pueda establecerse una restricción al principio de libertad de establecimiento no basta con que el legislador apele a tales razones, sino que es preciso que se aporten en el presente proceso los datos precisos en las que se justifica la adopción de la medida limitativa de acuerdo con tales razones, pues solo en tales casos podrá apreciarse, cuando surge una controversia sobre la constitucionalidad de la medida, que la limitación establecida tiene como finalidad la consecución de fines de interés general que la legitiman.

En el presente caso, las razones medioambientales y urbanísticas que, según se expone en el preámbulo del Decreto-ley impugnado, fundamentan la derogación de los preceptos que excepcionalmente permitían la implantación de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada han de considerarse razones imperiosas de interés general y son razones, que , por su naturaleza y en un plano formal, se ajustan a las

previstas en la legislación básica estatal y a las reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(...)

Las Comunidades Autónomas, al amparo de sus competencias en materia de urbanismo y medio ambiente, ejercitadas en virtud de su autonomía política, pueden adoptar las medidas que consideren más oportunas para propugnar un determinado modelo de ciudad o de urbanismo comercial. No obstante, tales medidas han de adoptarse teniendo en cuenta las exigencias que se derivan de la legislación básica estatal y deben tomar en consideración la especial exigencia de precisión de los datos justificativos, en correspondencia con el rigor con que en el ámbito de la Unión debe ser tratado por los tribunales el principio de libertad de establecimiento. Sin embargo, las razones invocadas por el Decreto-ley ahora impugnado, las cuales son adecuadas por su naturaleza para justificar limitaciones a la libertad de establecimiento, no pueden considerarse suficientes, en el marco de la presente controversia constitucional, para fundamentar una medida como la adoptada en el presente caso que conlleva la prohibición prácticamente absoluta de la implantación de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada, si no se aportan al proceso los “datos precisos” para entender necesaria la restricción a la libertad de establecimiento que la misma conlleva.

Las consideraciones sobre los daños al entorno urbano y al medio ambiente que se efectúan en el preámbulo del Decreto-ley, al igual que las realizadas en la memoria que se presentó junto con el anteproyecto de esta norma, se formulan de modo abstracto, sin partir de datos concretos que pongan de manifiesto la necesidad de la medida para promover el objetivo pretendido, pues el único dato que se aporta es el que indica que la mayoría de las licencias para establecer este tipo de centros se han otorgado al amparo de las excepciones previstas en los preceptos que deroga el Decreto-ley. Este dato, con ser relevante, solo justifica que al amparo de estos preceptos se ha otorgado la mayoría de las autorizaciones solicitadas para la implantación de este tipo de centros, pero en modo alguno evidencia que la prohibición prácticamente absoluta de la implantación de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada sea una medida necesaria, por la inexistencia de alternativas menos restrictivas, para promover los legítimos objetivos pretendidos.

Las razones esgrimidas en el PTS para establecer las limitaciones en cuanto a superficie y localización fueron consideradas suficientes por la Sentencia 542/2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, para cumplir con las exigencias de la Ley 17/2009.

La mencionada Sala justificó esta suficiencia declarando:

“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 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 el art. 10.e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que la traspone al ordenamiento español ...”

Sin embargo, el criterio adoptado por el TC en su Sentencia 157/2016, siguiendo el criterio del TJUE, es más exigente y a esta exigencia habrá de estarse a la hora de regular esta materia.

Las razones justificativas invocadas en el apartado 6 del informe jurídico del Departamento pueden ser, en principio, adecuadas para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, que se concretan en conseguir un desarrollo urbano sostenible.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en ningún caso puede supeditarse el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a los “requisitos prohibidos” incluidos en el art. 10 de la Ley 17/2009, entre otros, los de naturaleza económica, y que sólo excepcionalmente y por razones imperiosas de interés general se podrá supeditar el acceso a la citada actividad por restricciones cuantitativas o territoriales, y, concretamente, por los límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores (art. 11).

En este sentido, algunas de las razones que justifican las limitaciones propuestas se refieren a “favorecer y fomentar la dinamización social y económica del medio urbano” [apdo. 6.a)] o a “la ordenación de entornos urbanos social y económicamente dinámicos” [apdo. 6.d)], razones que corren el riesgo de ser interpretadas como de carácter económico, proscritas por el art. 10 de la



Ley 17/2009 y que, en consecuencia, además de no servir para justificar las limitaciones, podrían favorecer que prosperasen los recursos que pudieran plantearse.

Por ello, sería necesario que se eliminara cualquier referencia a cuestiones “económicas”.

En cuanto a la proporcionalidad, se indica en el informe jurídico del Departamento que los criterios de localización y dimensionamiento se establecen según una clasificación de los municipios de la CAPV en función de su posición estratégica respecto a las redes de comunicaciones, su peso poblacional y disponibilidad espacial y su idoneidad urbanística para la acogida de este tipo de centros.

No podemos pronunciarnos sobre la proporcionalidad de esos criterios porque para ello resulta imprescindible contar con estudios técnicos que avalen, no solo la idoneidad de las limitaciones en abstracto, sino que expresen cuales son las razones concretas que hacen conveniente el establecimiento de esas restricciones para conseguir el objetivo perseguido o lo que es lo mismo que ese objetivo no se alcanzaría con unas alternativas menos restrictivas.

Recapitulando, la ordenación del territorio y el medio ambiente han sido considerados tanto por el TJUE como por el TC como razones imperiosas de interés general; las razones que justifican la imposición de esas limitaciones deben expresarse en la norma que establezca las mismas; estas razones han de justificar que las limitaciones impuestas son las necesarias para lograr el objetivo perseguido, que no se lograría con otras limitaciones menos restrictivas y ha de basarse en estudios, datos, informes que justifiquen, de forma concreta, que esas medidas son las apropiadas.

Por último, no debe olvidarse que una norma, como la propuesta, puede ser recurrida, bien sea directamente, bien indirectamente a través del planeamiento urbanístico, por lo que atendiendo al principio de seguridad jurídica, y a fin de evitar, en la medida de lo posible, que las limitaciones que se proponen resulten anuladas, ha de insistirse en la importancia de contar con estudios, datos concretos que avalen la necesidad e idoneidad de las limitaciones propuestas para lograr el fin perseguido.

### 3.- Valoración del título de la ley “de regulación territorial de los grandes centros comerciales”.

La Dirección que ha formulado la consulta pide una valoración del título que propone: “regulación territorial de los grandes centros comerciales.

El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993 establece que el título deberá reflejar lo más fielmente posible el contenido objeto de la disposición y lograr la máxima concisión posible.

El título propuesto puede ser válido.

### 4.- Análisis de la cuestión competencial.

La CAPV tiene competencia en muchas de las materias que el art. 3 de la Ley 17/2009 define como “razones imperiosas de interés general”, por lo que, en principio, se puede utilizar una o varias de esas competencias para fundamentar la regulación de la norma propuesta.

Ahora bien, aunque puedan verse implicadas tangencialmente otras competencias, a la vista de las limitaciones propuestas y su justificación, entendemos que la competencia predominante es la de ordenación territorial, por lo que resulta procedente que el proyecto de ley se promueva desde el órgano competente en esta materia.