

Roj: STS 2332/2021 - **ECLI:**ES:TS:2021:2332
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 7725/2019
Nº de Resolución: 780/2021
Fecha de Resolución: 02/06/2021
Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)
Ponente: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA
Tipo de Resolución: Sentencia
Resoluciones del caso: STSJ CAT 8515/2019, ATS 3167/2020, STS 2332/2021

Cuestión:

Licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial de 4.829,90 m2 de superficie de venta, destinado a equipamiento del hogar.

Resumen:

La Sala desestima el recurso. Las disposiciones concernidas del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, que determinaron la denegación de la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial, no contravienen lo dispuesto en 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 ("Directiva de Servicios") - en especial su artículo 15.3- y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. El planteamiento de la recurrente, considerando una limitación a la libertad de establecimiento la no aplicación a la CC de la excepción de continuidad establecida para las TUC, no tiene en cuenta que la condición de TUC resulta de la determinación establecida en el correspondiente planeamiento y efectiva integración en la trama urbana consolidada, que no es el caso de la CC objeto de litigio, como resulta de los escasos elementos de prueba invocados por las partes. No puede compartirse tal planteamiento ni las alegaciones sobre la inobservancia de las previsiones del art. 15.3 de la DSMI y el art. 9.2 de la Ley 17/2009 en los términos que se resultan de la doctrina de los Tribunales que se invoca, que contemplan situaciones distintas de la que es objeto de este proceso, en las que se cuestionaban limitaciones a la libertad de establecimiento debidamente identificadas e injustificadas, lo que no sucede en este caso.

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 780/2021

Fecha de sentencia: 02/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7725/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 7725/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 780/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 2 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 7725/2019, interpuesto por la entidad PROMYSA RENT, S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y defendida por el letrado D. Carlos Alonso Santamaría, contra la *sentencia de 16 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal*

Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 83/2017, en el que se impugna la resolución de fecha 2 de marzo de 2017 de la Secretaria d'Empresa i Competitivitat del Departament d'Empresa i Competitivitat de la Generalitat de Catalunya que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 19 de septiembre de 2016 de la Directora General de Comercio que denegó la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial de 4.829,90 m2 de superficie de venta, destinado a equipamiento del hogar, en la parcela n.º NUM000 CAMINO000, CALLE000 i DIRECCION000 del antiguo PP-9 del municipio de Tarragona. Interviene como parte recurrida la Generalidad de Cataluña, representada y defendida por el letrado de la misma D. Francesc Mancilla i Muntada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La *sentencia de 16 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 83/2017*, contiene el siguiente fallo:

"1º.- DESESTIMAR el recurso interpuesto.

2º. IMPONER a la parte actora el pago de las costas, hasta el límite de 2000 euros."

Se indican en la sentencia, como alegaciones de la actora, que ha de concederse la licencia solicitada toda vez que se cumplen los requisitos del *artículo 9.3 y 9.4 de la Ley 1/2009* así como por aplicación de la DA 11ª de la misma y de forma subsidiaria por entender que la denegación de la licencia es contraria al derecho comunitario, por lo que solicita la estimación del recurso y se reconozca su derecho a obtener la licencia solicitada.

La Sala de instancia razona la desestimación del recurso en los siguientes términos:

"La Ley 1/2009 de ordenación de los equipamientos comerciales establece:

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

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

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

d) Que sea justificada la localización fuera de la trama urbana consolidada de

un establecimiento individual y siempre que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

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

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

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

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

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

Por reglamento se deben detallar las condiciones de estas excepciones.

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

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

Disposicion Adicional Undécima

1. Los establecimientos comerciales ubicados fuera de la trama urbana consolidada (TUC) con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto ley mantienen sus derechos en lo relativo al cambio de titular, siempre y cuando se respeten las características de la propia licencia.

2. Las concentraciones comerciales relacionadas y delimitadas en los anexos del Decreto 379/2006, de 10 de octubre (LCAT 2006, 775 y LCAT 2007, 444) , por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, se equiparan, a efectos de la ordenación de los establecimientos comerciales, a las tramas urbanas consolidadas (TUC) del municipio correspondiente. Las actuaciones resultantes de esta equiparación no pueden ultrapasar en ningún caso el umbral de la delimitación, tal y

como fue grafiada en dichos anexos.

De la referida normativa se desprende que en la DA 11^o se establece una equiparación entre las tramas urbanas consolidadas i las concentraciones comerciales, ahora bien resulta claro que en ningún caso la equiparación puede sobrepasar, "ultrapasar", tal y como indica el precepto el umbral de la delimitación de tales concentraciones comerciales, y ello no puede suponer como sostiene la demanda que deban estar de forma parcial dentro de la delimitación de la concentración comercial, sino que deben estar en su totalidad, sin sobrepasar en ningún caso la referida delimitación.

Finalmente y en cuanto a la existencia de razones de interés general a las que alude la demanda, nada se ha acreditado en tal sentido mas allá de la genéricas afirmaciones sostenidas en la misma, y asimismo y en relación con la pretendida contrariedad de la denegación en relación con el derecho comunitario, debe ponerse de manifiesto que no resulta de aplicación al presente supuesto lo establecido en la *sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 2016* a la que se alude en la demanda, la cual ciertamente resuelve en base a la primacía del derecho comunitario pero en un supuesto de hecho totalmente distinto al que aquí enjuicamos, ya que el objeto de dicho procedimiento era la modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró y en este caso nos encontramos ante la denegación de una licencia comercial para la implantación de una gran superficie comercial, cuestiones ambas totalmente distintas, por lo que el recurso debe ser desestimado."

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de la entidad PROMYSA RENT, S.A. se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el *art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, que se tuvo por preparado por auto de 7 de noviembre de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la *Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 28 de mayo de 2020* admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "si las disposiciones concernidas del *Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales (concretamente su DA 11^a apartado 2* último inciso) que determinaron la denegación de la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial, contravienen lo dispuesto en 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 ("Directiva de Servicios") - en especial su *artículo 15.3-* y en la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio - concretamente su artículo 9.2."

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, los *artículos 15 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006*, relativa a los servicios en el mercado interior y 9.2 de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones y jurisprudencia que se denuncian, solicitando la estimación del recurso de casación, que se declaren disconformes a Derecho las resoluciones de la Generalidad impugnadas y que se reconozca el Derecho a obtener la licencia solicitada y se otorgue para cualquier sector comercial a que se destine el establecimiento.

QUINTO.- Dado traslado a la parte recurrida para oposición, se presentó el correspondiente escrito, en el que se rechazan los argumentos en que se funda el recurso de casación y se solicita su desestimación.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones y no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 1 de junio de 2021, fecha en la que ha tenido lugar, habiéndose cumplido los requisitos de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición del recurso, se alega la vulneración del *art. 15.3 de la Directiva de Servicios 2006/123/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, así como el *art. 9.2 de la Ley 17/2009*, al no considerar la sentencia recurrida que tales previsiones legales se encuentran contravenidas por la *Disposición Adicional 11ª, apartado 2, último inciso del Decreto-Ley 1/2009*.

Señala al efecto que solicitó licencia comercial fundamentándose en que el establecimiento proyectado se encontraba colindante a una CC equiparada a TUC, invocando el *art. 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009*, que le fue denegada en aplicación de la *Disposición Adicional, apartado 2, último inciso de dicha norma*.

Considera que dicho inciso resulta inaplicable por contravenir el *art. 15.3 de la DS y 9.2 de la Ley 17/2009*, en cuanto la limitación establecida en el mismo ni está justificada ni resulta justificable de acuerdo con los criterios previstos en los indicados preceptos.

Entiende que ni la Exposición de Motivos del DL 1/09, ni la de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de Promoción de la Actividad Económica ("Lep 9/2011"), que introduce el *AP.2 DA IIª en el DL 1/09*, y en lo que ahora aquí nos interesa, el límite del inciso final de dicho apartado, justifican en ningún momento el cumplimiento de ninguno de los tres requisitos establecidos en el referido art. 15.3 DS. Considera que no concurren dichos requisitos por cuanto la limitación establecida puede no atemperarse a razones de interés general, y puede resultar fácilmente discriminatoria y desproporcionada. Alega al efecto que el propio Tribunal Constitucional ("TC"), en su *sentencia núm. 193/2013, de 21 de noviembre*, declaró inconstitucionales y nulos precisamente los *apartados 3 y 4 del art. 9 DL 1/09*, en la redacción dada a los mismos por el *art. 14 de la Ley 9/2011*, sobre colindancia de la TUC, así como la *sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de junio de 2016*.

Concluye la parte que el *AP.2 DA 11 in fine vulnera la DS y la Ley 17/09*, por cuanto impone una [imitación a la libertad de establecimiento sin que tal limitación esté justificada ni sea justificable de acuerdo con los criterios que establecen los *arts. 15,3 DS y 9.2 Ley 17/09* y también incurre en dicha vulneración la sentencia que se recurre, por no decidir inaplicar dicha previsión de la normativa catalana a pesar de ser

contraria, por los motivos expuestos, a la DS y a la Ley 17/09.

Razona, igualmente, que no concurren razones imperiosas de interés general que justifiquen la denegación de la licencia comercial solicitada; que se ha obviado al respecto el informe emitido por el perito D. Epifanio, del que resulta que: el establecimiento comercial proyectado no presenta un impacto negativo desde el punto de vista del urbanismo y del entorno urbano; el establecimiento comercial proyectado no presenta un impacto negativo sobre el medio ambiente; y el establecimiento comercial proyectado no presenta un impacto negativo sobre el patrimonio-histórico-artístico. Invoca la integración de hechos al respecto y concluye solicitando: que resuelva del mismo modo que lo hizo con motivo de la *STS n° 1974/2016, de 21 de junio*. Y, en consecuencia, que resuelva inaplicar las medidas limitativas del *DL 1/09 (en nuestro caso, el AP.2 DA11 a in fine)* en base al contenido del Dictamen pericial aportado. en el que se acredita perfectamente la inexistencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen la prohibición de la implantación comercial proyectada en nuestro supuesto.

Subsidiariamente, alega la procedencia de realizar una interpretación del inciso final del *ap.2 de la DA 11ª compatible con la DS y la ley 17/09*, en virtud de la cual dicha previsión no impediría la aplicación de la excepción de colindancia a las CC equiparadas a TUC, con lo que tal previsión dejaría de operar como una limitación a la libertad de establecimiento, convirtiéndose así en una previsión normativa compatible con el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional de transposición del mismo. Razona que dicha interpretación no la impide la literalidad del precepto que no entiende referido a supuestos en que el establecimiento se ubica íntegramente fuera de la CC; que la expresión "actuaciones resultantes de esta equiparación" no es aplicable a este caso pues nos encontramos ante una aplicación combinada de esta previsión legal (de equiparación de la CC a la TUC) con una segunda previsión legal, como es la del segundo párrafo del *art. 9.4 DL 1/09*, que permite la implantación de grandes establecimientos comerciales territoriales fuera de la TUC por vía de la excepción de colindancia con la TUC; y que la interpretación finalista o teleológica del *AP. 2 DA 11ª in fine* también conduce a la conclusión de que el límite que se prevé no impide la aplicación de la excepción de colindancia a las CC equiparadas a TUC.

Concluye que, concurriendo los demás requisitos no cuestionados por la Administración, procede reconocer su derecho a la licencia comercial solicitada.

Frente a ello, la Administración recurrida, tras describir con precisión la licencia solicitada, la localización del proyecto y el alcance de la excepción prevista en el *art. 9.3.b) y 9.4 del Decreto 1/2009*, en relación con la Disposición Adicional 11ª, 2 último inciso, se refiere a los intentos de eliminar dicha excepción y la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el *Tribunal Constitucional en sentencias 193/2013, de 21 de noviembre y 157/2016, de 22 de septiembre*, pero precisando que el análisis sobre la posibilidad de supresión de la excepción de contigüidad en el contexto de la DSMI se ha centrado en la excepción que supone únicamente respecto de la TUC. El Tribunal Constitucional jamás ha afirmado, insinuado ni concluido que esta excepción tuviera que tener un alcance general y se hubiera de aplicar a otros ámbitos como las concentraciones comerciales (por ejemplo, el párrafo doceavo del FJ 9 de la *STC 157/2016*).

Entiende la parte que la interpretación de la sentencia recurrida es correcta y no procede inaplicar la *Disposición Adicional Undécima, apartado 2, inciso final, del Decreto-ley 1/2009*, que es conforme al *art. 15 de la DSMI y al art. 9.2 de la ley*

17/2009 . Señala que la exigencia de no sobrepasar los límites de la Concentración Comercial no supone ninguna discriminación ni limitación innecesaria o limitación desproporcionada que afecte al derecho de libertad de establecimiento, porque estamos ante un supuesto especial de protección de la ordenación territorial y el medio ambiente que sólo afecta a unas concretas situaciones de hecho preexistentes, las concentraciones comerciales, inventariadas en el Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales. Modelo avalado por la propia *Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011 (asunto C-400/08)*, citada por la recurrente, que reconoce que establecer determinadas condiciones para las implantaciones comerciales -como las que figuran en el Decreto-Ley- es un medio adecuado para alcanzar los objetivos de ordenación territorial y protección del medio ambiente que tanto la normativa europea como la legislación estatal básica configuran como razones imperiosas de interés general.

El mismo Decreto-Ley 1/2009, en su Exposición de motivos, y en línea con la jurisprudencia mencionada, también reconoce e insiste en la necesidad de una implantación comercial equilibrada territorialmente y sostenible con una finalidad de la norma siguiendo los criterios marcados por la Unión Europea.

Añade que con la modificación introducida en la Disposición Adicional Undécima, efectuada por una Ley que tenía por objeto la promoción de la actividad económica, se permite a estas concentraciones comerciales preexistentes subsistir económicamente asimilándolas parcialmente a las TUC, pero teniendo en consideración que se trata de situaciones de hecho existentes en el territorio que conculcan -excepcionan- los principios que promueve el Decreto-Ley 1/2009, es decir, a la ordenación territorial (principio de compacidad) y a la protección del medio ambiente (ubicadas fuera de la TUC -a mucha distancia en algunos casos-, que obliga a los usuarios a utilizar el vehículo privado, sin posibles alternativas de desplazamiento), se les impide que puedan crecer, ni que sea por el procedimiento, que por sí mismo ya constituye una excepción, de la contigüidad regulado en los *artículos 9.3.b y 9.4 del Decreto-Ley 1/2009* .

Señala, frente a las alegaciones de la recurrente, que las mismas razones imperiosas de interés general que justifican la razón de ser del *Decreto-Ley 1/2009 son extensibles a la modificación de la Disposición Adicional Undécima* , al responder las concentraciones comerciales, a situaciones de hecho anómalas que no se ajustan a los criterios de ordenación comercial.

Con motivo de la crisis económica existente, en el año 2011 y dentro del marco de una Ley que tenía por objeto la adopción de medidas para la reactivación de la actividad económica (Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica), se considera pertinente facilitar la subsistencia y desarrollo de las empresas situadas en las concentraciones comerciales, pero evitando extender sus límites y aumentar su dimensión, para evitar la ampliación de los consiguientes efectos negativos sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio que ya se han indicado.

Por consiguiente, cabe poner de relieve que no existe desproporción en la medida adoptada, vista la delimitación fáctica expuesta, ni discriminación porque todos los supuestos relativos a concentraciones comerciales son tratados de la misma forma, de conformidad con la *Disposición adicional undécima, inciso final, del Decreto-Ley 9/2009* .

No hay contradicción alguna, pues, con las *sentencias del Tribunal Supremo 97/2018* y *1974/2106* (esta última, de MATARÓ PARC, como se argumenta posteriormente, nada tiene que ver con el presente caso), citadas por el recurrente, puesto que existen razones imperiosas de interés general que justifican la denegación de la licencia comercial solicitada y la regulación de la *Disposición Adicional 11ª del Decreto-Ley 1/2009*, lejos de contravenir la Directiva de Servicios como alega repetidamente el recurrente, constituye es un medio adecuado para alcanzar los objetivos de ordenación territorial y protección del medio ambiente que tanto la normativa europea como la legislación estatal básica configuran como razones imperiosas de interés general.

Cuestiona el informe pericial invocado por la recurrente y considera, por lo expuesto, que no cabe una interpretación conforme de la controvertida disposición en los términos que defiende la parte recurrente.

SEGUNDO.- Se identifica en el auto de admisión como cuestión de interés casacional: "si las disposiciones concernidas del *Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales (concretamente su DA 11ª apartado 2* último inciso) que determinaron la denegación de la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial, contravienen lo dispuesto en 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 ("Directiva de Servicios") - en especial su *artículo 15.3-* y en la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio - concretamente su artículo 9.2."

Tal planteamiento responde al fundamento de la petición de licencia comercial invocado por la entidad recurrente en su solicitud inicial, que la misma precisa en el escrito de interposición de este recurso, en el sentido de que el establecimiento proyectado se encontraba colindante a una CC equiparada a TUC, y a tal efecto invoca la aplicación de la excepción de colindancia con la TUC a que se refiere el *art. 9.3.b*) y *9.4 del Decreto-ley 1/2009*, que le fue denegada en aplicación de la Disposición Adicional, apartado 2, último inciso de dicha norma.

A la vista del planteamiento de este recurso, lo primero que se advierte es la modificación de la justificación de sus pretensiones por la parte, que en la instancia invocaba como principal, el cumplimiento de los requisitos establecidos en los referidos preceptos para la aplicación al caso de la excepción de colindancia y, subsidiariamente, que la denegación de la licencia era contraria al derecho comunitario, mientras que en casación invoca, como fundamento principal, que el último inciso de la *DA 11ª del Decreto-ley vulnera y es contrario a las previsiones del art. 15.3 de la Directiva 2006/123/CE* de servicios del mercado interior (DSMI) y del *art. 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, invocando con carácter subsidiario una interpretación de dicho inciso final que permita la aplicación de la excepción de colindancia a las concentraciones comerciales (CC), con lo que se ajustaría a dichas previsiones.

Esta modificación del planteamiento de la recurrente no impide examinar en primer lugar el fundamento de la solicitud de la licencia, como con toda lógica se ha llevado a cabo por la Sala de instancia, en cuanto responde a la justificación del derecho a la licencia que se solicita de la Administración demandada, a cuyo resultado se supedita el examen de otros argumentos que la parte puede invocar para ello.

A tal efecto, conviene reproducir, en lo esencial y en los términos de la sentencia recurrida, los preceptos del Decreto-ley 1/2009 de 29 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales, en que se funda la pretensión de la recurrente, según los cuales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por reglamento se deben detallar las condiciones de estas excepciones.

9.4. Los grandes establecimientos comerciales territoriales pueden implantarse

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

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

Disposicion Adicional Undécima

1. Los establecimientos comerciales ubicados fuera de la trama urbana consolidada (TUC) con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto ley mantienen sus derechos en lo relativo al cambio de titular, siempre y cuando se respeten las características de la propia licencia.

2. Las concentraciones comerciales relacionadas y delimitadas en los anexos del Decreto 379/2006, de 10 de octubre (LCAT 2006, 775 y LCAT 2007, 444) , por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, se equiparan, a efectos de la ordenación de los establecimientos comerciales, a las tramas urbanas consolidadas (TUC) del municipio correspondiente. Las actuaciones resultantes de esta equiparación no pueden superar en ningún caso el umbral de la delimitación, tal y como fue grafiada en dichos anexos."

De tales preceptos resulta claramente, como mantiene la sentencia recurrida, que la equiparación de las concentraciones comerciales (CC), relacionadas en los anexos de Decreto 379/2006, a las tramas urbanas consolidadas (TUC) se refiere únicamente al ámbito territorial delimitado de las mismas, en los términos grafiados en dichos anexos, delimitación que no cabe sobrepasar ni total ni parcialmente y que tiene su justificación, como señala la Administración recurrida, en la situación de crisis económica existente en el año 2011 a la que se atiende mediante la Ley 9/2011 de 29 de promoción de la actividad económica, para facilitar la subsistencia y desarrollo de las empresas situadas en las concentraciones comerciales, de ahí que la equiparación a las TUC se proyecte dentro de los límites de la CC previamente establecidos, pues en otro caso, habría sido precisa una concreta valoración de la afectación, más allá de dichos límites, sobre el medio ambiente, ordenación del territorio, integración en la trama urbana y demás factores y principios a tener en cuenta para resolver sobre la implantación de tales establecimientos comerciales.

De ahí que no pueda acogerse la pretensión de la parte recurrente de una interpretación de la *DA 11ª.2 último inciso, en el sentido de una equiparación total de las CC a las TUC*, pues, además de que la literalidad del precepto es clara al excluir las actuaciones que vayan más allá (ultrapasar) de los límites de la CC convenientemente grafiados, la ampliación no resulta conforme con la finalidad perseguida con la equiparación establecida en los términos que acabamos de señalar, que, en su caso, habría de responder a una concreta valoración de la incidencia en medio ambiente, ordenación del territorio y demás factores determinantes, justificativa de la ampliación pretendida.

Por otra parte, la equiparación establecida entre las concretas CC ya existentes y las TUC no supone una restricción o limitación del derecho a la libertad de establecimiento sino, por el contrario, favorecer el ejercicio del mismo en un ámbito

territorial de concentración comercial de régimen específico, atribuyendo al mismo, por equiparación, la condición de TUC únicamente a tales efectos y, con ello, la posibilidad del ejercicio del derecho de establecimiento de acuerdo con el régimen general de libertad propio de la trama urbana consolidada, pero sin que esa equiparación afecte o altere la delimitación urbanística de la TUC de Tarragona que resulta de la ordenación y planeamiento urbanístico ni, por lo tanto, suponga la inclusión en la misma.

TERCERO.- En casación la parte invoca, como fundamento principal, que el último inciso de la *DA 11ª del Decreto-ley vulnera y es contrario a las previsiones del art. 15.3 de la Directiva 2006/123/CE de servicios del mercado interior (DSMI) y del art. 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, según los cuales:

"Artículo 15

Requisitos por evaluar

1. Los Estados miembros examinarán si en su ordenamiento jurídico están previstos los requisitos contemplados en el apartado 2 y harán lo necesario para que dichos requisitos sean compatibles con las condiciones contempladas en el apartado 3. Los Estados miembros adaptarán sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas con el fin de lograr que sean compatibles con dichas condiciones.

2. Los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de los siguientes requisitos no discriminatorios:

a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores;

b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular;

c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad;

d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad;

e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional;

f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados;

g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar;

h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

3. Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes:

a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;

b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;

c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Artículo 9. Principios aplicables a los requisitos exigidos.

1. Las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro.

2. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:

a) No ser discriminatorios.

b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.

c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.

d) Ser claros e inequívocos.

e) Ser objetivos.

f) Ser hechos públicos con antelación.

g) Ser transparentes y accesibles.

3. El acceso a una actividad de servicio o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación."

Sobre el alcance de los principios y criterios que contienen tales preceptos y posibles limitaciones han tenido ocasión de pronunciarse los distintos Tribunales, comunitario y nacionales, y precisamente con ocasión de examinar la acomodación a los mismos de la normativa autonómica de Cataluña. Así el *TJUE en sentencia de 24 de marzo de 2011 (C-400/08)* Comisión c. España, ha establecido que "las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la *Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07*, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada)."

Como señala el *Tribunal Constitucional en sentencia 157/2016, de 22 de septiembre*, entre tales razones "reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la *Sentencia de 11 de marzo de*

2010, *Attanasio Group*, C-384/08 , Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la *sentencia de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07 , Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la *Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia*, C-260/04 , Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada)" (apartado 74). Por esta razón la citada *STJUE de 24 de marzo de 2011 (C-400/08)* , consideró que "las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España" (apartado 80)" Añadiendo que "como también declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia citada, para que las referidas limitaciones sean legítimas es necesario, además, aportar "datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos""

El propio *Tribunal Constitucional*, en la referida *sentencia 157/2016* , que tiene por objeto precisamente el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña, 7/2014, de 23 diciembre, que, en su artículo único, deroga la *letra b) del apartado 3* y el *segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre* , tras indicar que en la disposición cuestionada se invocan "efectos indeseables como la dispersión de la urbanización fuera de la ciudad compacta, incrementando los desplazamientos innecesarios fuera de ésta, con la consecuente sobrecarga de las vías de comunicación y emisión de gases nocivos a la atmósfera, y, en determinados casos, el empobrecimiento de la vida urbana, dado que el desplazamiento de las actividades comerciales al exterior de la ciudad puede producir una desertización en las plantas bajas o edificios del centro urbano con su consecuente deterioro", señala que: "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. Como se afirma en la *STC 193/2013* , FJ 7, en estos casos el Tribunal considera necesario que, dado que se trata de una excepción a la regla general de la libertad de acceso a una actividad de servicio como es la distribución comercial, el legislador autonómico aporte razones que justifiquen que los requisitos a que sujeta la localización de ciertos formatos de establecimiento comercial atienden conjuntamente a dichos objetivos de ordenación territorial y protección ambiental, y no a otros que están prohibidos por predominar en ellos connotaciones económicas".

El mismo planteamiento se establece por este *Tribunal Supremo* en las *sentencias que se han dictado, en relación también con la normativa sectorial de Cataluña, como son la citada por las partes de 21 de junio de 2016 (rec. 1608/2014* y *la de 29 de mayo de 2017 (rec. 1702/2016), en las que se alude a la doctrina del TJUE y del TC, en este caso a la sentencia 193/2013, de 21 de noviembre* , relativa a una modificación anterior de los *apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre* , de ordenación de los equipamientos comerciales, por el *art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre* , de promoción de la actividad económica de Cataluña, que también se declaró inconstitucional.

Partiendo de estas consideraciones, la cuestión se centra en determinar si, como sostiene la parte recurrente, la *DA 11ª apartado 2 último inciso, que determinó la denegación de la licencia comercial solicitada por la recurrente, resulta contraria a lo*

dispuesto en el art. 15.3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 y en el art. 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, interpretados en el sentido que resulta de la doctrina de los tribunales que se acaba de examinar.

Pues bien, el planteamiento de la recurrente no puede compartirse porque parte de atribuir a la referida *DA 11ª el carácter de norma restrictiva que limita el ejercicio del derecho a libertad de establecimiento, carácter que, como hemos señalado antes, no tiene, pues, por el contrario, la equiparación de las CC* (que tienen un ámbito territorial delimitado) a las TUC, amplía las posibilidades de establecimiento de régimen específico mediante la sujeción al régimen general de libertad de establecimiento propio de las TUC y ello en virtud de una equiparación en cuanto al régimen jurídico a efectos de la libertad de establecimiento, pero no en cuanto al régimen urbanístico y delimitación de la TUC de Tarragona.

Esta última circunstancia es determinante para resolver la controversia, pues, cuando la parte pretende la equiparación total a las TUC a efectos de aplicar la excepción de continuidad para el establecimiento, lo que está planteando es que la CC se considere desde la condición urbanística como TUC, es decir, como integrada en la trama urbana, condición y situación que ha de resultar del correspondiente planeamiento urbanístico y que no es el caso.

En estas circunstancias no falta razón a la Sala de instancia cuando descarta la infracción del Derecho comunitario invocada por la parte y la aplicación al caso de la *sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de junio de 2016*, pues, como se ha indicado antes, las sentencias de los distintos Tribunales se refieren a actuaciones administrativas o normas que suponen limitaciones o restricciones a la libertad de establecimiento y, en tal sentido, se exige que aparezcan justificadas por razones de interés general que no resulten discriminatorias ni desproporcionadas, pero este no es el caso, como ya hemos indicado, pues la *DA 11ª* cuestionada no se refiere al régimen general de la libertad de establecimiento, no establece limitaciones generales o particulares al respecto sino que, por el contrario, dispone que a determinados espacios comerciales de régimen específico, se les aplique, a tales efectos, el régimen general propio de las TUC.

En esta situación y como señala la Administración recurrida, las mismas razones imperiosas de interés general que justifican la razón de ser del *Decreto-Ley 1/2009 son aplicables a la modificación de la Disposición Adicional Undécima*, en cuanto no supone el establecimiento de nuevas limitaciones del derecho a la libertad de establecimiento.

El planteamiento de la recurrente, considerando una limitación a la libertad de establecimiento la no aplicación a la CC de la excepción de continuidad establecida para las TUC, no tiene en cuenta que la condición de TUC resulta de la determinación establecida en el correspondiente planeamiento y efectiva integración en la trama urbana consolidada, que no es el caso de la CC objeto de litigio, como resulta de los escasos elementos de prueba invocados por las partes: así, las conclusiones del informe emitido por el perito Sr. Epifanio, alegadas por la propia parte, cuando señalan que el establecimiento no tiene impacto negativo desde el punto de vista urbanístico, se refiere a su clasificación como suelo urbano, con posible uso comercial, su proximidad a centros comerciales como CC CARREFOUR TARRAGONA, su situación al límite del término municipal, su accesibilidad a pie desde núcleos habitados y barrios residenciales contiguos incluidos en TUC de Tarragona, conexión con transporte público

en una distancia inferior a 200 metros, circunstancias que evidencian una situación fuera de la TUC, que también se desprende de las aportaciones referidas por la Administración demandada señalando que el Plan Territorial Parcial del Campo de Tarragona, aprobado el 12-1-2010, no establece ninguna estrategia de crecimiento del Sector PP9, en el que se encuentra la parcela en cuestión, excluida expresamente de la propuesta de delimitación de la TUC formulada por el Ayuntamiento de Tarragona y aprobada el 9 de septiembre de 2011, añadiendo información de la Autoridad Territorial de Movilidad de 11-7-2016, según la cual el establecimiento pretendido se situaría a no menos de 500 metros de la zona residencial más próxima, limitando las posibilidades de desplazamiento a pie y previendo el desplazamiento de visitantes en vehículo privado del 85% en viernes y 86% en sábado. Todo lo cual se confirma con el examen de la documentación del expediente y las reproducciones gráficas de la zona, que permiten apreciar el entorno próximo de la CC, con predominio de fincas sin cultivar y sin urbanizar y la considerable distancia y falta de continuidad con la trama urbana de Tarragona.

Por todo ello, no puede compartirse tal planteamiento ni las alegaciones sobre la inobservancia de las previsiones del *art. 15.3 de la DSMI* y el *art. 9.2 de la Ley 17/2009* en los términos que se resultan de la doctrina de los Tribunales que se invoca, que contemplan situaciones distintas de la que es objeto de este proceso, en las que se cuestionaban limitaciones a la libertad de establecimiento debidamente identificadas e injustificadas, lo que no sucede en este caso.

Finalmente y por las razones que se acaban de exponer, tampoco se justifica la aplicación al caso la excepción por continuidad prevista en relación con la TUC, cuya conformidad con los principios establecidos en los referidos *arts. 15.3 DSMI* y *9.2 Ley 17/2009* no se cuestiona por la parte e incluso ha de entenderse confirmada por las citadas *sentencias del Tribunal Constitucional 193/2013* y *157/2016* por las que se declararon inconstitucionales sendas disposiciones legales que trataban de suprimir dicha excepción. Resulta significativo el respecto, que la propia parte, según se ha indicado antes, precisa en el escrito de interposición de este recurso, como fundamento de su derecho a la licencia solicitada, que el establecimiento proyectado se encontraba colindante a una CC equiparada a TUC, es decir, que se invoca la colindancia con una CC y no con la TUC de Tarragona.

CUARTO.- De acuerdo con todo lo expuesto debemos responder a la cuestión de interés casacional objetivo planteada en el auto de admisión del recurso, que las disposiciones concernidas del *Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales (concretamente su DA 11ª apartado 2 último inciso)* que determinaron la denegación de la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial, no contravienen lo dispuesto en 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 ("Directiva de Servicios") - en especial su *artículo 15.3-* y en la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio - concretamente su artículo 9.2.

QUINTO.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos conduce a la desestimación del recurso de casación interpuesto, en cuanto el pronunciamiento de la sentencia de instancia responde y es conforme a los criterios de interpretación y aplicación de las normas que aquí se han expuesto.

SEXTO.- No ha lugar a la imposición de las costas al no apreciarse

temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el *art. 93.4 de la Ley jurisdiccional* , cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico cuarto:

Desestimar el recurso de casación n.º 7725/2019, interpuesto por la representación procesal de la entidad PROMYSA RENT, S.A., contra la *sentencia de 16 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 83/2017* , que queda firme. Con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.