



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



DICTAMEN JURÍDICO DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA

Derecho Administrativo, Caso 261
C – Licencias de Actividad

Elena Martí Torra

NIUB: 18010311

Trabajo Final del Máster de Acceso a
la Abogacía

Tutor: Sergi Chimenos Minguella

Curso Académico: 2021-2022

Resumen

El presente trabajo de fin de máster tiene por objeto la emisión de un Dictamen jurídico en materia de licencias de actividad a petición de la mercantil CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A. El caso que nos ocupa trata de la denegación de una licencia comercial solicitada por la empresa promotora y recurrente, PARC CENTRAL DE CATALUNYA S.A., para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial de 4.999,90 m² de superficie de venta, destinado a equipamiento del hogar, en el municipio de Reus. Para el presente Dictamen se ha procedido al estudio de distintos aspectos relacionados con la ordenación de los equipamientos comerciales, la compatibilidad de la normativa reguladora catalana con las exigencias derivadas del derecho estatal y el derecho europeo, los objetivos primordiales de interés general fundados en la protección del medio ambiente y de la ordenación territorial, así como las posibles vías de recurso jurisdiccionales frente a las que puede recurrir la parte perjudicada por la denegación de la licencia comercial, entre otras cuestiones. Todo ello atendiendo a la normativa catalana, estatal y europea, a su interpretación jurisprudencial y a la doctrina existente sobre la materia.

Resum

Aquest treball de fi de màster té per objecte l'emissió d'un Dictamen jurídic en matèria de llicències d'activitat a petició de la mercantil CENTRE COMERCIAL RECREATIU S.A. El cas que ens ocupa tracta de la denegació d'una llicència comercial sol·licitada per l'empresa promotora i recurrent, PARC CENTRAL DE CATALUNYA SA, per a la implantació d'un gran establiment comercial territorial de 4.999,90 m² de superfície de venda, destinat a equipament de la llar, al municipi de Reus. Per al present Dictamen s'ha procedit a estudiar diferents aspectes relacionats amb l'ordenació dels equipaments comercials, la compatibilitat de la normativa reguladora catalana amb les exigències derivades del dret estatal i el dret europeu, els objectius primordials d'interès general fundats en la protecció del medi ambient i de l'ordenació territorial, i les possibles vies de recurs jurisdiccionals davant les quals pot recórrer la part perjudicada per la denegació de la llicència comercial, entre altres qüestions. Tot això atenent a la normativa catalana, estatal i europea, a la seva interpretació jurisprudencial i a la doctrina existent sobre la matèria.

Palabras clave: grandes establecimientos comerciales territoriales, trama urbana consolidada, razones imperiosas de interés general, derecho a la libertad de establecimiento.

Paraules clau: grans establiments comercials territorials, trama urbana consolidada, raons imperioses d'interès general, dret a la llibertat d'establiment.

Sumario:

GLOSARIO	4
SUPUESTO DE HECHO	5
1. Exposición de los antecedentes fácticos	5
2. Documentación.....	6
2.1. Documentación facilitada por el cliente	6
2.2. Otra documentación de interés	7
ANÁLISIS JURÍDICO	8
1. Introducción.....	8
2. Fuentes aplicables al caso	11
2.1. Normativa aplicable	11
2.2. Jurisprudencia aplicable	13
3. Análisis del caso.....	14
3.1. Cuestiones sustantivas	14
3.1.1. Sobre la compatibilidad entre el Decreto-ley 1/2009 y la legislación básica estatal y europea.	14
3.1.2. Sobre la concurrencia de razones imperiosas de interés general	20
3.1.3. Sobre la inaplicabilidad al caso de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1974/2016, de 21 de junio.	24
3.1.4. Sobre el alcance de la excepción prevista en el art. 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, en relación con lo dispuesto por la DA 11 ^a	29
3.1.5. Sobre los principios de no discriminación y de limitación proporcionada.....	33
3.2. Cuestiones Procesales	38
3.2.1. Sobre el recurso contencioso-administrativo y la LGUM	38
3.2.2. Sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo	42
3.2.3. Sobre la imposibilidad de adoptar medidas cautelares	43
3.2.4. Sobre los medios de prueba	47
3.2.5. Sobre el recurso de casación ante el Tribunal Supremo	49
4. Conclusiones.....	51
5. Emisión del dictamen.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	55
ANEXO I	56
ANEXO II	58
ANEXO III	60
ANEXO IV	61

GLOSARIO

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Concentración Comercial
CNMC	Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia
DL	Decreto Ley
DS	Directiva de Servicios
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGUM	Ley de Garantía de la Unidad de Mercado
LJCA	Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUC	Trama Urbana Consolidada
UE	Unión Europea

SUPUESTO DE HECHO

1. Exposición de los antecedentes fácticos

Nuestro cliente, CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A. (en adelante, “**cliente**”), es titular de un gran establecimiento comercial instalado en la trama urbana consolidada del municipio de Reus. Acude a nuestro despacho profesional al tener noticia de la intención, por parte de PARC CENTRAL DE CATALUNYA, S.A (en adelante, “**parte contraria**” o “**parte recurrente**”) de proceder a la instalación de un gran establecimiento comercial territorial situado en una zona contigua a una concentración comercial del municipio de Reus, equiparada a trama urbana consolidada.

PARC CENTRAL DE CATALUNYA, S.A, constituye uno de los competidores principales de nuestro cliente en muchos municipios de Cataluña, en los que ambas sociedades han competido repetida y sucesivamente por obtener las licencias habilitantes para la instalación de los respectivos establecimientos comerciales.

CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A, es una empresa de mediana dimensión que lucha en el mercado por aumentar su tejido empresarial y por implantarse como una de las principales sociedades de establecimientos comerciales en Cataluña.

A su vez, PARC CENTRAL DE CATALUNYA S.A tiene una estructura y composición empresarial mucho mayor a la de nuestro cliente, con hasta 15 establecimientos comerciales situados en los principales municipios de las provincias de Cataluña. Ahora pretende instalar un nuevo establecimiento comercial en Reus, en el que se halla ya el principal centro de facturación e ingresos económicos anuales de nuestro cliente, siendo a su vez el primer centro comercial con el que la empresa se abrió al mercado catalán, contando ahora con hasta veinte años de antigüedad en dicho municipio.

Por ello, acude a nuestro despacho profesional con el fin de recibir asesoramiento legal sobre la conveniencia de personarse como parte codemandada en el procedimiento judicial que se pretende seguir ante los tribunales. En concreto, la parte contraria pretende interponer recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de fecha 5 de julio de 2021 de la Secretaria d’Empresa i Competitivitat del Departament d’Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de fecha 19 de septiembre de 2018 de la Directora General de Comercio, que denegó a su vez la licencia comercial solicitada por la empresa promotora para la implantación de un nuevo establecimiento comercial territorial de 4.999,90 m2 de superficie de venta, destinado a equipamiento del hogar, en el municipio de Reus.

La recurrente solicita la citada licencia sobre la base de que el establecimiento comercial proyectado se encuentra colindante a una concentración comercial equiparada a trama

urbana consolidada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales (en adelante, **Decreto-ley 1/2009**, o **DL 1/2009**). No obstante, la licencia le es denegada en aplicación de lo establecido por la Disposición Adicional 11ª, apartado 2, último inciso de dicho Decreto-ley 1/2009.

Nuestro cliente nos informa de que su principal propósito es evitar la instalación por su competidor principal de un nuevo establecimiento comercial en el municipio de Reus, puesto que la cercanía entre ambas actividades tendría un impacto directo sobre sus beneficios económicos anuales, así como también un claro perjuicio sobre el medio ambiente. PARC CENTRAL DE CATALUNYA, S.A., supone un riesgo para nuestro cliente, pues su instalación en el municipio podría hacer perder a la empresa la facturación de su principal establecimiento comercial en Cataluña, con la consiguiente consecuencia inevitable de la quiebra de la sociedad y el forzoso cierre de los demás establecimientos comerciales de los que dispone en el territorio catalán.

Por tanto, el objetivo primordial del Despacho va a centrarse en asesorar jurídicamente a nuestro cliente sobre el beneficio de personarse como parte codemandada en el recurso contencioso-administrativo que se pretende interponer por la parte contraria, basándose para ello en la emisión de un Dictamen jurídico que valorará las probabilidades de éxito de nuestra actuación ante los Tribunales Contenciosos Administrativos.

2. Documentación

2.1. Documentación facilitada por el cliente

Para dar respuesta a las pretensiones de nuestro cliente, es prioritario acreditar que la parte contraria no cumple con los requisitos impuestos en el Decreto-ley 1/2009, para la obtención de licencia comercial para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus. Para ello, se ha obtenido del cliente la siguiente documentación:

- Copia de la Resolución de fecha 22 de junio de 2000 de la Directora General de Comercio de la Generalitat de Catalunya, por la que se obtiene la licencia comercial solicitada por nuestro cliente en fecha 20 de mayo de 2000.
- Escritura pública de constitución de la Sociedad y Estatutos.
- Copia del expediente administrativo de tramitación de la licencia comercial solicitada por CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A. y en concreto, los informes expedidos por los departamentos competentes y la citada Resolución de denegación de fecha 5 de julio de 2021. En este punto cabe indicar que la Administración notificó a CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A. la solicitud

de licencia y la resolución de denegación al ser parte interesada. El resto de documentación se ha obtenido al amparo del artículo 105.b) de la Constitución Española, artículo 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 18 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2.2. Otra documentación de interés

A efectos de preparar una buena estrategia procesal se hizo necesaria la obtención de documentos que fueron requeridos, si bien no pudieron ser facilitados por el cliente. En todo caso, la citada documentación fue obtenida por el propio Despacho, y se incorpora alguna de ella como Anexo IV en el presente Dictamen jurídico. Hacemos referencia a:

- Resolución del Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, de fecha 12 de agosto de 2011, por la que se delimita la trama urbana consolidada del municipio de Reus.
- Mapa de delimitación de la trama urbana consolidada del municipio de Reus.
- Mapa urbanístico del municipio de Reus, en el que puede observarse la ubicación del establecimiento comercial de nuestro cliente, dentro del territorio de la trama urbana consolidada.
- Mapa urbanístico correspondiente al establecimiento comercial de nuestro cliente, en el que figura la correspondiente clasificación del suelo, sectores de planeamiento, y cualificaciones urbanísticas.
- Ficha de Información Urbanística, en la que pueden encontrarse todos los instrumentos de planeamiento a los que queda afectado el establecimiento comercial de nuestro cliente.
- Estudio de evaluación de la movilidad generada, en el marco de la modificación puntual de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana referida a los terrenos delimitados por las calles de Antonio Gaudí, Plaza de Pompeu Fabrá y Avenida de Sant Jordi.

Conviene también destacar que, si bien consideramos que hubiese resultado útil a efectos de valorar el impacto sobre el territorio y el medio ambiente de la implantación comercial proyectada, no pudo obtenerse de la parte contraria copia del proyecto técnico elaborado para la obtención de la licencia para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus.

ANÁLISIS JURÍDICO

1. Introducción

En los últimos años la idea que ha predominado con mayor fuerza en el espíritu de los legisladores y de los estudiosos del urbanismo es que las ciudades tienden a dilatarse y a dispersarse por una formidable fuerza centrífuga. En este marco, el papel del Derecho se halla principalmente en contener y ordenar la hipertrofia expansiva. Dicha estrategia se centra, entre otros aspectos, en establecer una clara línea divisoria entre lo urbano y lo rural, salvaguardando de este modo el espacio natural¹.

En el contexto descrito surge el Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña, que introduce una regulación legal cuyo objetivo primordial es mantener el “*modelo tradicional*” de comercio urbano basado en la cohesión social y el equilibrio territorial, modelo de ciudad compacta, en el que las grandes superficies comerciales son relegadas a las tramas urbanas consolidadas de los municipios capitales de comarca de más de 50.000 habitantes, permitiendo a los pequeños comercios instalarse en suelo urbano y urbanizable donde el uso residencial sea dominante².

Concretamente, el citado Decreto-ley fue dictado por la Generalitat de Cataluña con el fin de adaptar la normativa reguladora de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña a lo establecido en la Directiva 2006/123/CE, al haberse dictado la STJUE en el asunto C-400/08, en la que se declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 43 TCE (actual artículo 49 del TFUE) al adoptar una serie de disposiciones, entre las que se encontraban algunos preceptos de la anterior normativa catalana de equipamientos comerciales (Ley 18/2005, de 27 de diciembre) y de la legislación estatal, entre los que se encontraba el artículo 6 de la Ley de Comercio Minorista (en adelante, **LOCM**) en su redacción inicial.

A efectos de alcanzar la necesaria adaptación al Derecho europeo, el Decreto-ley 1/2009 abandonó el anterior sistema de licencias comerciales, cuya concesión dependía de criterios económicos, comerciales y de planificación territorial, y optó por un régimen general de comunicación, complementado por un régimen de licencias limitado a determinados supuestos. Para ello, distinguió cuatro tipos de establecimientos comerciales: los pequeños, con menos de 800 m²; los medianos, con superficie de entre

¹ AMENÓS ÁLAMO, Joan. “Reflexiones críticas sobre el mito de la ciudad compacta”. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, num.37, 2016, p. 5.

² CHOLBI CACHÁ, Francisco Antonio. “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”. *Editorial La Ley*, núm. 2381, 2010, p. 23.

800 y 1.300 m²; los grandes, con superficie de entre 1.300 y 2.500 m²; y los grandes establecimientos comerciales territoriales, con superficie igual o superior a 2.500 m².

Además de deslindar los supuestos de comunicación y licencia en función de dichas categorías, el Decreto-ley 1/2009 en los apartados 3 y 4 del artículo 9 vedaba, como regla general, la implantación de los medianos, grandes y grandes establecimientos comerciales territoriales fuera de la llamada trama urbana consolidada³ de los municipios de más de 5.000 habitantes, asimilables o capital comarcal (50.000 habitantes para los grandes establecimientos comerciales territoriales) y solo la permitía, excepcionalmente, en dos supuestos puntuales, definidos en las letras a) y b) del apartado 3.a), la segunda de las cuales se remitía al apartado 4 para los grandes establecimientos comerciales territoriales⁴.

A partir de esta rigurosa regulación, el Decreto-ley catalán parece dibujar sus objetivos en una doble dirección:

- Por un lado, la **protección del entorno urbano**, en la medida en que este modelo urbano, característico de la mayoría de países de la Unión Europea, es propio de nuestro estilo de vida y constituye un factor que nos identifica. Se trata por tanto de evitar un crecimiento no ordenado de nueva oferta que pueda provocar en Cataluña un deterioro del modelo de ciudad compacta, compleja y socialmente cohesionada.

- Por otro lado, la **tutela ambiental**. Se ha de prevenir la producción de determinados efectos medioambientales de carácter negativo, tales como la emisión de gases y el consumo de combustibles fósiles, y la generación de movilidad con vehículo privado provocada por los grandes establecimientos comerciales⁵.

Como vemos, los objetivos propuestos por el Decreto-ley catalán parecen encontrar cabida en las razones imperiosas de interés general relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano recogidas en la Directiva Europa de Servicios⁶.

Pese a lo anterior, la normativa catalana en materia de ordenación de equipamientos comerciales ha experimentado múltiples cambios legislativos que resulta interesante exponer de forma resumida.

³ Tal y como aparece definida en los artículos 7 y 8 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre.

⁴ STC 157/2016, de 22 de septiembre. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. FJ 2º.

⁵ FERNÁNDEZ TORRES, Juan-Ramón. "La apertura de grandes establecimientos comerciales no puede quedar sujeta a consideraciones económicas (comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2011, comisión C. España, AS. C-400/08). BIB 2011\1044)". *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, 2011, p. 10.

⁶ BLÁZQUEZ ALONSO, Noemí. "La Directiva de servicios y los establecimientos comerciales: el escenario del día después de la transposición". *Editorial La Ley*, núm. 353, 2010, p. 8.

Así, el apartado 3 y 4 del artículo 9 fueron modificados por el artículo 114 de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, suprimiendo las excepciones a la prohibición de implantación de centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada, siendo dicha modificación posteriormente declarada inconstitucional y nula por la STC 193/2013, de 21 de noviembre, al haber vulnerado la legislación básica estatal, pues la norma autonómica no incorporó ninguna motivación orientada a justificar las mayores restricciones impuestas sobre el emplazamiento de establecimientos comerciales más allá de razones de índole económica que no resultan acordes con los criterios fijados por la normativa básica del Estado⁷.

Más tarde se dictó la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña que, si bien declaraba vigentes los apartados 3 y 4 del artículo 9 en la redacción que tenían en el momento de entrar en vigor, se suspendía su aplicabilidad a la aprobación de un proyecto de ley de comercio, servicio y ferias que el Gobierno de la Generalitat debía presentar al Parlamento de Cataluña. La disposición transitoria octava, que incorporaba la citada precisión, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y declarada nula por la STC 73/2016, de 14 de abril, al considerar que establecía restricciones a la libertad de apertura de establecimientos comerciales sin aportar razón alguna que lo justificara, por lo que vulneraba nuevamente la legislación básica estatal⁸.

Casi un año después se aprobó el Decreto-ley 7/2014, de 23 de diciembre, que derogó las excepciones previstas en la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley, lo que suponía la imposibilidad de implantación, sin excepciones, de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada de ciertos municipios. El citado Decreto-ley 7/2014 fue declarado nuevamente inconstitucional por la STC 157/2016, de 22 de septiembre, al entender que no se había fundamentado debidamente la concurrencia de razones imperiosas de interés general relacionadas con el entorno urbano o el medio ambiente⁹.

Finalmente, el Decreto-ley catalán fue modificado por la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, que incorporó al mismo la DA 12^a que habilita, en determinados casos, a la implantación de pequeños y medianos establecimientos comerciales dentro de las instalaciones de los puertos de titularidad pública, si bien la citada disposición ha sido declarada también inconstitucional mediante

⁷ STC 157/2016, de 22 de septiembre. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. FJ 5º.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

la STC de 7 de julio de 2016, al considerar que la citada restricción no se justifica en razones imperiosas de interés general¹⁰.

Como hemos comprobado a partir del análisis de las numerosas modificaciones normativas acaecidas, esta trama urbana consolidada de la que surge el Decreto-ley catalán ha sido el principal instrumento usado por el legislador autonómico para asegurar el carácter compacto de la ciudad y restringir las instalaciones comerciales periféricas, garantizando de este modo principios esenciales de interés general que inspiran su redacción¹¹.

El concepto de trama urbana consolidada, con las limitaciones que lleva aparejado, ha suscitado numerosas controversias y debates jurídicos que intentarán ser resueltos en las páginas siguientes. No obstante, no es baladí subrayar la gran novedad que tales discusiones jurídicas presentan en sede jurisdiccional, al tratarse de una discusión ciertamente reciente que tiene poca cabida en nuestros tribunales. A este respecto, resulta útil examinar los documentos incorporados en el Anexo III del presente Dictamen jurídico, que no hacen sino constatar que en los últimos tiempos solamente un único pronunciamiento judicial ha tratado concretamente sobre la aplicación del apartado tercero del artículo 9 del Decreto-ley, y otro sobre la Disposición Adicional undécima apartado segundo del mismo Decreto-ley.

En cualquier caso, y a partir de las interpretaciones de las más relevantes Sentencias, se intentará afrontar la problemática actual en torno a las tramas urbanas consolidadas y el modelo de ciudad compacta, a través del examen de su compatibilidad con las exigencias de proporcionalidad, no discriminación y necesidad en las restricciones impuestas a la libertad de establecimiento de los operadores económicos en el mercado, que pueden encontrarse dibujadas tanto en el Derecho nacional como en el Derecho europeo.

2. Fuentes aplicables al caso

2.1. Normativa aplicable

- Comunitaria

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (DOUE [en línea], núm. 202, 7-06-2016, Z-2010-70002, páginas 1 a 388).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ AMENÓS ÁLAMO, JOAN. *op.cit*, p.22.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. (DOUE [en línea], núm. 376, 27-12-2006, L-2006-82665, páginas 36 a 68).

- **Nacional**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid núm. 206, 25/07/1889, A-1889-4763).

Constitución Española de 1978. (BOE [en línea] núm. 311, 29/12/1978, A- 1978-31229, página 29313 a 29424).

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. (BOE [en línea] núm. 15, 17/01/1996, A- 1996-1072, página 1243).

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. (BOE [en línea] núm. 167, 14/07/1998, A-1998-16718, páginas 23516 a 23551).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea] núm. 7, 08- 01-2000, A-2000-323, página 575).

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (BOE [en línea] núm. 283, 24/11/2009, A-2009-18731, página 99570).

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. (BOE [en línea] núm. 295, 10/12/2013, A-2013-12888, página 97953).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE [en línea] núm. 236, 02/10/2015, A-2015-10565, página 89343).

- **Autonómica (Cataluña)**

Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. (BOE [en línea] núm. 3887, 20/05/2003, F-2003-90008).

Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. (BOE [en línea] núm. 172, 20/07/2006, A-2006-13087, página 27269).

Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales. (BOE [en línea] núm. 15, 18/01/2010, A -2010-738).

Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica. (BOE [en línea] núm. 12, 14/01/2012, A-2012-546, páginas 2233 a 2288).

Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. (BOE [en línea] núm. 69, 21/03/2014, A 2014-2999, página 24329).

Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas. (BOE [en línea] núm. 81, 04/04/2015, A-2015-3637, páginas 28409 a 28529).

2.2. Jurisprudencia aplicable

- Sentencias del Tribunal Constitucional

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 193/2013, de 21 de noviembre (recurso de inconstitucionalidad núm. 5491/2012).

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 73/2016, de 14 de abril (recurso de inconstitucionalidad núm. 6513/2014).

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 128/2016, de 7 de julio (recurso de inconstitucionalidad núm. 3493/2015).

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 157/2016, de 22 de septiembre (recurso de inconstitucionalidad núm. 5272/2015).

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 111/2017, de 5 de octubre (recurso de inconstitucionalidad núm. 1454/2014).

- Sentencias del Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia de 21 de junio de 2003 (recurso de casación núm. 8530/2003). Sentencia de 14 de diciembre de 2015 (recurso de casación núm. 607/2015).

España. Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm.1974/2016, de 21 de junio (recurso de casación núm. 1608/2014).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 780/2021, de 2 de junio (recurso de casación núm. 7725/2019).

- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

Cataluña. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 479/2016, de 28 de junio (recurso de apelación núm. 168/2015).

Cataluña. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 648/2019, de 16 de julio (recurso contencioso-administrativo núm. 83/2017).

3. Análisis del caso

3.1. Cuestiones sustantivas

3.1.1. Sobre la compatibilidad entre el Decreto-ley 1/2009 y la legislación básica estatal y europea.

- El contexto en el que se inserta la adopción de la DA 11^a

La primera cuestión que debe ser objeto de análisis gira en torno a descartar, tal y como recientemente se ha discutido, que la Disposición Adicional 11^a apartado segundo último inciso (en adelante, **DA 11^a**) del Decreto-ley 1/2009, resulte contraria al **derecho a la libertad de establecimiento**, así como a los principios que inspiran el mismo, esto es, el **principio de no discriminación, necesidad y proporcionalidad**, según lo dispuesto por el artículo 15.3 de la Directiva 2006/123/CE y el artículo 9.2 de la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹².

No obstante, como es bien sabido, la legalidad de una disposición no puede valorarse sino situando el momento histórico en el que la misma fue adoptada, así como la finalidad que pretendía cumplir en el escenario en el que se aprobó. Dicha exigencia resulta del propio artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las normas deben ser interpretadas en virtud del sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Así, el escenario anterior a la aprobación, en diciembre de 2009, del Decreto-ley catalán respondía a la existencia de establecimientos comerciales situados mayormente en concentraciones comerciales¹³. Fue a partir de la entrada en vigor del Decreto-ley 1/2009 que tales establecimientos comerciales tuvieron que situarse, por mandato legal, en las

¹² En estos términos, el artículo 15.3 de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior: “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”.

Y el artículo 9.2 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: “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”.

¹³ Tal y como resultan descritas en los términos del artículo 2.4.c) de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, derogada posteriormente por el actual DL 1/2009.

tramas urbanas consolidadas de determinados municipios de más de 50.000 habitantes o asimilables a éstos o que fuesen capital de comarca, a efectos de reducir su impacto negativo sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio.

En esta línea, la citada DA 11ª apartado segundo último inciso equipara las tramas urbanas consolidadas (en adelante, **TUC**) y las concentraciones comerciales (en adelante, **CC**) relacionadas en los anexos del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, si bien impone el límite de que en ningún caso la equiparación pueda sobrepasar el umbral de la delimitación de tales concentraciones comerciales. Así pues, tal equiparación 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**.

Esa equiparación entre las TUC y las CC encuentra su justificación precisamente en la situación de **crisis económica** existente en el año 2011, a la que se intenta dar respuesta mediante la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, que a su vez introduce modificaciones en la Disposición Adicional aquí discutida. Lo que pretende dicha Ley es **facilitar la subsistencia y desarrollo de las empresas establecidas en las concentraciones comerciales**¹⁴. De ahí que la equiparación a las TUC se proyecte dentro de los límites de las 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 principios y factores a tener en cuenta para resolver sobre la implantación de tales establecimientos comerciales¹⁵.

Por tanto, era cierto que los establecimientos comerciales instalados en concentraciones comerciales generaban, en mayor o menor medida, efectos nocivos sobre el medio ambiente¹⁶. También que mediante el propio Decreto-ley 1/2009 se trata de adoptar criterios de gestión urbana sostenible que limiten o atenúen los mismos y que garanticen una **implantación comercial equilibrada territorialmente y sostenible** con una finalidad de la norma siguiendo los criterios marcados por la Unión Europea, pues en términos de su Exposición de Motivos, para *“poder disfrutar de unas poblaciones mejores para*

¹⁴ De ahí, su Exposición de Motivos en cuanto afirma: *“El capítulo V modifica el Decreto ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales, para introducir mejoras en la regulación que ayuden a incrementar la actividad comercial, y revisa las previsiones sobre la implantación de medios y grandes establecimientos comerciales y de establecimientos comerciales individuales y colectivos con el fin de potenciar el comercio interior y el mercado de trabajo con relación a los municipios”*.

¹⁵ STS 780/2021, de 2 de junio de 2021. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina. FJ 2º.

¹⁶ Léase la Exposición de Motivos del Decreto-ley 1/2009, en cuanto declara la *“finalidad de evitar el incremento de los efectos nocivos sobre el medio ambiente que comportan determinadas implantaciones comerciales periféricas”*.

todo el mundo hay que promover una gestión urbana sostenible en la que el suelo tiene que ser tratado como un recurso limitado que se ha de utilizar de la manera más eficiente posible, delimitando la localización de los grandes proyectos comerciales de manera estratégica, con el fin de asegurar la accesibilidad mediante los transportes públicos disponibles”.

Pero es igualmente cierto que, en ese contexto de crisis económica a la que se intentó dar respuesta mediante la Ley 9/2011, alguna contrapartida debía ofrecerse a aquellos agentes económicos que, con anterioridad a la aprobación del presente Decreto-Ley 1/2009, disponían de establecimientos comerciales situados, no dentro de la trama urbana consolidada o en su contigüidad como ahora se exige, sino en las concentraciones comerciales de los municipios.

Y de ahí la justificación del apartado segundo último inciso de la DA 11^a. La modificación de la misma, efectuada por la Ley 9/2011, **permite ahora a las preexistentes concentraciones comerciales subsistir y desarrollarse económicamente** mediante su equiparación parcial a las TUC, teniendo siempre presente que se trata igualmente de situaciones de hecho existentes en el territorio que no suponen sino una excepción a los propios principios que pretende promover el citado Decreto-ley 1/2009, esto es, la ordenación territorial (principio de compacidad) y la protección del medio ambiente. De ahí que no se permita a las CC extender sus límites y aumentar su dimensión, ni siquiera por el procedimiento que en sí constituye ya una excepción al ánimo del Decreto-ley 1/2009, de la contigüidad regulada en sus artículos 9.3.b) y 9.4, todo ello con el fin de **evitar la ampliación de los consiguientes efectos negativos sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio** causados por las concentraciones comerciales¹⁷.

Por tanto, parece en último término que lo único que pretende la Disposición Adicional aquí discutida es permitir, en el contexto de la crisis económica del año 2011, la persistencia de las CC pese a constituir situaciones de hecho que no cumplen con las nuevas exigencias impuestas por el Decreto-ley 1/2009, respecto a las cuales los establecimientos comerciales deben quedar situados en la TUC del municipio o, con carácter excepcional, en su contigüidad, todo ello con el propósito principal, primordial y urgente de reducir el impacto sobre el medio ambiente y mejorar la utilización y ordenación del territorio.

- **Los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación**

Aclarada la cuestión relativa a la finalidad y propósito de la discutida DA 11^a, conviene valorar ahora si la misma resulta proporcionada, necesaria y no discriminatoria, a la luz de las exigencias impuestas por la legislación nacional y europea (“Ley 17/2009, sobre

¹⁷ Ibídem.

el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” y “Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior”, respectivamente).

En cuanto a la **proporcionalidad** de la medida adoptada, cabe considerar que la exigencia de no sobrepasar los límites de la CC previamente grafiados no constituye una limitación innecesaria o desproporcionada que tenga grave afectación al derecho de libertad de establecimiento, pues nos encontramos 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 delimitadas en el Decreto 379/2006.

Además, la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, **TJUE**), de 24 de marzo de 2011, en el asunto C-400/08, reconoce que las condiciones impuestas a las implantaciones comerciales constituyen un **medio adecuado** para alcanzar los objetivos de ordenación territorial y protección del medio ambiente que tanto la normativa europea como la legislación básica estatal configuran como razones imperiosas de interés general¹⁸, lo que no hace sino confirmar la proporcionalidad de la medida.

Ello debe vincularse a su vez con el principio de **necesidad**. En virtud de lo defendido por el TJUE en la Sentencia antes mencionada, las limitaciones a la libertad de establecimiento deben fundarse en razones suficientes que cumplan con los principios de proporcionalidad y necesidad para la consecución de los fines perseguidos, e ir acompañadas de datos precisos que permitan corroborar su argumentación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, **TC**) núm. 157/2016, de 22 de septiembre, en la que se enjuicia precisamente la legalidad del Decreto-ley 7/2014, de 23 de 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, reconoce entre tales razones la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio, y la salvaguarda de los consumidores.

Así pues, parece evidente que las restricciones impuestas al emplazamiento y tamaño de los grandes establecimientos comerciales se presentan como medidas adecuadas, proporcionadas y necesarias para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, sin que los mismos puedan obtenerse a través de medidas menos restrictivas.

¹⁸ Línea 80 apartado 2 b) “Apreciación del Tribunal de Justicia”: *“A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, 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”.*

La prohibición de que las CC situadas fuera de las TUC puedan superar la delimitación de las mismas grafiada en los anexos del Decreto 379/2006 resulta la única medida posible existente en la actualidad para alcanzar los objetivos pretendidos de protección del medio ambiente y ordenación del territorio, sin que puedan encontrarse medidas que, de igual forma y con menor grado de afectación, ayuden a la consecución de aquellos fines.

De hecho, tal y como resulta de la Sentencia antes mencionada, de no adoptarse las mismas se derivarían “*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*”.¹⁹

En la línea de lo defendido, tampoco cabe considerar entonces que la medida resulte **discriminatoria**, puesto que todos los supuestos relativos a concentraciones comerciales son tratados de la misma forma, de conformidad con los parámetros de la DA 11ª, apartado segundo, inciso final del Decreto-ley 1/2009, sin que quepa defender entonces la existencia de situaciones de privilegio o de especial afectación a otros titulares de establecimientos comerciales situados en las CC.

Por tanto, del análisis efectuado conviene concluir que efectivamente la discutida DA 11ª, apartado segundo último inciso, en su equiparación de las CC a las TUC, **no constituye medida restricta alguna del derecho a la libertad de establecimiento**, sino que, por el contrario, **amplía las posibilidades de establecimiento de las CC de régimen específico mediante la sujeción de las mismas al régimen general de libertad de establecimiento propio de las TUC**. Ello mediante una equiparación en cuanto al régimen jurídico a efectos de la libertad de establecimiento, pero no en cuanto al régimen urbanístico y de delimitación de la TUC de Reus.

La DA 11ª no establece limitaciones generales o particulares, sino que, por el contrario, dispone que a determinados espacios comerciales se les aplique el régimen general propio de las TUC, lo que permite su subsistencia y desarrollo económico, sin que quepa defender por tanto que la citada Disposición resulta desproporcionada o discriminatoria en los fines que persigue.

De hecho, la eliminación de la DA 11ª de la regulación ofrecida por el Decreto-ley 1/2009, llevaría a una equiparación total a las TUC a efectos de aplicar la excepción de continuidad para el establecimiento, lo que resultaría en que las CC se considerasen urbanísticamente como TUC, esto es, integradas en la trama urbana, condición y

¹⁹ STC 157/2016, de 22 de septiembre. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. FJ 9º.

situación que única y exclusivamente puede resultar del correspondiente planeamiento urbanístico.

- **La jurisprudencia existente en la materia**

A mayor abundamiento, lo afirmado hasta ahora respecto a la legalidad de la DA 11ª viene avalado por la **Sentencia del Tribunal Supremo** (en adelante, **TS**), **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, núm. 780/2021, de 2 de junio de 2021**, en la que se discute una situación análoga a la presente.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la recurrente contra la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** (en adelante, **TSJ**), **Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 648/2019, de 16 de julio de 2019**, que a su vez desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de la Directora General de Comercio que denegó la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial destinado a equipamiento del hogar en el municipio de Tarragona, fundamentando su denegación en lo dispuesto en la DA 11ª apartado segundo último inciso.

Pues bien, en su Sentencia el TS llega a la siguiente conclusión, que resulta aplicable también en nuestro caso:

“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 misma²⁰”.

Así pues, cabe afirmar y reafirmar que la Disposición Adicional 11ª apartado 2 último inciso que determinó la denegación de la licencia comercial solicitada para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la TUC de Reus, no contraviene lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, ni lo establecido por el artículo 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, pues en ningún caso puede afirmarse que las restricciones contenidas en la misma sean discriminatorias, desproporcionadas o innecesarias a los fines perseguidos por el Decreto-Ley 1/2009, esto es: la protección del medio ambiente y la ordenación territorial, en los términos expuestos anteriormente.

²⁰ STS 780/2021, de 2 de junio de 2021. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina. FJ 2º.

3.1.2. Sobre la concurrencia de razones imperiosas de interés general

- La protección del medio ambiente y el entorno urbano

La segunda cuestión que debe ser objeto de análisis es la relativa a la justificación existente a la denegación de la licencia comercial solicitada por la parte recurrente. Para dar respuesta al presente punto conviene recordar en primer lugar lo que, a este respecto, establece la Directiva de Servicios 2006/123/CE (en adelante, **DS**). En este sentido, únicamente razones **imperiosas de interés general** pueden justificar limitaciones a la libertad de establecimiento y, en todo caso, en su aplicación debe jugar el principio de **no discriminación y proporcionalidad**.

En esta línea, es el considerando 40 de la DS el que viene a regular dichas razones imperiosas de interés general que justifican una limitación o restricción del derecho a la libertad de establecimiento. Específicamente en nuestro caso, y a los efectos de las grandes superficies comerciales, se hace mención a la **protección del medio ambiente y del entorno urbano**, incluida la **planificación urbana y rural**.

También la Sentencia del TS 1974/2016²¹, que será analizada con posterioridad, establece que la fijación de cualesquiera requisitos, condiciones o restricciones al acceso o ejercicio de una actividad de servicios, en general, y sobre apertura, traslado y ampliación de establecimientos comerciales, en particular, debe justificarse en razones imperiosas de interés general, como la **protección del medio ambiente**, la **ordenación del territorio o la conservación del patrimonio histórico y artístico**; en ningún caso en fines económicos, como garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores.

Por otro lado, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, limita dichas razones imperiosas de interés general en: *“el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”*.

Así pues, centrándonos concretamente en las **razones urbanísticas y ambientales** mencionadas en la DS, en la Sentencia del Tribunal Supremo y en la Ley 17/2009, parece legítimo restringir el derecho de libre establecimiento de las superficies comerciales en atención, por ejemplo, a la zonificación de los usos a los que se puede destinar el suelo,

²¹ STS 1974/2016, de 21 de junio. Ponente: Rafael Fernández Valverde. FJ 5º.

las cuestiones que afecten a las infraestructuras viarias para garantizar una movilidad segura y sostenible, o incluso a la protección de la biodiversidad²².

En consonancia con lo expuesto, conviene analizar entonces los objetivos perseguidos por el Decreto-ley catalán a efectos de determinar si los mismos encuentran cabida en las razones imperiosas de interés general antes mencionadas, esto es, la protección del medio ambiente o la ordenación del territorio.

Dichos objetivos vienen expuestos, primeramente, en la Exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009²³, en la que se menciona la necesidad de establecer las directrices a las que se deben adecuar los establecimientos comerciales con el fin de impulsar un modelo de urbanismo comercial basado en la **ocupación y utilización racional del territorio**, con usos comerciales que permitan un **desarrollo económico sostenible**, contribuir al establecimiento de modelos de ocupación del suelo que **eviten la dispersión en el territorio, reducir la movilidad y evitar desplazamientos innecesarios** que congestionen las infraestructuras públicas e incrementen la contaminación atmosférica derivada del tráfico de vehículos, favorecer el **equilibrio territorial**, garantizar la calidad de vida mediante la utilización de los instrumentos necesarios para **prevenir, minimizar, corregir y controlar los impactos ambientales** derivados de la implantación de establecimientos comerciales, alcanzar la preservación del medio ambiente, entre otros aspectos.

Lo antes dispuesto por la Exposición de motivos viene confirmado por el propio articulado del Decreto-ley 1/2009, concretamente por el artículo 4.2, que viene a establecer los objetivos que se pretenden alcanzar. En el citado precepto se vuelve a mencionar la **cohesión social, el equilibrio territorial, la ciudad compacta, la reducción de la movilidad y de los desplazamientos innecesarios, la protección del patrimonio histórico-artístico y del paisaje de Cataluña**, entre los objetivos más primordiales.

En cuanto a la localización de los establecimientos comerciales, y en coherencia con lo dispuesto por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, la posibilidad de su implantación está directamente relacionada con el catálogo de servicios del que han de disponer los municipios. La localización de los establecimientos comerciales en la trama urbana consolidada garantiza una respuesta adecuada a los **impactos medioambientales**- por lo que se refiere al tratamiento de residuos- y sobre la

²² BLÁZQUEZ ALONSO, Noemi. *op.cit.* p. 5.

²³ Véase Exposición de Motivos, punto II.

movilidad generada- por lo que se refiere a la disponibilidad de transporte urbano colectivo- que puedan generar las nuevas implantaciones comerciales²⁴.

Por tanto, el concepto de **compacidad en la trama urbana consolidada** constituye uno de los principales criterios que han de presidir el desarrollo urbanístico con el fin de poder alcanzar los objetivos de preservación del medio ambiente y demás fines mencionados en la Exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009. El hecho de potenciar la actividad en los núcleos urbanos permite, en última instancia, reducir problemas de accesibilidad y contaminación, limitando los impactos ambientales, así como reduciendo la movilidad y los desplazamientos innecesarios que incrementan la contaminación atmosférica derivada del tráfico de vehículos²⁵.

Incluso el modelo de ciudad compacta que exige la instalación de establecimientos comerciales dentro de la TUC tiene su fundamento a nivel comunitario en las conclusiones de la reunión de Postdam en relación con la estrategia territorial europea para un desarrollo equilibrado y sostenible, que determina la obligatoriedad de moderar el consumo del suelo y su utilización racional, fomentando directa o indirectamente la utilización eficiente de las áreas urbanas²⁶.

En este sentido, la estrategia en favor de una urbanización compacta suele articularse a través de las siguientes pautas²⁷:

-En primer lugar, una densidad relativamente elevada y una indisimulada preferencia por un paisaje urbano macizo e intenso, pues lo denso se alinea ahora con lo ecológico.

-En segundo lugar, contención del espacio urbanizable y edificable, de tal modo que pueda percibirse, con cierta claridad y en la medida de lo posible, la distinción entre lo urbano y el área rural y natural.

-En tercer lugar, se fomentan los usos mixtos en las zonas urbanas, evitando especializaciones excesivas e impulsando la contigüidad entre vivienda, trabajo, comercio y ocio.

-En cuarto lugar, el modelo compacto presume de cohesión social, ya que pretende asegurar la cercanía y mezcla entre viviendas de diferentes clases y estratos. Por último, se indica que las infraestructuras de movilidad deben conectar los nodos aglutinados y,

²⁴ BLÁZQUEZ ALONSO, Noemi. *op.cit.* p. 7.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ STS 1974/2016, de 21 de junio. Ponente: Rafael Fernández Valverde. FJ 5º.

²⁷ AMENÓS ÁLAMO, JOAN. *op.cit.*, p.14.

de este modo, se alcanzará la funcionalidad y rentabilidad del transporte público (que quedaría en entredicho en un territorio diseminado y de conexiones capilares)²⁸.

Así pues, y en consonancia con lo expuesto hasta el momento, la prohibición de implantación de establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada perseguida mediante los objetivos descritos del Decreto-ley catalán pretende alcanzar varias finalidades fundadas todas ellas en el interés general, y que no hacen sino confirmar aquellas razones imperiosas de interés general mencionadas en el considerando 40 de la Directiva de servicios, a saber: **la protección del medio ambiente y la utilización racional del territorio**, así como el **desarrollo sostenible** del mismo.

En este sentido, parece necesario e interesante partir de la situación que existiría en caso de haberse otorgado la licencia comercial a la solicitante, permitiendo por tanto la instalación y crecimiento sin límite de grandes establecimientos comerciales territoriales fuera de la trama urbana consolidada del municipio de Reus. El escenario hipotético que ello hubiese generado habría obligado a los usuarios, dado su distancia de la trama urbana consolidada, a utilizar el vehículo privado, sin posibles alternativas de desplazamiento. Hubiese provocado la dispersión de la ciudad, el incremento de la movilidad y los desplazamientos innecesarios, así como el desequilibrio provocado por la falta de cohesión social, que hubiese impedido a aquellas personas que no disponen de los medios necesarios para desplazarse satisfacer sus necesidades a partir de servicios públicos accesibles²⁹. Ello, en último término, hubiese incidido negativamente en la **protección del medio ambiente y en la ordenación del territorio** del municipio de Reus.

Por tanto, de lo expuesto con anterioridad ha quedado suficientemente probado que la instalación de establecimientos comerciales fuera de la TUC de los municipios perjudica gravemente las razones imperiosas de interés general en que se fundamenta el Decreto-ley 1/2009, pues en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1974/2016, de 21 de junio, que será analizada posteriormente: *“se ha demostrado que fomenta la creación de áreas especializadas fuera de las ciudades, en lugar de consolidar barrios compactos con mixtura de usos dentro de la trama urbana consolidada del municipio, y, por lo tanto, generando efectos indeseables como la dispersión de la urbanización fuera de la ciudad compacta, incrementando los desplazamientos innecesarios fuera de ésta, con la consecuente sobrecarga de las vías de comunicación y emisión de gases nocivos a la atmósfera, y, en determinados casos, el empobrecimiento de la vida urbana, dado que el desplazamiento de las actividades comerciales al exterior de la ciudad puede producir una desertización en las plantas bajas o edificios del centro urbano con su consecuente deterioro*³⁰”.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Léase la Exposición de Motivos del Decreto-ley 1/2009.

³⁰ STS 1974/2016, de 21 de junio. Ponente: Rafael Fernández Valverde. FJ 5º.

Descendiendo a un terreno más concreto, a la ciudad difusa se le ha imputado especialmente una excesiva dependencia del automóvil. Desde luego, se trata de una máquina de efectos devastadores desde el punto de vista ambiental. Ahora bien, el mayor perjuicio territorial que se asocia a la diseminación urbana no es tanto la presencia del vehículo, sino el excesivo y voraz consumo de suelo³¹.

Todo ello sitúa la **ordenación del territorio** y la **protección del medio ambiente** como principios rectores o razones imperiosas de interés general que guían la redacción del citado Decreto-ley 1/2009 y que, a su vez, justifican la denegación de la licencia comercial solicitada para la instalación de un establecimiento comercial fuera de la TUC del municipio de Reus.

- **La jurisprudencia existente en la materia**

Lo defendido con anterioridad viene confirmado por la propia **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, núm. 780/2021, de 2 de junio de 2021**, antes mencionada, en cuanto afirma que:

“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 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”³².

Por tanto, en virtud de lo examinado hasta el momento, ha de afirmarse y concluirse que la denegación de la licencia comercial para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la TUC del municipio de Reus no encuentra otra justificación que la salvaguarda de dos principales razones imperiosas de interés general, esto es, la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio, motivos que quedan delimitados ya en la propia Exposición de motivos y articulado del Decreto-ley 1/2009, y reafirmados por nuestra jurisprudencia española en supuestos similares al aquí discutido.

3.1.3. Sobre la inaplicabilidad al caso de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1974/2016, de 21 de junio.

- **Inexistencia de similitud entre los objetos discutidos**

Con la finalidad de prevenir una posible alegación de la parte recurrente sobre la posibilidad de acogerse a lo defendido en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1974, 2016, de 21 de junio, cabe anticiparse afirmando que la misma no resulta de aplicación al caso que nos ocupa. Ello fundamentalmente porque la citada Sentencia, si bien

³¹ AMENÓS ÁLAMO, JOAN. *op. cit.* p.10.

³² STS 780/2021, de 2 de junio. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina. FJ 1º.

resuelve sobre la base de la primacía del derecho comunitario, lo hace en un **supuesto de hecho totalmente distinto al aquí discutido**.

El objeto del procedimiento analizado por el Tribunal Supremo era la modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró, mientras que en el presente caso nos encontramos ante la denegación de una licencia comercial para la implantación de una gran superficie comercial territorial, cuestiones ambas totalmente distintas.

- **El análisis que efectúa el Tribunal Supremo en su Sentencia**

Más en detalle, la citada Sentencia viene a resolver el recurso de casación interpuesto por la recurrente General Galerías Comerciales, S.A. frente a la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha de 21 de febrero de 2014, en el Recurso Contencioso-Administrativo núm.177/2011, por medio de la cual se desestimó el Recurso formulado por la entidad General Galerías Comerciales, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo, que aprobó la Modificación de la trama urbana consolidada del municipio de Mataró.

En dicho recurso, la parte recurrente solicitaba que se reconociese que los terrenos del Centro Comercial Mataró Park no podían quedar excluidos de la TUC del municipio de Mataró a efectos de imponerle la denegación de la autorización para ampliar o modernizar el centro comercial, dado que cumplían con todas las circunstancias que para ello exige el Decreto-Ley 1/2009, al reunir los requisitos de su artículo 7 y cumplir los principios del artículo 4.2.

Ante la Sala del TS, la parte recurrente funda en cambio su pretensión en un único motivo de impugnación: el artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009, en cuanto impone la prohibición de implantación de establecimientos comerciales en municipios de menos de 50.000 habitantes que no sean capital de comarca, salvo que se ubiquen en la TUC, supone la vulneración del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, **TFUE**), así como del artículo 15.2 de la DS, pues la exclusión del centro comercial Mataró Park de la TUC y la consiguiente prohibición de ampliación del gran establecimiento comercial territorial no cumple con las condiciones de necesidad y proporcionalidad que exige el Derecho europeo.

Por tanto, el hecho de la controversia se situaba en la **modificación de la trama urbana consolidada** que el Ayuntamiento de Mataró había efectuado el 24 de abril de 2010, excluyendo de dicha modificación al centro comercial Mataró Park. Ello a efectos de determinar la posibilidad de introducir limitaciones a los establecimientos comerciales mediante el Decreto-ley 1/2009, una vez en vigor el artículo 49 del TFUE y la Directiva de Servicios.

En el contexto descrito, el TS debía resolver sobre la licitud de los apartados 3 y 4 del artículo 9 en su redacción originaria, que era la que se encontraba en vigor cuando fueron dictados los actos impugnados, esto es, la Resolución del Director General de Urbanismo de 10 de marzo de 2011, por la que fue aprobada la Modificación de la TUC de Mataró, así como la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra la anterior, los cuales fueron confirmados por la sentencia de instancia. Ello sin atender a la modificación, inconstitucionalidad, reviviscencia y nueva derogación parcial posterior que había experimentado el citado precepto³³.

Hecha tal precisión, el TS decide casar la sentencia de instancia y anular los actos impugnados, declarando la supremacía del Derecho de la Unión Europea frente a la normativa aplicada por la Administración de Cataluña, al considerar que la ubicación del centro comercial Mataró Park en suelo urbano consolidado con uso residencial permitía, urbanísticamente, su reforma y ampliación, y que el único impedimento existente para ello era el hecho de no estar incluido en la TUC.

Consideró el TS que la realidad física del entorno en el que se encuentra situado dicho centro comercial pone de manifiesto, con absoluta claridad, que la ubicación fuera de la TUC, y la consiguiente imposibilidad de ampliación y reforma, no viene determinada por motivos urbanísticos, medioambientales o de protección del patrimonio histórico-artístico, como exige el Derecho de la UE, sino por razones estrictamente económicas y comerciales. Así concluye que:

*“No hay duda de que, en supuestos concretos como el de autos, la normativa española que se pretende utilizar como instrumento de contención comercial resulta incompatible con los principios previstos en la Directiva de Servicios y en Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por ello, de conformidad con todo lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, debemos declarar inaplicable, por contradicción con tal Directiva, al concreto supuesto de autos, las limitaciones autorizatorias contenidas el Decreto Ley 1/2009”.*³⁴

Más específicamente, defiende el TS que esa normativa, y la concreta delimitación de la TUC del municipio de Mataró, lo que pretenden es obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio del comercio en el Centro Comercial Mataró Park.

Por ello, la actuación administrativa impugnada consistente en la delimitación de la TUC, dejando fuera de la misma al centro comercial, no halla justificación en razones imperiosas de interés general que resulten debidamente acreditadas en el supuesto particular y, en especial, que los requisitos exigidos de carácter comercial hayan sido no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con

³³ Ibídem.

³⁴ STS 1974/2016, de 21 de junio. Ponente: Rafael Fernández Valverde. FJ 8º.

antelación, predecibles, transparentes, accesibles, y acordes únicamente a criterios basados en las razones señaladas en la Directiva de Servicios³⁵.

Y, por todo ello, el TS decide casar la sentencia de instancia y, en su lugar, estimar el recurso formulado contra la Resolución de fecha 10 de marzo de 2011 del Director General de Urbanismo, que aprobó la Modificación de la TUC del municipio de Mataró, que a su vez anula en el particular relativo al Centro Comercial Mataró Park al que, por tal exclusión, no le puede ser denegada la autorización para su ampliación o reforma.

- **El reconocimiento efectuado por el Tribunal Supremo no es trasladable a nuestro caso**

No obstante lo expuesto, y en virtud de lo defendido previamente, el análisis efectuado por el TS en su Sentencia número 1974/2016, de 21 de junio, no resulta de aplicación al presente caso, por tratarse de situaciones de hecho completamente distintas.

En la citada Sentencia, como hemos visto, se enjuicia la legalidad de la delimitación de la TUC de Mataró, excluyendo de la misma al Centro Comercial Mataró Park, a la luz del Derecho de la UE, llegando a la conclusión de que no existe justificación suficiente de la concurrencia de razones imperiosas de interés general que den sentido a tal exclusión (y la correspondiente imposibilidad de obtener autorización para su reforma o ampliación). Al contrario, tal exclusión se fundamenta en criterios económicos para limitar las dimensiones de la superficie comercial a efectos de favorecer una mayor competitividad empresarial, lo que supone una clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 43 del TFUE y el artículo 15.2 de la DS.

Al contrario, en el presente supuesto lo que se discute no es la compatibilidad entre la delimitación de la TUC de Reus con el Derecho de la UE, sino la **compatibilidad entre ese mismo Derecho y la denegación de una licencia comercial solicitada para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la TUC del municipio de Reus**, cuestiones totalmente distintas.

En este sentido, tal prohibición de instalación, al contrario de lo que sucede en el supuesto de hecho examinado en la Sentencia del TS, **sí encuentra justificación en razones imperiosas de interés general** introducidas en el Derecho de la UE, esto es: la protección del medio ambiente y la ordenación territorial, como hemos tenido oportunidad de analizar con anterioridad.

Por tanto, los razonamientos a los que llega el TS en la Sentencia aquí analizada, a efectos de declarar la supremacía del Derecho de la UE sobre la normativa autonómica catalana no pueden ser extendidos al presente supuesto, por lo que una posible

³⁵ *Ibidem*.

alegación de la parte recurrente sobre la extensión del reconocimiento efectuado por el TS en su Sentencia debe ser completamente descartada.

- **La jurisprudencia existente en la materia**

De hecho, lo argumentado hasta ahora queda corroborado por la reciente **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, núm. 648/2019, de 16 de julio de 2019**, en la que se discute también la conformidad a Derecho de la Resolución de 2 de marzo de 2017, de la Secretaria d'Empresa i Competitivitat del Departament d'Empresa i Competitivitat 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 en el municipio de Tarragona.

La citada Sentencia afirma lo siguiente:

“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”³⁶.

La citada Sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo en su **Sentencia núm. 780/2021, de 2 de junio de 2021**. En el extremo que nos ocupa, el Tribunal Supremo viene a señalar que:

“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”³⁷.

³⁶ STSJ 684/2019, de 16 de julio. Ponente: Jordi Palomer Bou. FJ 3º.

³⁷ STS 780, 2021, de 2 de junio. Ponente: Octavi Juan Herrero Pina. FJ 3º.

Por tanto, cabe concluir en el presente análisis que, pese a que la parte recurrente pretenda acogerse a lo defendido por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1974/2016, en el sentido de defender la supremacía del Derecho europeo, la misma no resulta de aplicación al caso que aquí se discute, por encontrarnos ante supuestos de hecho completamente distintos que no pueden ser objeto de equiparación, debiendo enjuiciarse desde perspectivas distintas y alcanzando resultados diferentes.

3.1.4. Sobre el alcance de la excepción prevista en el art. 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, en relación con lo dispuesto por la DA 11ª.

- **El alcance del artículo 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2016, de 22 de septiembre**

En el presente análisis debe ser también objeto de examen la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2016, de 22 de septiembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del Decreto-ley 7/2014, de 23 de diciembre, de la Generalitat de Cataluña, cuyo 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, de ordenación de los equipamientos comerciales, por infracción de la normativa básica estatal y de manera indirecta el reparto constitucional de competencias delimitado por el art. 149.1.13 CE en relación con el art. 121.1 d) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, **EAC**). Tal Sentencia resultará trascendente a la hora de fijar el alcance de lo dispuesto por los artículos 9.3 b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009.

Como se ha expuesto con anterioridad, los dos apartados discutidos del artículo 9 del Decreto-ley catalán establecen algunas excepciones a la regla general de prohibición de implantación de grandes y medianos establecimientos comerciales y grandes centros comerciales territoriales fuera de la TUC de determinados municipios.

No obstante, mediante la aprobación del Decreto-ley 7/2014, de 23 de diciembre, que derogó las excepciones previstas en la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, se establece la imposibilidad absoluta de implantación, sin excepciones, de determinados centros comerciales fuera de la TUC.

En cualquier caso, la declaración de inconstitucionalidad del Decreto-ley 7/2014 no se efectúa por la utilización de la figura del Decreto-Ley, que se considera correctamente adoptada. Respecto de la acreditación de la extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal Constitucional afirma que el Gobierno catalán ha puesto de manifiesto, por una parte, el impacto que estaba teniendo en el **medio ambiente y el entorno urbano** el gran número de licencias que se habían otorgado durante el breve plazo de tiempo que habían estado en vigor los preceptos que autorizaban la implantación de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada y, por otra, ha justificado

también que esa medida no podía adoptarse a través de una ley, ya que era preciso derogar inmediatamente los preceptos que permitían la implantación de este tipo de centros comerciales para evitar que durante la tramitación parlamentaria se pudieran otorgar nuevas licencias, dado los daños que su concesión conllevaría para los intereses generales que tratan de salvaguardarse³⁸.

Además, se afirma la existencia de la necesaria conexión de sentido entre la situación de urgencia apreciada y la medida adoptada, pues es evidente que la derogación del régimen por el que se permite, en determinados supuestos, la implantación de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada constituye una medida adecuada para evitar la implantación de nuevos centros comerciales y las consecuencias desfavorables que, según sostiene la Generalitat, conlleva para los intereses generales la instalación de nuevos centros³⁹.

Así, descartada la incorrecta utilización de la figura del Decreto-ley, el Tribunal Constitucional pasa a analizar si el mismo puede resultar contrario a la legislación básica estatal dictada al amparo del art.149.1.13CE: el artículo 6 de la LOCM y el artículo 11 de la Ley 17/2009, que exigen una justificación basada en **razones imperiosas de interés general** para poder establecer restricciones a la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales.

En este sentido, el Decreto-ley impugnado, al derogar la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, tuvo como efecto que en Cataluña no pudieran implantarse fuera de las TUC establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m², como norma general. Por ello, mediante la derogación que efectúa el Decreto-ley 7/2014, se impone un régimen jurídico más restrictivo al establecimiento de este tipo de centros comerciales, en cuyo caso, de conformidad con lo dispuesto por la legislación básica, esa limitación deberá estar amparada en razones imperiosas de interés general que, de hecho, se citan ya en el preámbulo de la propia norma: **la protección del impacto en el territorio y el entorno, en el medio ambiente y en la movilidad.**

Ahora bien, para respetar la normativa básica estatal no es suficiente con invocar la concurrencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen tal limitación, sino que, dado que se trata de una excepción a la regla general de libertad de acceso a una actividad de servicio, se exige un esfuerzo argumentativo mayor, obligando al legislador autonómico a **demostrar que dichas razones concurren efectivamente en el caso concreto**, aportando los **datos precisos** en los que se justifica la adopción de la medida

³⁸ STC 157/2016, de 22 de septiembre. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. FJ 6º.

³⁹ DE MARCOS FERNÁNDEZ, ANA. "Fuentes". *Revista española de Derecho Administrativo*, num.183, 2017, p. 5.

limitativa⁴⁰. Solamente en estos casos podrá apreciarse que la limitación establecida tiene como finalidad la consecución de fines de interés general que la legitiman.

En el presente caso, si bien las razones medioambientales y urbanísticas en que se inspira el Decreto-ley impugnado han de considerarse razones imperiosas de interés general que se ajustan a las previstas en la legislación básica estatal y a las reconocidas por la jurisprudencia del TJUE⁴¹, tales razones no pueden considerarse suficientes pues la Comunidad Autónoma **no ha justificado la necesidad de las restricciones controvertidas para alcanzar los legítimos objetivos perseguidos**, lo que determina el incumplimiento de la legislación básica estatal integrada por los artículos 6 de la LOCM y 11 de la Ley 17/2009.

Por tanto, las consideraciones sobre los daños al entorno urbano y al medio ambiente que se efectúan en el preámbulo del Decreto-ley 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, pese a ser relevante, solo justifica que al amparo de estos preceptos se han 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 TUC sea una medida necesaria, por la inexistencia de alternativas menos restrictivas, para promover los legítimos objetivos pretendidos⁴².

Por ello, la citada Sentencia decide declarar la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley 7/2014, cuyo artículo único deroga la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009.

- **El alcance del artículo 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, en relación con lo dispuesto por su DA 11^a**

El razonamiento que efectúa la Sentencia del TC núm. 157/2016, de 22 de septiembre, y que ha sido sintetizado aquí sirve para precisar cuál es el alcance que debe atribuirse

⁴⁰ Así lo establece la STJUE de 24 de marzo de 2011 (C-400/08) Comisión c. España, cuando afirma: “*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*”.

⁴¹ A modo de ejemplo, la STJUE de 24 de marzo de 2011, (C-400/08) determina: “*entre estas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores*”.

⁴² STC 157/2016, de 22 de septiembre. Ponente: Don Juan Antonio Xiol Ríos. FJ 9º.

a los dos preceptos arriba mencionados, en relación con lo dispuesto por la DA 11ª apartado segundo, último inciso del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre.

Como ha tenido oportunidad de examinar el Tribunal Constitucional, la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, tienen por finalidad imponer determinadas excepciones a la regla general que impide la implantación de medianos y grandes establecimientos comerciales fuera de la TUC de determinados municipios.

A su vez, su DA 11ª apartado segundo último inciso del mismo Decreto-ley 1/2009, permite también la implantación de grandes establecimientos comerciales territoriales fuera de la TUC, siempre que se ubiquen en las concentraciones comerciales delimitadas en los anexos del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, y siempre que no se ultrapase el umbral de la delimitación, tal y como fue grafiada en dichos anexos.

Así, en consonancia con lo expuesto con anterioridad, la finalidad única de esta DAª 11 es la de permitir la subsistencia y desarrollo de establecimientos comerciales que, antes de la entrada en vigor del presente Decreto-ley catalán, se encontraban ubicadas en concentraciones comerciales, que ahora se equiparan al nuevo concepto de trama urbana consolidada, siempre bajo la obligación de cumplir determinados requisitos delimitados en la misma Disposición Adicional.

En esta línea, también la letra b) del apartado 3 y el último inciso del apartado 4 del artículo 9 pretenden **permitir la subsistencia de aquellos establecimientos comerciales que estaban ya instalados fuera de la trama urbana consolidada** antes de dictarse el Decreto-ley 1/2009, si bien se imponen ciertas limitaciones en cuanto a su emplazamiento y localización: (i) que exista una justificación en cuanto a su localización fuera de la TUC; (ii) que exista continuidad física con el tejido urbano residencial; (iii) que el planeamiento urbanístico permita el uso comercial con carácter dominante o principal; (iv) que el establecimiento comercial se localice en parcela aislada con acceso principal desde la calle perimetral a la TUC y (v) que el establecimiento esté a una distancia inferior a 200 metros de una parada de transporte público urbano.

De este modo, los medianos y grandes establecimientos comerciales podrán implantarse fuera de la TUC del municipio cuando concurren las circunstancias mencionadas y cuando 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, y siempre que se justifique también la conexión al transporte público interurbano⁴³.

Por tanto, con el mismo espíritu que la DA^a 11 apartado segundo último inciso del Decreto-ley 1/2009, la letra b) del apartado 3 y apartado 4 del artículo 9 pretenden ofrecer también algún **incentivo de supervivencia** a todos aquellos medianos establecimientos comerciales y grandes establecimientos comerciales que, antes del 22 de diciembre de 2009, se situaban fuera de la TUC de los municipios. Si bien, con el objeto de dar cumplimiento a las razones imperiosas de interés general que pretende alcanzar el Decreto-ley catalán, esto es, la ordenación territorial y la protección del medio ambiente, se imponen **ciertas exigencias de localización que deberán cumplirse para permitir que los citados establecimientos comerciales sigan perviviendo** pese a no cumplir con los nuevos mandatos del actual Decreto-ley en materia de ordenación de equipamientos comerciales.

Así, en virtud de lo analizado hasta el momento, podemos afirmar que el objetivo primordial del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, en los apartados antes mencionados, sigue el mismo propósito que pretende alcanzar la DA 11^a apartado segundo último inciso, en los términos expuestos anteriormente, esto es, permitir la subsistencia y desarrollo de todos aquellos equipamientos comerciales que, por ser anteriores a la entrada en vigor del Decreto-ley catalán, no cumplen estrictamente con las exigencias que el mismo impone en cuanto al emplazamiento y localización de los mismos en el territorio delimitado de la trama urbana consolidada de los grandes municipios.

3.1.5. Sobre los principios de no discriminación y de limitación proporcionada

- **Las limitaciones al derecho a la libertad de establecimiento y los principios de no discriminación y limitación proporcionada**

La última cuestión sustantiva que debe ser valorada en el presente Dictamen jurídico es la relativa a la exigencia de proporcionalidad y no discriminación que debe guiar cualquier limitación al derecho a la libertad de establecimiento, tal y como aparece regulado en el artículo 4.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Previamente a dar respuesta a la citada cuestión conviene situarnos en las implicaciones que tales principios traen aparejadas.

⁴³ Esta última exigencia en relación solamente a los grandes establecimientos comerciales territoriales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.4 del Decreto-ley 1/2009.

Así pues, y por lo que se refiere al **principio de no discriminación**, el artículo 3 de la LGUM incluye dos previsiones:

1- Una de **carácter positivo**, en el sentido de reconocer a todo operador económico los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes.

2- Uno de **carácter negativo**, en el sentido de prohibir que ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas, contenga condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.

En cuanto al **principio de proporcionalidad**, el artículo 5.2 de la misma Ley viene a establecer que los límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio deberán ser proporcionados a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En esta línea, debe partirse de que la regla general en materia de ejercicio o acceso a una actividad económica es la libertad de establecimiento de los prestadores mediante el régimen de comunicación previa o declaración responsable y que, solamente en casos excepcionales, podrá exigirse autorización previa siempre que la misma resulte proporcionada, necesaria y no discriminatoria. En el mismo sentido, también las razones que llevan a la denegación de una licencia y que, por tanto, suponen una limitación a la libertad de establecimiento deben fundarse en los mismos principios rectores de proporcionalidad, necesidad y no discriminación.

Consecuentemente, procede examinar los citados principios desde una doble perspectiva:

1. En relación con la exigencia del régimen de autorización previa.
2. En relación con las razones que llevaron a la denegación de la citada autorización para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus.

- **Aplicación de los principios de limitación proporcionada y no discriminación en cuanto a la necesidad de autorización previa**

En primer lugar, y en cuanto a la **necesidad de obtener autorización con carácter previo** al ejercicio de una actividad de servicios, en este caso, la instalación de un gran establecimiento comercial territorial, el artículo 5 de la Ley 17/2009, determina que no podrá imponerse el régimen de autorización para el acceso a una actividad de servicios o al ejercicio de la misma a no ser que se motive suficientemente en la ley que establezca dicho régimen que la autorización resulta (1) no discriminatoria en función de la

nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, (2) necesaria por quedar justificado el régimen de autorización en razones imperiosas de interés general y (3) proporcionada, por ser la autorización el instrumento más adecuado para la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular, una comunicación o una declaración responsable.

A su vez, el artículo 17.1 de la LGUM determina la instrumentación del principio de proporcionalidad, entendiéndose que el mismo concurre para la exigencia de una autorización, *“respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”.*

Por tanto, de lo expuesto por el anterior precepto parece que se cumple con el principio de proporcionalidad que debe regir la exigencia de autorización previa al ejercicio de una actividad de servicios cuando la misma sea susceptible de causar daños en el medio ambiente y el entorno urbano, y tales daños no puedan evitarse con medidas menos restrictivas de salvaguarda, como puede ser la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 111/2017, de 5 de octubre, declara respecto de la previsión establecida en el artículo 17.1 de la LGUM lo siguiente:

“Cabe exigir autorización respecto de las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas solo si estas pueden «generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico».
Estas previsiones en modo alguno imponen restricciones a la libre circulación de bienes o personas en todo el territorio español, ni desarrollan medidas que, por considerarse proteccionistas o discriminatorias, puedan llegar a vulnerar el artículo 139.2 CE. Tampoco restringen la libertad de empresa (art. 38 CE); antes bien, reiteran o concretan las garantías que resultan de su reconocimiento constitucional e, incluso, suponen una elevación legal del estándar de protección que el artículo 38 CE garantiza.”⁴⁴

Aplicado lo anterior a nuestro supuesto particular, resulta que la exigencia de autorización previa para el ejercicio de la actividad comercial en ningún caso puede considerarse que afecte de forma desproporcionada al derecho a la libertad de establecimiento, por cuanto la instalación de un establecimiento comercial se presenta como una **actividad que puede generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano** (razones imperiosas de interés general), por lo que surge la necesidad de comprobar su adecuación a dichas razones de interés general **con carácter previo al**

⁴⁴ STC 111/2017, de 5 de octubre. Ponente: Andrés Ollero Tassara. FJ 1º.

ejercicio del derecho, sin que sea suficiente un control a posteriori en el marco de una declaración responsable o comunicación previa.

Lo defendido es ciertamente corroborado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, número 168/2013, de 13 de febrero, en la que se concluye, respecto a los establecimientos comerciales:

“Con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización, pero también es cierto que, de acuerdo con lo establecido por la Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520), las autoridades competentes podrán establecer un régimen de autorización administrativa para la instalación de establecimientos comerciales cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general amparadas por la normativa de la Unión Europea y de acuerdo con requisitos y procedimientos que deberán justificarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tal como hace la Administración autónoma demandada al identificar en el Decreto ahora impugnado, de forma objetiva y previsible, las razones que motivan el establecimiento de las Directrices Sectoriales cuestionadas y el impacto estimado de las mismas, atendiendo los requisitos en ellas establecidos a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como son la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la ordenación del territorio, la conservación del patrimonio histórico artístico y la protección de los consumidores entendida conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

*En este sentido y teniendo en cuenta la información técnica disponible sobre el impacto urbanístico y medioambiental de los distintos tipos de establecimientos comerciales, se considera que, aunque en general no resulte justificado el ejercicio de la potestad autorizatoria, es plausible que, una vez garantizado como aquí ocurre el principio de proporcionalidad y el cumplimiento de otros criterios de buena regulación, puedan establecerse para los equipamientos comerciales limitaciones de su actividad sobre el suelo, sobre todo si este es no urbanizable”.*⁴⁵

Por tanto, de lo defendido por la anterior Sentencia podemos afirmar que la exigencia de autorización administrativa con carácter previo a la instalación de un establecimiento comercial en ningún caso constituye una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de establecimiento, por cuanto pretende paliar los daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano que los establecimientos comerciales generan, presentándose dichos objetivos como razones imperiosas de interés general que justifican la imposición de limitaciones al derecho a la libertad de establecimiento.

Por similares motivos, tampoco la exigencia de autorización previa es discriminatoria puesto que el mismo régimen de intervención administrativa se exige a cualquier operador económico que pretenda instalar un gran establecimiento comercial territorial, sin que quepa defender un trato especialmente perjudicial o beneficioso a concretos operadores económicos en el mercado. Cualquier empresario que quiera instalar un establecimiento comercial en cualquier parte del territorio nacional deberá obtener

⁴⁵ STJS 168/2013, de 13 de febrero. Ponente: Esteve Fernández Torres. FJ 2º.

previamente de la Administración competente licencia comercial, que permitirá controlar y apaciguar los daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano que la instalación proyectada pueda llegar a causar.

Así pues, conforme a lo examinado hasta el momento con respecto a la exigencia de autorización previa para la instalación de establecimientos comerciales que impone el Decreto-ley 1/2009, podemos concluir que la misma se encuentra **justificada por las razones imperiosas de interés general** recogidas taxativamente en la Ley 17/2009 y que justifican la imposición de limitaciones a la libertad de establecimiento, esto es, la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. Justamente por pretender la protección de aquellas razones de interés general la exigencia de autorización **no supone una limitación desproporcionada a la libertad de establecimiento ni puede entenderse la misma como discriminatoria.**

- **Aplicación de los principios de limitación proporcionada y no discriminación en cuanto a la denegación de la licencia comercial solicitada**

Sentado ya el carácter proporcionado de la exigencia de título autorizatorio previo, conviene entrar a analizar ahora si tales virtudes pueden también desprenderse de los **motivos que llevaron a la denegación de la licencia comercial solicitada**, impidiendo así la instalación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la trama urbana consolidada del municipio de Reus.

Sin necesidad de reiterarnos en lo defendido anteriormente, pues la presente cuestión ha sido ya analizada con mayor detalle con anterioridad, cabe repetir solamente que:

En primer lugar, la denegación de la licencia comercial no constituye decisión alguna de carácter discriminatorio, puesto que no debe calificarse, en los términos utilizados por la Ley 17/2006, como un requisito *“basado directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social, y en particular, requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión”*.

En esta línea, la licencia hubiese sido igualmente denegada a cualquier otro operador económico que hubiese pretendido la instalación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la TUC delimitada en cualquier otro municipio. Pues el espíritu de limitar la instalación de establecimientos comerciales en las TUC de los municipios se fundamenta en la protección de razones imperiosas de interés general como son la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio.

Así, descartada ya que la denegación del título habilitante se fundamente en razones basadas en la nacionalidad o domicilio social del establecimiento, o que la misma haya introducido un trato diferenciado al solicitante de la licencia, cabe entonces excluir que los motivos que llevaron a su denegación sean discriminatorios.

Por similares razones, tampoco aquellos motivos que llevaron a la denegación de la licencia comercial suponen una limitación desproporcionada al derecho a la libertad de establecimiento, pues como hemos tenido oportunidad de defender anteriormente, las condiciones impuestas a las implantaciones comerciales constituyen un medio adecuado para alcanzar los objetivos de ordenación territorial y protección del medio ambiente que tanto la normativa europea como la legislación básica estatal configuran como razones imperiosas de interés general.

En este sentido, la imposibilidad de situar los establecimientos comerciales fuera de unos límites previamente fijados no constituye una limitación innecesaria o desproporcionada que tenga grave afectación al derecho a la libertad de establecimiento, pues nos encontramos ante un supuesto especial de protección de la ordenación territorial y el medio ambiente que sólo afecta a unas concretas situaciones de hecho: los medianos establecimientos comerciales, los grandes establecimientos comerciales y los grandes establecimientos comerciales territoriales, cuyos efectos desfavorables sobre el medio ambiente y el entorno urbano deben ser objeto de salvaguarda y protección.

Por todo lo expuesto concluimos que, siendo necesario examinar los principios de proporcionalidad y no discriminación tanto en la exigencia de autorización previa para la instalación de establecimientos comerciales como en los motivos que llevaron a la denegación de la licencia comercial solicitada, en ninguno de los dos casos puede defenderse que se haya producido una limitación desproporcionada de la libertad de establecimiento o que aquella limitación resulte discriminatoria. Ello fundamentalmente porque las restricciones se hallan amparadas en razones imperiosas de interés general y se presentan además como el **único medio actual existente que permite la salvaguarda de aquellos intereses generales**, sin que puedan alcanzarse los mismos objetivos con técnicas de intervención administrativa menos gravosas para el particular.

3.2. Cuestiones Procesales

3.2.1. Sobre el recurso contencioso-administrativo y la LGUM

- El recurso contencioso-administrativo y el plazo para su interposición

Una vez concluido el análisis relativo a las cuestiones sustantivas que deberán ser objeto de Dictamen jurídico por este Despacho, conviene entrar ahora a examinar las cuestiones procesales que se plantean en el presente caso.

En este sentido, y como primera cuestión a resolver, tenemos conocimiento de que mediante la Resolución de fecha 5 de julio de 2021 de la Secretaria d'Empresa i Competitivat del Departament d'Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya se ha desestimado el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de fecha 19 de septiembre de 2018 de la Directora General de Comercio que denegó la licencia

comercial solicitada por la empresa promotora y recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus.

Conocemos también la intención de la parte contraria de impugnar la anterior Resolución de fecha 5 de julio de 2021. Por ello, conviene sintetizar aquí las distintas posibilidades de recurso que dispone la mercantil para discutir la legalidad de la denegación de la licencia comercial solicitada y obtener un reconocimiento judicial de su derecho a la implantación proyectada.

Así, en primer lugar, cabe mencionar que el recurso de alzada se halla actualmente regulado en los artículos 121 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, **LPACAP**). El apartado tercero del artículo 122 determina que contra la resolución de un recurso de alzada no habrá **ningún otro recurso en vía administrativa**, lo que debe ponerse en consonancia con lo establecido por el artículo 114.1.a), que precisa que las resoluciones del recurso de alzada **ponen fin a la vía administrativa**.

Por ello, descartada la posibilidad de continuar impugnando en vía administrativa, debemos recurrir a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, **LJCA**), a efectos de determinar qué otros recursos jurisdiccionales podrán interponerse por la parte recurrente contra la resolución del recurso de alzada.

En esta línea, el artículo 25.1 de la LJCA ofrece la posibilidad de interponer **recurso contencioso-administrativo** contra la resolución del recurso de alzada, por constituir ésta acto expreso de la Administración Pública que pone fin a la vía administrativa⁴⁶. El recurso contencioso-administrativo deberá interponerse, de conformidad con lo establecido por el artículo 46.1, en el plazo de **dos meses** contados desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución objeto de impugnación, esto es, desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución de fecha 5 de julio de 2021 de la Secretaria d'Empresa i Competitivat del Departament d'Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya.

En virtud del artículo 31.1 de la misma Ley, las **pretensiones de la recurrente** podrán girar en torno a:

- Pretender que se declare no ser conforme a Derecho la Resolución objeto de recurso y, en su caso, la anulación de la misma.

⁴⁶ Artículo 25.1 de la LJCA: “El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

- Pretender el reconocimiento de su situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma. Esto es, que se reconozca el derecho de la recurrente a obtener licencia comercial para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus.

Dado que la cuantía del recurso será seguramente indeterminada, o en todo caso, superará el baremo de los 30.000€, el recurso contencioso-administrativo se tramitará por los **cauces del procedimiento ordinario** regulado en los artículos 43 y SS de la LJCA.

- **Posibilidad de acogerse a las vías de reclamación ofrecidas por la LGUM**

De forma paralela a lo establecido hasta ahora, debemos fijar también nuestra atención en el artículo 127 bis de la LJCA que viene a establecer, en síntesis, que si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, **CNMC**⁴⁷) considera que el acto procedente de la Administración Pública es contrario a la libertad de establecimiento según lo dispuesto por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, **LGUM**), podrá presentarse en el plazo de dos meses, **recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado**.

Por su parte, la LGUM en su capítulo VII titulado “*mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación*”, establece que todo operador económico que entienda vulnerados sus derechos o intereses legítimos por acto que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación podrá dirigir su **reclamación** a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado **en el plazo de un mes**, a través de la ventanilla que al efecto se establezca⁴⁸. Dicha reclamación podrá dirigirse **contra toda actuación que sea susceptible de recurso administrativo ordinario o, en su caso, contencioso-administrativo**.

Además, el apartado tercero del artículo 26 precisa que dicho procedimiento tendrá **carácter alternativo**, por lo que será posible bien iniciar el procedimiento de reclamación previsto en la LGUM, bien interponer recurso contencioso-administrativo directo contra la Resolución que se impugna.

⁴⁷ En su condición de garante de la legalidad, encargada de la garantía y defensa de objetivos económicos, tal y como resulta de nuestra jurisprudencia española, a modo de ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 31 de octubre de 2018, número 1433/2018, FJ 4º.

⁴⁸ Artículo 26.1 de la LGUM.

En cualquier caso, si pese a la reclamación el operador económico no viese satisfechos sus derechos e intereses legítimos en la decisión adoptada, podrá dirigir todavía su solicitud a la CNMC en el plazo máximo de 5 días. En este caso, el artículo 27 determina que la CNMC estará legitimada para interponer **recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado**, actuando bien de oficio bien a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo.

Por tanto, en nuestro supuesto particular, la parte recurrente tendría una **triple posibilidad**⁴⁹:

- Bien interponer recurso contencioso-administrativo ordinario en los términos previstos en el artículo 43 y siguientes de la LJCA.
- Bien solicitar a la CNMC la interposición de recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado, en los términos previstos en el artículo 127 bis de la LJCA.
- Bien presentar reclamación ante las redes de punto de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias, en los términos previstos en el artículo 26 de la LGUM.

En todo caso, recordemos que si la parte recurrente optase por la última de las opciones, y considerase no satisfechos sus derechos e intereses legítimos en la solución adoptada, podría igualmente solicitar a la CNMC la interposición de recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado, siendo de aplicación en este caso lo dispuesto por el artículo 127 ter de la LJCA relativo a la sustanciación del procedimiento, precisando su apartado noveno que la tramitación del citado recurso tendrá **carácter preferente**. En este caso, y en virtud de lo dispuesto por el apartado quinto del artículo 27 de la LGUM, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo ordinario quedará suspendido hasta que la CNMC comunique su decisión.

Por tanto, tomado lo anterior en consideración, cabe concluir que efectivamente la parte recurrente sí podría adherirse a lo dispuesto en la LGUM en la medida en que lo que se discute es una actuación administrativa susceptible de recurso contencioso-administrativo que podría resultar aparentemente incompatible con la libertad de establecimiento, pudiendo en todo caso bien iniciar el procedimiento de reclamación previsto en la LGUM, bien interponer directamente recurso contencioso-administrativo ordinario contra la Resolución que se impugna, bien solicitar a la CNMC la interposición

⁴⁹ Debemos señalar al respecto que la diferencia más esencial en la tramitación de los anteriores procesos es la tramitación simplificada y preferente de los recursos interpuestos por la CNMC, dictándose sentencia en un plazo máximo de 5 días.

de recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado, en los términos antes expuestos.

3.2.2. Sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

- El órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo

Una vez resuelta la cuestión relativa a las vías de recurso al alcance de la parte recurrente, conviene analizar ahora el órgano judicial que sería competente para enjuiciar y valorar la legalidad de la Resolución objeto de recurso contencioso-administrativo.

A estos efectos, la organización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo viene establecida en el artículo 6 de la LJCA, regulándose la distribución de competencias en sus artículos 8-12.

En nuestro caso, se pretende interponer un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Secretaria d'Empresa i Competitivitat del Departament d'Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya, mediante la cual se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Directora General de Comercio que denegó la licencia comercial para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus.

Por ello, debemos recurrir al reparto competencial establecido en el apartado a) del artículo 10.1 de la LJCA, que atribuye la competencia al **Tribunal Superior de Justicia** respecto de todos aquellos actos emanados de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas cuyo conocimiento no esté atribuido expresamente a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo⁵⁰.

Dado que el recurso será resuelto por **órgano colegiado**, el artículo 23.1 de la Ley establece la necesidad de que las partes comparezcan **representadas de Procurador y asistidas por Abogado**.

A su vez, el artículo 14 de la LJCA relativo a la **competencia territorial** de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia establece, en su apartado primero, que con carácter general será competente el órgano jurisdiccional **en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado**.

⁵⁰ En este sentido, el artículo 8.1 relativo a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, excluye de su conocimiento los recursos interpuestos contra actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas relativas a la impugnación de cualquier clase de instrumento de planeamiento urbanístico.

Por tanto, en nuestro caso, y según lo que resulta de la conjunción de los artículos 10.1.a) y 14.1 de la LJCA, deberá interponerse recurso contencioso-administrativo ante el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**.

- **La jurisprudencia existente en la materia**

Un ejemplo de tal competencia del TSJ de Cataluña para el conocimiento del presente Recurso Contencioso-Administrativo puede encontrarse en la **Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 648/2019**, antes mencionada, en la que, en un caso muy similar al presente, es el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el competente para conocer del recurso interpuesto contra la Resolución de la Secretaría de Empresa y Competividad del Departamento de Empresa y Competividad de la Generalitat de Cataluña, que confirmó en alzada la resolución de la Directora General de Comercio que denegó la licencia comercial solicitada por la recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial destinado a equipamiento del hogar en el municipio de Tarragona.

3.2.3. Sobre la imposibilidad de adoptar medidas cautelares

- **Regulación legal de las medidas cautelares**

Una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Cataluña es muy probable que la parte recurrente vaya a solicitar la adopción de medidas cautelares para conseguir una tutela prematura de sus intereses afectados por la denegación de la licencia comercial solicitada. Por ello, conviene examinar ahora los requisitos que, tanto la legislación como la jurisprudencia, exigen para la adopción de medidas cautelares, todo ello a efectos de acreditar que los mismos no concurren en el caso que nos ocupa.

A este respecto, las medidas cautelares pueden encontrarse reguladas en el artículo 129 de la LJCA que determina la posibilidad de los interesados de solicitar, **en cualquier estado del proceso**, la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. A su vez, el artículo 130.1 de la misma Ley determina que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse si la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada **pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima**.

Una vez precisado lo anterior, las distintas medidas cautelares que pueden adoptarse aparecen enumeradas (sin constituir una lista exhaustiva) en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, **LEC**) que, como sabemos, resulta de aplicación supletoria a la LJCA⁵¹. Por su parte, el artículo 728 de la LEC recuerda los requisitos que se exigen para la adopción de cualesquiera medidas cautelares, esto es, la apariencia

⁵¹ En virtud de lo dispuesto por la Disposición Adicional Primera de la LJCA.

de buen derecho o *fumus boni iuris*, el peligro de la moral procesal o *periculum in mora* y la ponderación de los intereses en conflicto.

Entremos pues a examinar singularmente cada uno de los anteriores requisitos.

- **Requisitos exigidos judicialmente para la adopción de medidas cautelares**

En primer lugar, sobre la exigencia relativa al *fumus boni iuris* es ilustrativa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, del Tribunal Supremo núm. 614/2015, de 14 de diciembre, que en su Fundamento de Derecho cuarto dispone que:

“El «fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho es considerado en el derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza, pues no parece que a quien, manifiestamente, asiste la razón deba resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar».

«Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión cautelar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado»⁵².

En cuanto al *periculum in mora* se pronuncia también la más alta jurisprudencia y, entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 8530/2003, de 21 de junio:

“Como hemos señalado en nuestra reciente STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8180) “la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad”⁵³.

Por lo que respecta a la ponderación de los intereses en conflicto se pronuncia a su vez la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, núm. 479/2016, de 28 de junio, que viene a establecer que:

“El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés

⁵² STS 614/2015, de 14 de diciembre. Ponente: Rafael Fernández Montalvo. FJ 4º.

⁵³ STS 8530/2003, de 21 de junio de 2003. Ponente: Rafael Fernández Valverde. FJ 6º.

público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto"⁵⁴.

Por tanto, de las anteriores Sentencias cabe afirmar que únicamente será posible la adopción de medidas cautelares cuando (i) pueda causarse un perjuicio a quién asiste la razón por el retraso en obtener una resolución de fondo (**fumus boni iuris**), (ii) el transcurso de tiempo haga perder al recurso su finalidad legítima (**periculum in mora**), y (iii) la **ponderación de los intereses en conflicto** aconseje la adopción de medidas cautelares.

- **Falta de concurrencia de los anteriores requisitos en el presente caso**

Fijada ya tanto la regulación legal como los requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares en sede judicial, procede analizar ahora la situación existente en el presente caso en el que, por no concurrir las exigencias anteriores, no procede la adopción de medida cautelar alguna.

Una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo por la parte recurrente, o bien recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado por la CNMC, podrían solicitarse principalmente dos medidas cautelares: (i) la medida cautelar positiva consistente en el otorgamiento provisional de la licencia comercial proyectada y (ii) la medida cautelar negativa consistente en la suspensión de la ejecutividad de la Resolución objeto de recurso.

Respecto de la segunda de las alternativas conviene destacar que, en el supuesto en que finalmente la CNMC procediese a interponer recurso especial en materia de garantía de unidad de mercado, el artículo 127 quáter de la LJCA viene a establecer que la mera solicitud de medida cautelar produce automáticamente la suspensión de ejecutividad del acto impugnado, una vez admitido el recurso y sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse. Se otorga la posibilidad de que la Administración demandada pueda solicitar el levantamiento de la misma en el plazo de tres meses, pero debiendo acreditar en su caso que el mantenimiento podría generar una **perturbación grave de los intereses generales o de tercero** que el tribunal deberá ponderar de forma circunstanciada.

⁵⁴ STSJ 479/2016, de 28 de junio. Ponente: Eduardo Rodríguez Laplaza. FJ 2º.

Como vemos, se produce una especie de **inversión de la carga de la prueba**, pues debe ser la parte afectada por la medida cautelar (en nuestro caso, el Departamento de Empresa y Trabajo de la Generalitat de Catalunya y nuestra parte, la compañía ya establecida) la que acredite la afectación a intereses generales o de terceros derivada de la adopción de la medida cautelar de suspensión de ejecutividad, puesto que, en caso contrario, de no acreditarse aquéllos se producirá una suspensión automática de la ejecutividad de la Resolución objeto de recurso.

Sentada ya la anterior peculiaridad existente en el recurso especial de garantía de unidad de mercado, conviene destacar que en el presente supuesto no cabe la adopción de ninguna de las medidas cautelares antes mencionadas, sea de carácter positivo sea de carácter negativo. Ello fundamentalmente porque no concurren en nuestro caso los requisitos que para la adopción de cualquier medida cautelar exige tanto la legislación como la jurisprudencia española.

Como sabemos, uno de los criterios más relevantes que deben guiar la adopción de medidas cautelares es la ponderación de los intereses concurrentes en el caso. Pues bien, cabe decir que en nuestro supuesto las anteriores medidas cautelares persiguen única y exclusivamente la **satisfacción de intereses particulares, individuales y estrictamente económicos** de la parte recurrente, como es la **obtención de lucro patrimonial** derivado de la instalación de un nuevo establecimiento comercial, mientras que la denegación de la licencia comercial solicitada, así como la eficacia inmediata de la Resolución recurrida, persiguen la **protección y satisfacción de intereses públicos generales**, esto es, la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. Por tanto: afectación plural, indiscriminada y generalizada a los intereses públicos generales versus satisfacción individualizada, concreta y singular de los intereses económicos de la recurrente.

En ese juicio valorativo y ponderación entre los intereses en conflicto, resulta evidente la **apuesta por la protección y salvaguarda de los intereses públicos generales**, lo que requiere en todo caso el mantenimiento de la denegación de la licencia comercial para la implantación de un nuevo establecimiento comercial territorial en el municipio de Reus.

En esta línea, no es irrelevante mencionar también que la adopción de las anteriores medidas cautelares de otorgamiento provisional o de suspensión de ejecutividad, conllevaría la pérdida de la finalidad legítima del presente recurso contencioso-administrativo, por cuanto supondría la producción de hechos consumados, tales como el otorgamiento de la citada licencia comercial a la entidad recurrente y, por consiguiente, la instalación del establecimiento comercial en la zona de Reus.

Por ello, de nada serviría en su día una sentencia favorable a la pretensión de nuestra parte, pues si se hubiese consumado sería de una **extrema dificultad reinstaurar la realidad vigente en el momento de la interposición del recurso**.

El derribo de la instalación comercial construida al amparo de la medida cautelar otorgada causaría perjuicios irreparables sobre el medio ambiente y el territorio, que difícilmente podrían salvaguardarse una vez la edificación ha sido ya iniciada y posteriormente derribada.

Por el contrario, el mantenimiento de la prohibición de implantación **no ocasionará perjuicio alguno a la aquí recurrente**, por cuanto no ha efectuado ningún desembolso económico ni ninguna clase de inversión en la instalación del nuevo establecimiento comercial que le pudiera afectar de modo irreparable. Al no haber iniciado todavía actividad alguna, el único daño colateral sería una **mera expectativa de ganancias** que, según reiterada jurisprudencia, **no es ni siquiera merecedora de indemnización alguna**.

Por todo ello, debemos concluir que la ponderación de los intereses concurrentes en el presente caso aconseja la no adopción de ninguna de las medidas cautelares que puedan ser solicitadas por la parte recurrente, por cuanto la instalación del establecimiento comercial proyectado generaría **graves perjuicios irreparables** a la ordenación territorial y a la protección del medio ambiente.

En todo caso, si finalmente la medida cautelar positiva de otorgamiento provisional de licencia, o bien la medida cautelar negativa de suspensión de ejecutividad de la Resolución recurrida fuese concedida anunciamos que solicitaríamos la indemnización a que se refiere el artículo 133.3 de la LJCA, una vez producido el levantamiento de la misma por sentencia desestimatoria⁵⁵.

3.2.4. Sobre los medios de prueba

Como hemos tenido oportunidad de motivar anteriormente, debe rechazarse la adopción de medidas cautelares por la parte recurrente, fundamentalmente por los siguientes motivos:

- No se cumple con el requisito del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, puesto que resulta evidente, de conformidad con lo defendido, que no existe derecho de la recurrente a la implantación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la TUC del municipio de Reus.
- La falta de adopción de medidas cautelares no comportaría en modo alguno la pérdida de la finalidad legítima del recurso, sino más bien al contrario, el otorgamiento provisional de la licencia comportaría la desaparición del objeto del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

⁵⁵ En todo caso, y según lo exigido por el artículo 133.3 de la LJCA, la misma debe solicitarse en el plazo de 1 mes tras la fecha del alzamiento ante el órgano jurisdiccional competente por el trámite de incidente.

- La adopción de la medida cautelar en cuestión produciría una grave afectación irreparable a los intereses generales de ordenación territorial y protección del medio ambiente, en contraposición con los solos beneficios particulares y económicos que pueden derivarse de su adopción. El eventual perjuicio económico siempre sería indemnizable, no en cambio los daños al medio ambiente que en modo alguno serían reparables.

A efectos de acreditar tales cuestiones, los medios de prueba que serían propuestos por esta parte deben ir encaminados a demostrar el perjuicio que se causaría al medio ambiente y a la ordenación territorial en caso de otorgarse cualquiera de las medidas cautelares que pudieran ser solicitadas por la parte recurrente. Para ello, se ofrecen los siguientes medios de prueba⁵⁶:

- Reproducciones gráficas de la zona, como puede ser el correspondiente planeamiento urbanístico, que permitan constatar que el entorno próximo a la concentración comercial proyectada resalta por el predominio de fincas sin cultivar y sin urbanizar.
- Documental pública consistente en la aprobación definitiva de la TUC de Reus, en la que se acredite la considerable distancia y falta de continuidad de la instalación proyectada con la trama urbana del municipio de Reus y de la correspondiente CC.
- Informes periciales de parte, en que se constaten los efectos nocivos para el medio ambiente y el entorno urbano que causa la instalación de establecimientos comerciales fuera de la TUC. Para ello, se proponen:
 1. Estudios epidemiológicos y de impacto sobre la salud que permitan constatar los perjuicios para la salud causados por la contaminación del aire, debido al incremento de los desplazamientos innecesarios mediante vehículo.
 2. Peritaje sobre la contaminación acústica que el incremento de los desplazamientos genera.
 3. Peritaje sobre el incremento de emisión de gases nocivos a la atmósfera que puede comportar la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada, debido a la tala del arbolado de la zona, el incremento del uso del vehículo privado...
 4. Peritaje sobre el incremento de residuos comerciales y contaminación del suelo.
 5. Estudios de movilidad que permitan acreditar que la instalación de un gran establecimiento comercial fuera de la trama urbana consolidada aumenta el

⁵⁶ Si bien, resulta evidente que deberá pactarse con el cliente cuáles de ellos se propondrán en el procedimiento contencioso-administrativo que se siga, dado el elevado coste económico que los mismos representan.

- número de desplazamientos innecesarios, así como una mayor congestión de las infraestructuras viarias.
6. Estudios de siniestralidad asociados al incremento de desplazamientos con vehículo privado fuera de la trama urbana de Reus.
 7. Mapa de los actuales servicios públicos de desplazamiento (autobús y metro) que acrediten la inexistencia de alternativas a la utilización del vehículo privado.
 8. Mapa sobre los itinerarios existentes para los peatones y las bicicletas, que constate que la única alternativa posible es el vehículo privado.
- Informes de estudio que demuestren los perjuicios que podrían causarse al medio ambiente y al entorno rural en caso de que finalmente la sentencia fuese desestimatoria y comportase, por tanto, el levantamiento de la medida cautelar y el correspondiente derribo de la edificación construida.

Todos los medios de prueba que han sido aquí expuestos pretenden demostrar nuestra postura contraria a la adopción de medidas cautelares en el seno del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil recurrente, dejando a la libre elección del cliente la adopción de uno u otro medio de prueba, en atención a sus preferencias y a los costes económicos de cada uno de ellos que se determinarán en la correspondiente hoja de encargo profesional expedida por este Despacho.

3.2.5. Sobre el recurso de casación ante el Tribunal Supremo

- Los requisitos para la admisión del recurso de casación

Finalmente, cabe destacar que ante una probable sentencia desestimatoria por el TSJ de Cataluña la parte recurrente tendría todavía a su disposición una última vía de recurso: el **recurso de casación** ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo⁵⁷, en virtud de lo establecido por el artículo 86 de la LJCA.

Ahora bien, para su interposición será necesario que la sentencia del TSJC incurra en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea⁵⁸ que sea relevante y

⁵⁷ Si el recurso se fundase en infracción de normas autonómicas, será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que tenga su sede en el TSJ. En nuestro caso, creemos que la parte recurrente alegará la vulneración del derecho a la libertad de establecimiento, regulado tanto en la normativa estatal como en la europea, siendo entonces competente el TS.

⁵⁸ En nuestro caso, seguramente se alegarán los artículos 15.3 de la Directiva de Servicios y el artículo 9.2 de la Ley 17/2009.

determinante del fallo impugnado, exigiendo además que hayan sido invocadas previamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

En sede de recurso de casación solamente podrán discutirse cuestiones de derecho, y podrá pretenderse la anulación, total o parcial, de la sentencia impugnada y, en su caso, la devolución de los autos al TSJ o la resolución del litigio por el mismo TS.

En cualquier caso, para que el recurso de casación sea admitido a trámite será necesario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 88, que el recurso presente **interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia**, enumerándose en el mismo precepto de forma taxativa los supuestos en que se entiende su concurrencia.

- **La tramitación del recurso de casación**

En cuanto al recurso de casación, su tramitación se caracteriza por una doble fase:

- **Escrito de preparación del recurso:** de conformidad con el artículo 89, se presentará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días desde el día siguiente al de la notificación de la resolución objeto de recurso. Comprobado que el escrito de preparación cumple con el contenido impuesto por el apartado segundo del artículo, la Sala dictará auto en el que tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante el TS.
- **Escrito de interposición del recurso de casación:** en caso que el recurso sea también admitido a trámite por el TS, el Secreto Judicial otorgará un plazo de 30 días a la parte recurrente para presentar el escrito de interposición del recurso de casación, del que se dará traslado a las partes recurridas y personadas (Administración demandada y nuestra parte) para que puedan oponerse al mismo en el plazo común de treinta días. Transcurrido dicho plazo, habiéndose presentado o no los escritos de oposición, se acordará la celebración de vista pública si fuese necesaria, o en caso contrario, se declarará que el recurso queda concluso y pendiente de votación y fallo.

En virtud de lo expuesto hasta ahora cabe concluir que, pese a que seguramente la parte recurrida pretenda agotar las vías de recurso mediante la interposición de recurso de casación ante el TS, muy probablemente el mismo no será admitido a trámite, puesto que es exigencia para el conocimiento del litigio por el TS que la cuestión presente interés casacional objetivo, siendo escasos los supuestos en los que se admite su concurrencia, y siendo evidente que el caso que ahora se plantea no presenta interés casacional en los términos expuestos por el artículo 88 de la LJCA.

4. Conclusiones

Tras el estudio realizado sobre la consulta planteada por el cliente, debemos concluir lo siguiente:

- I. La implantación de los medianos, grandes establecimientos comerciales y grandes establecimientos comerciales territoriales dentro de la trama urbana consolidada de determinados municipios, ordenada por el artículo 9.3 y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, se ampara en las razones imperiosas de interés general consolidadas en la legislación básica estatal y en la legislación europea.
- II. Concretamente, lo que se pretende es proteger los efectos nocivos que, sobre el medio ambiente y la ordenación territorial, causan los establecimientos comerciales.
- III. La DA 11^a apartado 2 último inciso del Decreto-ley 1/2009 no vulnera en ningún caso lo establecido por el artículo 15.3 de la Directiva 2006/123/CE ni el artículo 9.2 de la Ley 17/2009.
- IV. Más al contrario, la finalidad del citado precepto es permitir a las preexistentes concentraciones comerciales subsistir y desarrollarse económicamente mediante su equiparación parcial a las tramas urbanas consolidadas, siempre que las mismas no extiendan sus límites ni aumenten su dimensión más allá de la delimitación grafiada en los anexos del Decreto 379/2006, de 10 de octubre.
- V. La sujeción a la previa obtención de licencia comercial para la implantación de establecimientos comerciales no puede entenderse contraria a los principios de no discriminación y limitación proporcionada del derecho a la libertad de establecimiento, pues los efectos nocivos que llevan aparejados los establecimientos comerciales obligan a examinar, con carácter previo, la afectación a los intereses generales, sin que sea suficiente con una mera declaración responsable o comunicación previa.
- VI. Por los mismos motivos, tampoco la denegación de la implantación proyectada puede considerarse contraria a los principios de proporcionalidad, necesidad o no discriminación, pues lo que se pretende evitar es la afectación sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio que genera la implantación de grandes establecimientos comerciales territoriales fuera de la trama urbana consolidada de los municipios.

- VII.** Por ese motivo cabe descartar el derecho de la recurrente a la implantación proyectada, sin que quepa aplicar analógicamente el reconocimiento que efectúa el Tribunal Supremo en su Sentencia número 1974/2016, de 21 de junio.
- VIII.** En cualquier caso, la recurrente podría dirigir frente a la Resolución denegatoria de la licencia comercial, recurso contencioso-administrativo ordinario ante el TSJ de Cataluña, reclamación ante la CNMC en los términos previstos en el artículo 26 de la LGUM o bien solicitar la interposición por la CNMC de recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado, también frente al TSJ de Cataluña.
- IX.** Dado los perjuicios de imposible reparación para los intereses generales que el otorgamiento provisional de la licencia comercial proyectada podría generar, no cabría en el presente caso adoptar medidas cautelares de contenido positivo, así como tampoco de contenido negativo, al perseguir las mismas la sola satisfacción de intereses económicos, privados e individuales perfectamente indemnizables y reparables.
- X.** Finalmente, contra la Sentencia que pudiese dictar el TSJ de Cataluña podría interponerse recurso de casación en el plazo máximo de 30 días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, siempre y cuando se verificase la concurrencia de interés casacional objetivo.

Mediante la exposición de las anteriores conclusiones se pretende dar respuesta a las cuestiones sustantivas y procesales suscitadas en el supuesto práctico y dar por finalizado el presente dictamen jurídico. Esta es la línea argumental planteada para la defensa de los intereses de CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A., así como nuestras recomendaciones en caso de decidir personarse como parte codemandada en el recurso contencioso-administrativo que podría interponerse ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, así como en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

5. Emisión del dictamen

Una vez examinadas las cuestiones sustantivas y procesales planteadas por el cliente, pasamos a continuación a exponer las recomendaciones objeto del presente Dictamen jurídico, que pretenden aconsejar al cliente CENTRO COMERCIAL RECREATIVO S.A. sobre la conveniencia de personarse como parte codemandada en el procedimiento contencioso-administrativo que se pueda iniciar por PARC CENTRAL DE CATALUNYA S.A, contra la Resolución de fecha 5 de julio de 2021 de la Secretaria d'Empresa i Competitivat del Departament d'Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de fecha 19 de septiembre de 2018 de la Directora General de Comercio, denegatoria de la licencia comercial solicitada.

Hemos tenido oportunidad de comprobar que, efectivamente, en el presente caso concurren razones imperiosas de interés general que justifican la denegación de la licencia comercial solicitada por la recurrente, razones de interés general que pretenden la tutela del medio ambiente y de la ordenación territorial. También que la citada denegación no resulta contraria a la legislación básica estatal ni europea ya que cumple rigurosamente con los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación que deben inspirar cualquier limitación al derecho a la libertad de establecimiento. Por ello, hemos concluido que la parte recurrente no dispone de derecho alguno a obtener licencia administrativa para la instalación de un gran establecimiento comercial territorial fuera de la trama urbana consolidada del municipio de Reus.

Tras el citado análisis, aconsejamos a la mercantil clienta la personación como parte codemandada en el procedimiento contencioso-administrativo que se siga ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya para la defensa de sus intereses, al representar ésta la principal competidora en el mercado de la empresa recurrente, instalada en Reus con uno de los establecimientos comerciales principales de su actividad económica.

Adicionalmente, y con la finalidad de evitar la adopción de medidas cautelares positivas consistentes en el otorgamiento provisional de la licencia comercial proyectada, o negativas consistentes en la suspensión de la ejecutividad de la Resolución objeto de recurso, aconsejamos a nuestro cliente la obtención de informes periciales con el objeto de acreditar los efectos desfavorables para el medio ambiente y la ordenación del territorio que puede generar la localización de grandes establecimientos comerciales territoriales fuera de la trama urbana consolidada del municipio de Reus. Con ello, nos aseguraríamos que la mercantil recurrente no pudiera realizar actuación alguna tendente al inicio de las obras de construcción del establecimiento comercial, obras que deberían ser demolidas una vez recaída sentencia firme desestimatoria de sus pretensiones.

La legislación contencioso-administrativa es clara al dictar la prevalencia de los intereses generales, en este caso, de la protección del medio ambiente y de la ordenación territorial, frente al interés particular económico de la recurrente de obtener licencia para la implantación de un gran establecimiento comercial. Por ello, la viabilidad del citado recurso con este fundamento es mínima por no decir prácticamente nula. En consecuencia, no existen motivos ni de fondo ni de forma por los que pueda prosperar un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución impugnada.

Por último, apreciamos que el posible recurso de casación que pudiera interponerse frente a la sentencia desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña carece completamente de posibilidades de éxito, por no concurrir en el presente caso la exigencia de interés casacional objetivo que impone la Ley Jurisdiccional. Por ello, creemos que incluso sería innecesario que nuestra parte formulase escrito de oposición al recurso de casación que pudiera ser interpuesto.

No obstante, y como estrategia procesal, recomendamos al cliente que sí se persone como parte recurrida ante el Tribunal Supremo e incluso que formule escrito de oposición a la admisión del recurso, a efectos de poder defender lo que crea oportuno en la última instancia. Con ello, también conseguirá que el auto de inadmisión que probablemente dicte el Tribunal Supremo reconozca las costas en beneficio de esta parte (reconocimiento que no obtendríamos en caso de no personarnos ni oponernos en el recurso de casación seguido ante el Tribunal Supremo).

A través de las citadas recomendaciones, creemos que nuestro cliente conseguiría satisfacer los intereses por los cuales acudió a nuestro despacho. Esto es, evitar que su principal competidor en el mercado se instale en el municipio de Reus, en el que el cliente dispone del establecimiento comercial principal en su facturación económica anual. En virtud de las anteriores actuaciones, la mercantil competidora no podría implantarse en el municipio de Reus, y la actividad de nuestro cliente quedaría completamente salvaguardada, así como también su facturación económica y la subsistencia de su principal establecimiento comercial en el territorio catalán.

BIBLIOGRAFÍA

AMENÓS ÁLAMO, Joan. "Reflexiones críticas sobre el mito de la ciudad compacta". *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm.37, 2016.

BLÁZQUEZ ALONSO, Noemí. "La Directiva de servicios y los establecimientos comerciales: el escenario del día después de la transposición". *Editorial La Ley*, núm. 353, 2010.

CHOLBI CACHÁ, Francisco Antonio. "Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad". *Editorial La Ley*, núm. 2381, 2010.

DE MARCOS FERNÁNDEZ, ANA. "Fuentes". *Revista española de Derecho Administrativo*, núm.183, 2017.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan-Ramón. "La apertura de grandes establecimientos comerciales no puede quedar sujeta a consideraciones económicas (comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2011, comisión C. España, AS. C-400/08). BIB 2011\1044)". *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, 2011.

ANEXO I

Regulación de los preceptos discutidos del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, en el momento de solicitarse la licencia comercial

Artículo 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 concurra alguna de las circunstancias siguientes:

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

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

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

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

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

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

Por reglamento se deben detallar las condiciones de estas excepcionalidades.

Artículo 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.”

Disposición adicional undécima.

Las concentraciones comerciales relacionadas y delimitadas en los anexos del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, 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.

ANEXO II

Enunciado del caso facilitado al estudiante

DICTAMEN JURÍDICO DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA				
MATERIA	DERECHO ADMINISTRATIVO – LICENCIA DE ACTIVIDAD	Nº	ADMIN	261
TUTOR	SERGI CHIMENOS	CURSO	2021-2022	
CASO PRÁCTICO QUE SE PLANTEA				
<p>Texto que se entrega al alumno.</p> <p>Debe contener elementos sustantivos de la disciplina central y, a ser posible de otra/-s disciplinas jurídicas.</p> <p>Además, necesariamente contendrá elementos procesales</p>	<p>Mediante la Resolución de fecha 5 de julio de 2021 de la Secretaria d'Empresa i Competivitat del Departament d'Empresa i Treball de la Generalitat de Catalunya se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de fecha 19 de septiembre de 2018 de la Directora General de Comercio que denegó la licencia comercial solicitada por la empresa promotora y recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial de 4.999,90 m2 de superficie de venta, destinado a equipamiento del hogar, en el municipio de Reus.</p> <p>La licencia comercial se solicitó sobre la base que el establecimiento proyectado se encontraba colindante a una Concentración Comercial equiparada a Trama Urbana Consolidada y, por ello, invocando como fundamento lo establecido por el artículo 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009. Pero le fue denegada en aplicación de la Disposición Adicional, apartado 2, último inciso de dicho Decreto-ley.</p>			
<p>Posibles clientes o posturas que nos pueden pedir este dictamen</p>	<p>A. Defensa de la mercantil solicitante de la licencia y recurrente.</p> <p>B. Defensa de la Administración que desestima el recurso de alzada.</p> <p>C. Defensa de una compañía ya establecida, titular de un establecimiento comercial que compite con el solicitado y denegado.</p>			
PREGUNTAS QUE NOS PLANTEA EL CLIENTE				
<p>Sustantivas</p>	<p>1. ¿Las disposiciones aplicadas del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales (la DA 11ª apartado 2 último inciso), que determinaron la denegación de la licencia comercial solicitada por la mercantil recurrente para la implantación de un gran establecimiento comercial territorial, vulneran lo establecido por 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 (artículo 15.3) y en la Ley 17/2009, de</p>			

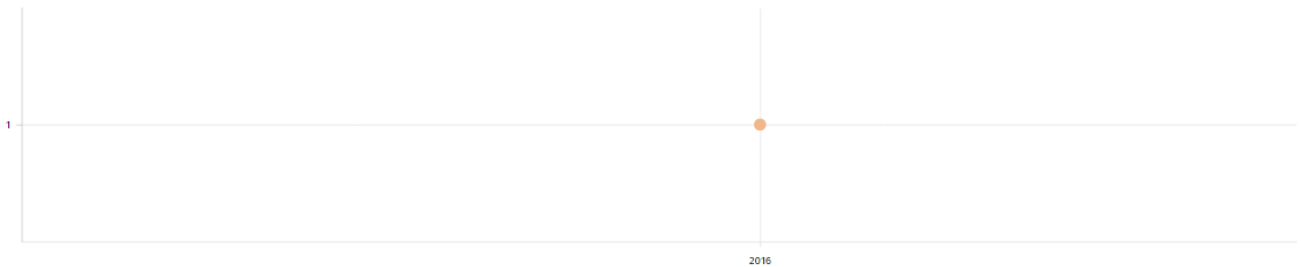
	<p>23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 9.2)?</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. ¿Cabe considerar la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen la prohibición de la implantación comercial proyectada? 3. ¿Es aplicable al caso la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1974/2016, de 21 de junio? 4. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, ¿cuál es el alcance de la excepción prevista en el art. 9.3.b) y 9.4 del Decreto-ley 1/2009, en relación con lo fijado por su Disposición Adicional 11ª, 2 último inciso? 5. ¿Cabría invocar la aplicación de los principios de no discriminación y de limitación desproporcionada con afectación al derecho de libertad de establecimiento?
<p>Procesales</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Qué recurso cabe interponer en sede jurisdiccional contra la Resolución del recurso de alzada? ¿Cabría acogerse a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado? 2. ¿Ante qué órgano jurisdiccional debe interponerse? 3. ¿Qué medidas cautelares podrían solicitarse? ¿Con qué fundamento? 4. ¿Qué medios de prueba propondría para acreditar su tesis o postura contraria a la adopción de medidas cautelares? 6. Contra dicha Sentencia, ¿cabría recurrir? ¿Ante qué órgano?
<p>LISTADO DE DOCUMENTOS QUE SE LES APORTAN</p>	
<p>Pueden ser documentos reales o ficticios. Si son ficticios hay que explicarlos detalladamente. Si son reales se tienen que adjuntar escaneados</p>	

ANEXO III

Resoluciones judiciales que apliquen las disposiciones discutidas del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre

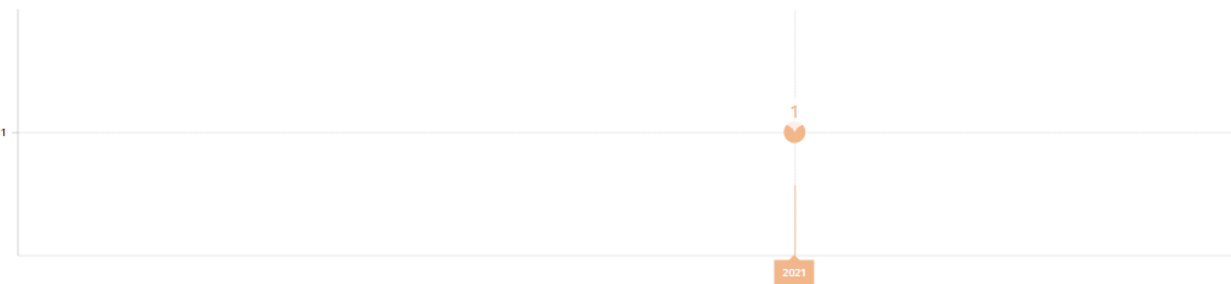
- Sentencias (1) dictadas que hayan aplicado el artículo 9.3 del Decreto-ley 1/2009: *Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia 1974/2016 de 21 Jun. 2016, Rec. 1608/2014.*

¿Cuántas Resoluciones judiciales se han dictado en esta temática?



- Sentencias (1) dictadas que hayan aplicado la DA 11ª apartado segundo: *Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia 780/2021 de 2 Jun. 2021, Rec. 7725/2019.*

¿Cuántas Resoluciones judiciales se han dictado en esta temática?



ANEXO IV

Resolución por la cual se delimita la Trama Urbana Consolidada del municipio de Reus

«codi_uorg»/«codi_sigeda_classif»/«num_completa»/«numint_doc» 117

Expedient: 2011 / 044599 / T
Assumpte Delimitació de la Trama urbana consolidada
Municipi: Reus
Comarca: Baix Camp

RESOLUCIÓ

De 12 d'agost de 2011, per la qual s'aprova la trama urbana consolidada del municipi de Reus.

En data 11 de maig de 2011, l'Ajuntament de Reus va trametre l'acord del Ple municipal de 15 d'abril de 2011, pel qual s'aprova la proposta de delimitació de la trama urbana consolidada del municipi.

La Direcció General de Comerç va emetre, en data 23 de juny de 2011, informe en relació a l'esmentada proposta, amb una sèrie de prescripcions.

Vist l'informe-proposta del Servei Territorial d'Urbanisme de Tarragona, de 12 d'agost de 2011;

D'acord amb l'establert a l'article 8.2 b) i c) del Decret llei 1/2009, del 22 de desembre, d'ordenació d'equipaments comercials,

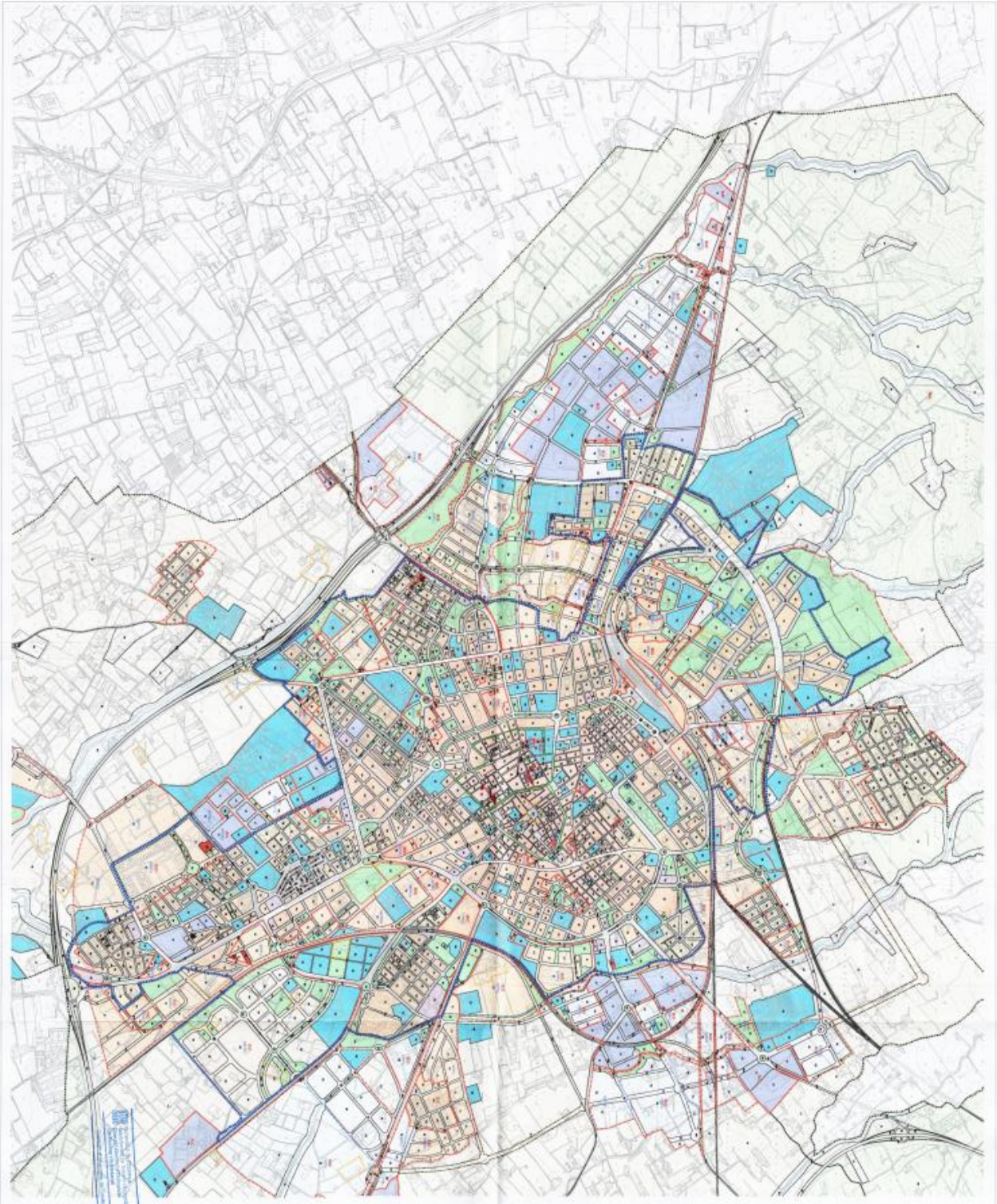
RESOLC:

1. Aprovar la trama urbana consolidada del municipi de Reus, que figura als plànols que s'annexen a aquesta resolució.
2. Publicar aquesta resolució al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.
3. Notificar aquesta resolució a l'Ajuntament de Reus.

Contra aquesta resolució, que no posa fi a la via administrativa, es pot interposar recurs d'alçada, de conformitat amb el que preveuen els articles 107.1, 114 i 115 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999, de 13 de gener, davant el conseller de Territori i Sostenibilitat, en el termini d'un mes a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació. El recurs s'entendrà desestimat si passen tres mesos sense que s'hagi dictat i notificat la resolució expressa i quedarà aleshores oberta la via contenciosa administrativa.

Barcelona, 12 d'agost de 2011

Agustí Serra Monte



TRAMA URBANA CONSOLIDADA RIEUS

Conselleria de Urbanisme, Habitatge i Infraestructures
 Departament de Seguretat Urbana i Ordenació del Territori
 Direcció General d'Urbanisme



Trama Urbana Consolidada



Mapa de Referència: Pla d'Ordenació Urbana Municipal (POUM) de Rieus
 2010

Escala: 1:5000
 Data: 2010