

2018 MAR. 28

A LA DIRECCIÓN DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL, URBANISMO Y REGENERACIÓN URBANA DEL GOBIERNO

SARRERA

IRTEERA

VASCO

zk. 264558

zk.

Vanesa García Eraña, mayor de edad, con DNI nº 72734897-L, identificando la dirección de correo rubyaes10@hotmail.com como medio electrónico a efectos de notificaciones en el presente procedimiento, al igual que el domicilio ubicado en C/Océano Atlántico nº 10 5B 01010 Vitoria, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

I.- Que en la página web de este Gobierno he visto la apertura del trámite de información pública respecto del Avance de la "Revisión parcial del PTS de la CAPV, en lo relativo a los grandes centros comerciales", concretamente el anuncio publicado en el BOPV nº 16 del pasado 23 de enero.

II.- Que he tenido acceso a la documentación publicada y, en mi condición de ciudadana vasca (residente en Vitoria), quiero plantear, mediante el presente escrito y dentro del plazo concedido, las siguientes

CONSIDERACIONES/APORTACIONES/SUGERENCIAS

Previa.- Sobre la participación ciudadana en el procedimiento

En el anuncio oficial ya mencionado se informa que "*cuantas personas y entidades lo deseen*" podrán formular "*las observaciones, sugerencias, alternativas y propuestas que consideren oportunas*" sobre el Avance de la Revisión Parcial del PTS. Por tanto, no consta la exigencia de legitimación activa para poder participar en el procedimiento de referencia y, más concretamente, en el actual trámite de información pública.

Sin perjuicio de lo anterior, dejo invocados, por un lado, (i) el artículo 8 de la Ley del Suelo del País Vasco (LSPV) referido al principio de participación ciudadana; y, por otro lado, (ii) el artículo 27 de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco (LOTPV), donde se contempla la acción pública.

Primera.- Sobre el alcance (formal y material) de la nulidad declarada por el Tribunal Supremo

Públicamente ya se tuvo conocimiento de que el TS dictó dos Sentencias con fecha 3 de septiembre de 2015 (Recursos 3687/2013 y 3048/2014), cuyo principal contenido es la declaración de nulidad de pleno derecho de las determinaciones que establecen limitaciones a la superficie máxima de los establecimientos comerciales (GEC), incluidas en el PTS originario, el cual fue aprobado por el Decreto 262/2004, de 21 de diciembre.

Dicha decisión judicial fue fundamentada en que las referidas limitaciones vulneraron la normativa comunitaria (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 – Directiva de Servicios-) y la normativa estatal de transposición (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio -Ley 17/09-), en conexión con los precedentes judiciales que han interpretado dichos cuerpos normativos.

Además, el TS dispuso que las limitaciones a la libertad de implantación de los establecimientos comerciales no podían imponerse mediante una norma de naturaleza reglamentaria (como el Decreto 262/04 ya mencionado), sino solamente y, en su caso, en una norma con rango de Ley dotada de la suficiente motivación a tal efecto (no discriminación, necesidad y proporcionalidad), tal y como exige el artículo 5 de la Ley estatal 17/09:

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

En todo caso, debe tenerse en cuenta que las Sentencias del TS no llegaron a enumerar disposiciones concretas del PTS afectadas por el vicio de nulidad señalado, sino que afirmaron la nulidad de todas aquellas limitaciones relacionadas con la superficie de los establecimientos comerciales.

A este respecto, cabe traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictada el 22 de enero de 2016, la cual recuerda la obligación de aplicar la Directiva de Servicios de forma compatible con la legislación urbanística:

“En otras palabras, la legislación de referencia sobre estímulo a la competencia económica o sobre agilización de los servicios ofrecidos a la Comunidad -que, no cabe olvidar, es el instrumento para la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, denominada Directiva de Servicios- no debe reputarse incompatible con la urbanística, sino conciliadora con ella”.

Y llegados a este punto conviene recordar que el PTS de 2004 no solamente limitó la existencia de grandes establecimientos comerciales por razón del tamaño de su superficie, sino también por la ubicación geográfica de los mismos.

Por ello, debe entenderse que las limitaciones declaradas nulas por el TS (publicadas en el BOPV nº 213 del 9 de noviembre de 2015) no solamente fueron las referidas a la superficie sino también a la localización geográfica, lo que limita, de forma sustancial, el margen de actuación de cara al presente procedimiento de Revisión Parcial del PTS.

Segunda.- Sobre la interpretación de la nulidad del TS por parte de la COTPV

Al parecer, la COTPV, en su sesión de 16 de marzo de 2016, aprobó los denominados "criterios interpretativos del PTS" a la vista de la nulidad declarada por el TS, es decir, se adoptó un protocolo para interpretar el alcance de dicha nulidad.

En concreto, dicha COTPV interpretó que el TS, por un lado, (i) había declarado nulos los apartados 2.c y 2.d del artículo 14 de dicho PTS (dimensionamiento máximo en función del municipio), manteniendo la vigencia del resto del contenido de dicho precepto; y por otro lado, (ii) había reajustado los puntos 7.1 y 7.2 del PTS, en el sentido de eliminar de los mismos las previsiones correspondientes al objetivo de favorecer "*una mayor competencia empresarial en la oferta*" de equipamientos comerciales.

Es decir, no se estableció ninguna consideración sobre el vicio formal detectado por el TS, esto es, la imposibilidad de utilizar una norma reglamentaria y, por consiguiente, la obligación de utilizar una norma con rango de ley para promover una nueva regulación en este ámbito de las superficies comerciales.

Además, no consta que los criterios interpretativos mencionados hayan sido validados, bien por el TS o bien por el TSJPV, tratándose este último del órgano encargado de comprobar el proceso de ejecución de las Sentencias ya mencionadas. En este punto, convendría tener presente el artículo 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), donde se contempla el incidente de ejecución de sentencias firmes.

Con posterioridad, el Consejo de Gobierno, en su sesión de 22 de marzo de 2016, acordó la iniciación de la tramitación relativa al procedimiento de adaptación del PTS a las Sentencias del TS, "en virtud del último párrafo del artículo 3.1 de las Normas de Ordenación del referido PTS", donde se contempla la posibilidad de revisar el PTS "cuando por otras circunstancias así lo acuerde motivadamente el Gobierno Vasco".

En dicho acuerdo no se consideró oportuno utilizar el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 19 de la LOTPV, lo que considero acertado, teniendo en cuenta la **preferencia de la tramitación de la Revisión de las Directrices de Ordenación Territorial (DOT)**, cuya aprobación inicial tuvo lugar mediante la Orden de 20 de febrero de 2018, habiendo sido publicada en el BOPV nº 42 del día 28 siguiente. Dichas DOT, al parecer, estarán expuestas al público hasta el próximo 28 de abril (<https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/2018/02/1801060a.pdf>).

Por último, el Avance de la Revisión Parcial del PTS figura en exposición pública hasta el 31 de marzo de 2018, tal y como indica el anuncio publicado en el BOPV nº 16 del pasado 23 de enero, lo que se ha traducido en un plazo disponible de menos de 3 meses, con sus consecuencias anejas.

Tercera.- Sobre la ejecución (pendiente) de las Sentencias del TS

El procedimiento elegido para la Revisión Parcial del PTS, en principio, no va a permitir garantizar el cumplimiento de las Sentencias del TS, puesto va dirigido a la aprobación, en su día, de una norma de naturaleza reglamentaria, es decir, con el mismo rango que tiene el Decreto 262/04 y que sirvió para aprobar el PTS originario.

A este respecto, resulta obligado traer a colación el artículo 18.2 de la LOTPV, donde se establece que el acuerdo de aprobación definitiva de un PTS "revestirá la forma de Decreto", esto es, de norma reglamentaria, conforme a los artículos 59 y concordantes de la Ley 7/1981, de 30 de junio.

Como se ha reflejado con anterioridad, el TS dispuso que las limitaciones a la libertad de establecimiento de los establecimientos comerciales no podían imponerse mediante una norma de naturaleza reglamentaria, sino solamente y, en su caso, en una **norma con rango de Ley dotada de la suficiente motivación** a tal efecto (no discriminación, necesidad y proporcionalidad), tal y como exige el artículo 5 de la Ley estatal 17/09.

La documentación que conforma la Revisión Parcial del PTS vuelve a contener limitaciones por razón de la superficie de los establecimientos comerciales, incluso de carácter más restrictivo que las anuladas por el TS, tal y como revela el apartado III.2 de la Memoria, tal y como se analizará más adelante.

Pues bien, llegados a este punto se considera que la nueva regulación de las limitaciones comerciales no puede incorporarse en una norma reglamentaria, sino solamente en una norma con rango de Ley. De lo contrario, **no será posible cumplir las Sentencias del TS**, tal y como dispone, por un lado, el artículo 118 de la Constitución y, por otro lado, los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Y todo ello sin perjuicio de la eventual concurrencia del vicio de nulidad de pleno derecho por contravención del principio de jerarquía normativa, teniendo en mente el artículo 63 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, en conexión con el artículo 49.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/15), así como la jurisprudencia del TS que ha interpretado dicho principio general del Derecho.

Cuarta.- Sobre la ausencia de justificación del endurecimiento de las limitaciones comerciales

IV.1.- Como ya se ha indicado, el apartado III.2 de la Memoria disponible contempla unas limitaciones de superficie más restrictivas que las anuladas por el TS, tal y como consta reconocido por el equipo redactor en el siguiente párrafo:

“Esta clasificación difiere de la establecida en su día en el Plan del año 2004 objeto de Revisión, en la que se fijaban intervalos que, partiendo como umbral mínimo desde los 5.000 m² (t), se establecían umbrales intermedios en 13.000 y 25.000 m² (t)”.

En efecto, el **umbral mínimo** a partir del cual se considera que nos encontramos ante **GEC** ha sido **reducido sustancialmente**, desde los 5.000 m² (t) del PTS originario (y anulado por el TS) hasta los 2.000 m² (t) publicados recientemente, sin que conste la debida justificación para una medida tan relevante como esta.

De hecho, el propio equipo redactor del Avance, a la hora de informar sobre las fuentes empleadas y los parámetros de referencia considerados (apartado III.2 de la Memoria), ha reconocido la existencia de “algunos déficits de información” en “materia de comercio minorista”, con el consiguiente riesgo de “errores de interpretación”.

Pues bien, a pesar de dichos déficits de información y del riesgo mencionado, en el Avance se ha manejado el criterio de la superficie edificada (no superficie de venta), llegando a configurar -se insiste- un nuevo intervalo de superficie entre 2.000 y 15.000 m² (t) para hacer referencia a *“hipermercados y otros grandes centros comerciales, de tamaño relativamente pequeño, en los que se agrupan distintos comercios: galerías, etc.”.*

Es decir, el Avance ha pasado a considerar como GEC a todos aquellos establecimientos cuya superficie es superior a 2.000 m² e inferior a 5.000 m², a diferencia de lo que sucedía con el PTS originario, donde solamente se consideraba GEC a aquellos que superaran el umbral de los 5.000 m².

IV.2.- Lo cierto es que no estamos hablando de una **diferencia** de cientos de metros cuadrados, sino nada mas y nada menos que **de 3.000 metros cuadrados**, lo que constituye, en puridad, una previsión que no concuerda con los principios de proporcionalidad e intervención mínima, tal y como se contemplan en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/15):

“1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos”.

Y en la misma línea conviene recordar, por ejemplo, los preexistentes artículos 5 y 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de

mercado (Ley 20/13), refiriéndose el último mencionado a la **garantía de las libertades de los operadores económicos** en los términos siguientes:

“1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella (...)

f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos”.

Cierto es que el PTS originario data de 2004, es decir, de hace 14 años aproximadamente, pero el transcurso de dicho periodo no ha revelado la conveniencia de disminuir el umbral que se ha venido utilizando para considerar si nos encontramos ante un GEC o no.

En realidad, lo que ha relevado el transcurso del tiempo y, en especial, los episodios judiciales, ha sido la improcedencia de establecer limitaciones a las superficies comerciales, no solamente en nuestro ámbito territorial, sino también en otras zonas, como por ejemplo y de forma muy marcada, en Cataluña y Baleares.

A modo de ejemplo, cabe citar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de abril de 2016 (Rec. nº 6513/2014), la cual conllevó la anulación de la Disposición Transitoria 8ª de la Ley catalana 2/2014 en relación con la limitación de implantaciones comerciales por razón de la superficie.

Y por lo que respecta a Baleares, conviene recordar que el Tribunal Superior de Justicia correspondiente incluso ha llegado a anular, de forma reciente, una moratoria destinada a impedir las implantaciones comerciales durante un determinado periodo de tiempo. De hecho, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ya ha iniciado los trámites oportunos para impedir la aprobación de nuevas moratorias de este tipo, según la información y documentación disponible.

Lo anterior conviene tenerlo en cuenta sin poder desconocer que en la mayoría de Comunidades Autónomas no se utiliza el concepto de superficie edificada como parámetro para computar superficies de cara a establecer los umbrales que determinan la consideración o no de una implantación como gran establecimiento comercial. Tampoco a nivel estatal se utiliza dicho concepto, sino el de superficie útil de exposición y venta, fijando como referencia la medida de 2.500 m², lo que constituye una diferencia especialmente relevante. Volveré sobre ello más adelante.

IV.3.- Llegados a este punto, cabe concluir que la medida consistente en endurecer el umbral de superficie para incluir más establecimientos dentro de la categoría de GEC precisamente va en dirección opuesta a la prevista no solamente en la normativa comunitaria y estatal preexistente, sino también y de manera especial, en la jurisprudencia aplicable.

Y en el presente caso no consta la preceptiva justificación del aludido endurecimiento del umbral mínimo de superficie (con su reducción de 3.000 m²), razón por la que debería sustituirse el umbral propuesto por el actual equipo redactor, en concreto, por el que preveía el PTS originario, esto es, 5.000 m² (t).

En defecto de lo anterior, considero que el umbral mínimo no debería quedar fijado por debajo de los 4.000 m² (t), puesto que de lo contrario seguiría existiendo el riesgo de contravención de los principios de proporcionalidad e intervención mínima ya mencionados [mayor riesgo cuanto más se acerque la cifra a la propuesta de 2.000 m² (t)].

Quinta.- Sobre la vigencia de la definición de GEC

En el apartado 7.2 de la Memoria del PTS originario de 2004 se entendió como Gran Equipamiento Comercial, o Centro de Ocio y Servicios, o Plataforma Terciaria, a efectos de la presente regulación territorial, *“toda aquella implantación urbanística de edificación terciaria que acumule de forma concentrada dentro de una misma área de actuación urbanística, una serie de equipamientos de servicios comerciales, de ocio y de hostelería (gran unidad alimentaria, galería comercial, grandes tiendas temáticas, complejo de multicines, centros de ocio, hoteles, restaurantes y cafeterías, estación de servicio, etc.), que, en su conjunto, y al margen de su posible compartimentación en empresas, establecimientos o actividades diferentes, alcance alguna de las siguientes magnitudes urbanísticas globales:*

- Superficie neta de plataforma explanada, libre más edificada: 15.000 m².
- Superficie de techo edificable: 5.000 m²”.

Es decir, dicha definición tiene por finalidad la de agrupar aquellas implantaciones que realmente pueden tener un impacto relevante en la zona de referencia, como por ejemplo, grandes unidades alimentarias, galerías comerciales, centros de ocio, etc.

En esos casos sí cabe considerar que estamos ante grandes establecimientos/centros comerciales, a diferencia de lo que sucede con otras tipologías diferentes que no forman parte de dicha categoría, pudiendo citar, como ejemplo de estas últimas, el utilizado por el propio equipo redactor del PTS en las páginas 53 y siguientes de la Memoria mencionada, esto es, *“los nuevos centros de la empresa Mercadona”, según “el fenómeno acaecido en tal sólo los dos últimos años (2014-2016)”*.

Entiendo que ese último ejemplo, por el tipo de planteamiento realizado por el aludido equipo redactor, debe hacer referencia a implantaciones comerciales de

tamaño medio, por no superar el umbral mínimo de 5.000 m² (t), lo que viene a resultar concordante con la ausencia de eliminación, por parte de la COTPV en su sesión de 16 de marzo de 2016, de la definición de GEC contemplada en el apartado 7.2 ya mencionado.

En efecto, solamente consta, como eliminada por la interpretación de la COTPV, la categorización de los intervalos de superficies comerciales en función de los tipos de municipios, esto es, el “denominado dimensionamiento máximo de los nuevos equipamientos comerciales”.

Por tanto, la medida propuesta en el Avance de rebajar el umbral mínimo de 5.000 m² (t) a 2.000 m² (t), además de no disponer de la preceptiva justificación de respaldo, constituye una modificación improcedente de la definición de GEC, tal y como contenía el PTS originario, sin haber sido eliminada por la COTPV en fecha 16 de marzo de 2016.

Sexta.- Sobre la diferencia entre superficie edificada y superficie de venta

VI.1.- Como ya se ha anticipado, no es lo mismo fijar los umbrales de los establecimientos comerciales tomando en consideración la superficie edificada que la superficie útil de exposición y venta de los mismos.

Tanto en la Ley 7/1994, de 7 de mayo, de Actividad Comercial (Ley 7/94) como en el PTS se habla, en la actualidad, de superficie edificada. Sin embargo, en la versión originaria de dicha Ley 7/94 (hasta el 8 de julio de 2008) se utilizó el concepto de superficie de venta, como igualmente sucedió en el Decreto 58/2001.

Además, la reforma introducida por la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la referida Ley 7/94, concretamente su Disposición Final Primera sí utiliza el parámetro de superficie de venta (no edificada) para establecer limitaciones en el ámbito de los horarios comerciales.

Junto con lo anterior, debe recordarse que la regulación (ya derogada) de la denominada “*tasa de autorización de grandes establecimientos comerciales*” que contenían los artículos 202 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2007, también contemplaba la superficie de venta y no la edificada, como parámetro de relevancia.

Lo mismo sucede a nivel estatal, pudiendo traer a colación la Exposición de Motivos de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, donde el legislador estableció lo siguiente:

“A la hora de someter a autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial.”

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, la ley debe prever que, una vez garantizado el principio de proporcionalidad y el cumplimiento de otros criterios de buena regulación, puedan establecerse regímenes de autorización para establecimientos comerciales".

Y no puede desconocerse que la mayor parte de las Comunidades Autónomas vienen utilizando el parámetro de la superficie de venta en sus distintas regulaciones comerciales,

Esta situación provoca una clara discordancia a la hora de considerar si estamos ante un gran establecimiento comercial en unos casos o en otros, con la consiguiente inseguridad jurídica y no atención de las garantías derivadas del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución).

En este punto, no son pocas las voces doctrinales que vienen insistiendo en la conveniencia de tratar de promulgar una ley de armonización, de conformidad con el artículo 150.3 de la Constitución y en beneficio del interés público, de tal forma que se establezca, como parámetro general, un único concepto de gran establecimiento comercial atendiendo a la superficie útil de exposición y venta.

VI.2.- En el apartado III.2 de la Memoria de la Revisión Parcial del PTS (página 28 y siguiente) se indica que la principal fuente empleada para proponer los nuevos umbrales de superficie ha sido el Instituto Vasco de la Estadística (EUSTAT). Y con base en dicha fuente se ha manejado el parámetro de superficie edificada.

Pues bien, tras consultar la página web de EUSTAT¹, he podido comprobar que el "*índice de comercio en grandes superficies y cadenas de alimentación*" precisamente utiliza el parámetro de superficie de ventas y la referencia de los 2.500 m² para considerar la existencia de una gran superficie.

Por tanto, no consta ninguna justificación para utilizar el parámetro de la superficie edificada en este ámbito, lo que constituye un riesgo sustancial, teniendo en cuenta que la desproporción ya mencionada de la reducción del umbral mínimo [de 5.000 m² (t) a 2.000 m² (t)] ha sido sensiblemente agravada por seguir manteniendo el aludido parámetro de la superficie edificada, es decir, desatendiendo la superficie de venta.

Esto significa, por ejemplo, que establecimientos comerciales cuya superficie de venta sea inferior a 2.000 m² y que tradicionalmente no han sido considerados como grandes superficies atendiendo al parámetro general de 2.500 m² (sin ninguna incidencia al respecto), sí vayan a ser considerados como tales con el nuevo PTS, puesto que la superficie de venta, por concepto, suele ser inferior a

¹http://www.eustat.eus/estadisticas/tema_521/opt_0/tipo_5/ti_indice_de_comercio_en_grandes_superficies_y_cadenas_de_alimentacion/temas.html

la superficie edificada; habida cuenta de que en todos los establecimientos comerciales existen superficies que se excluyen del cómputo por no ser destinadas en puridad a la actividad comercial (así por ejemplo las dependencias de personal, oficinas, zonas de carga y descarga, almacén...).

O, dicho con otras palabras, la propuesta contemplada en el nuevo PTS no solamente vuelve a contemplar restricciones atendiendo a la superficie, sino que además prevé una reducción drástica del umbral mínimo ya mencionado hasta los 2.000 m² (t), con su agravación por utilizar solamente el parámetro de superficie edificada (al margen de superficie de venta).

VI.3.- Llegados a este punto, entiendo que en la documentación del nuevo PTS debería figurar un apartado específico destinado a valorar las posibles consecuencias de seguir utilizando solamente el parámetro de la superficie edificada para determinar qué es y qué no es GEC.

Limitar la implantación por superficie edificada (con la reducción de 3.000 m² que se ha propuesto) podría conllevar diversos perjuicios al interés público. Lógicamente las empresas, si el PTS llegara a entrar en vigor, no reducirían la superficie de sala de ventas para adecuarse a la nueva regulación, sino otras dependencias diferentes, como por ejemplo las internas dedicadas a los trabajadores (salas de descanso, formación, vestuarios, obradores, etc.).

No tendría sentido, por tanto, que la utilización del parámetro mencionado en una norma reglamentaria como el PTS conllevara, de forma indirecta, un perjuicio para el interés público, que también demanda la atención y el bienestar de los trabajadores de las superficies comerciales.

Tampoco tendría sentido obligar a realizar los establecimientos comerciales más pequeños, puesto que la tendencia, durante los últimos años, ha sido la de mejorar los formatos en el sentido de buscar la comodidad y accesibilidad de los ciudadanos con instalaciones amplias (carritos de bebés, sillas de ruedas, etc.).

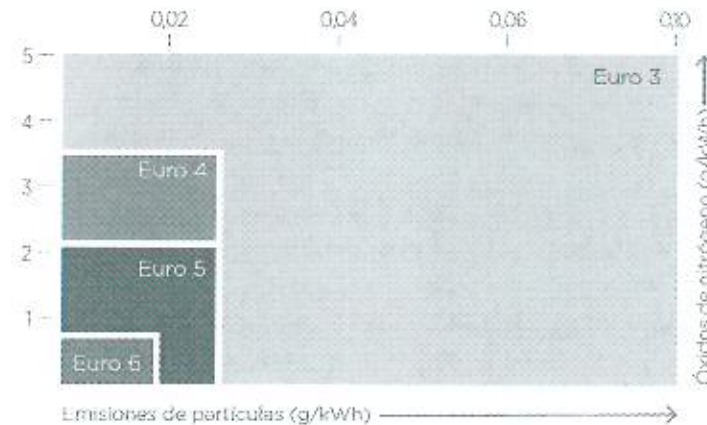
En definitiva, desde este punto de vista, considero que la utilización de la superficie edificada como parámetro de referencia podría no conllevar beneficios al interés público y sí perjuicios; ello con independencia de que no conste la justificación técnica y adecuada en la documentación consultada respecto de una cuestión tan relevante como la mencionada.

Séptima.- Sobre otros parámetros de referencia diferentes al tamaño de las superficies

A lo largo de la documentación expuesta al público y, de forma especial, en la Memoria del PTS, la nueva regulación trata de justificarse con menciones a la protección del medio ambiente, la mejora de la movilidad, etc.

Sin embargo, en dicha documentación no figuran las razones (p. ej. con base en estudios técnicos) por las que un mayor tamaño de la superficie de un establecimiento comercial conlleva un perjuicio para el medio ambiente, la movilidad de los ciudadanos, etc.

Por ejemplo, un establecimiento comercial de reducida superficie puede realizar las tareas de carga y descarga de mercancías con vehículos contaminantes, provocando así un mayor perjuicio al medio ambiente que un establecimiento con una superficie sensiblemente superior donde se utilicen vehículos Euro 6, es decir, la modalidad que menos contamina, tal y como se aprecia en el siguiente cuadro:



Algo similar sucede con las políticas de gestión de residuos y, en particular, de eficiencia energética de las empresas que gestionan establecimientos comerciales. Por ejemplo, dos establecimientos con idéntica superficie edificada pueden tener, en algunos casos, una diferencia de consumos de energía superiores al 40%, en función de si deciden aplicar o no los nuevos avances de las tecnologías.

Y en cuanto al tema de la movilidad ciudadana, debe ponerse de manifiesto que en el nuevo PTS, a nivel de estudios técnicos, no está justificado que una mayor superficie edificada de un establecimiento comercial provoque directamente mayores desplazamientos de personas, con especial incidencia en el tráfico de vehículos.

Actualmente no puede desconocerse que un porcentaje sustancial de los ciudadanos realizan sus compras telefónicamente o a través de Internet, por lo que lógicamente no tendrá el mismo impacto un establecimiento comercial de una determinada superficie que otro con una superficie distinta, si las empresas que los gestionan, en un caso, tiene un porcentaje sustancial de compra online y telefónica y, por el contrario, en el otro caso, dicho porcentaje es residual.

En definitiva, considero que la documentación expuesta al público no contiene la justificación necesaria para soportar las limitaciones de superficie con cuestiones de protección del medio ambiente, movilidad, etc. Tampoco se exploran otras posibilidades como establecer una clasificación de establecimientos comerciales en función del aforo de cada uno de ellos o de sus plazas de aparcamiento, perfectamente compatibles con el desarrollo sostenible de nuestro territorio.

Dichas carencias, con el máximo respeto, contribuyen a aumentar el riesgo de no poder cumplir adecuadamente lo dispuesto por el Tribunal Supremo, con el consiguiente perjuicio para el interés público.

Octava.- Sobre las tres alternativas propuestas en el PTS

VIII.1.- El apartado VI de la Memoria está dedicado a las denominadas “*propuestas-alternativas de ordenación*”, las cuales han sido formuladas “*a los efectos de suscitar el oportuno debate*” y “*optar por aquella que resulte más oportuna, sin perjuicio de otra solución*”.

La alternativa 1 consiste en no establecer ninguna regulación de carácter territorial a efectos de implantación de GEC, pero sí incluir una remisión a la regulación que cada municipio establezca en sus propias normas urbanísticas.

La alternativa 2, por su parte, consiste básicamente en establecer diversas prohibiciones de implantación en determinados ámbitos, incluyendo las modificaciones de planeamiento destinados a la implantación de GEC.

Y, por último, la alternativa 3 delimita diferentes zonas geográficas como susceptibles de implantar GCE, teniendo en cuenta el parámetro de la superficie edificada y la diferenciación de los municipios entre los de máxima centralidad, de centralidad comarcal y el resto.

VIII.2.- Pues bien, teniendo en cuenta la normativa comunitaria y las Sentencias del TS, considero que **la alternativa 1 sería la que debería prosperar, si bien para todos aquellos establecimientos comerciales que no tengan la condición de GEC según la definición del PTS originario (apartado 7.2 de la Memoria), es decir, aquellos que no alcancen ninguna de las magnitudes urbanísticas globales que se han venido utilizando:**

- *Superficie neta de plataforma explanada, libre más edificada: 15.000 m2.*
- *Superficie de techo edificable: 5.000 m2”.*

De esta forma, el PTS contendría la regulación correspondiente a lo que realmente cabe considerar como GEC y no a otros establecimientos comerciales que no encajan dentro de dicha categoría. Por tanto, no se trataría de la versión pura de la alternativa 1, sino de una versión adaptada para reducir el riesgo de no cumplir los criterios sentados por el TS en 2015.

En todo caso, considero que **no podría aplicarse la alternativa 2**, puesto que el catálogo de prohibiciones contenido en la misma y, en especial, la relativa a impedir modificaciones de planeamiento por parte de los municipios, podría llegar a infringir el principio de autonomía local, el cual se encuentra consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

Llegados a este punto, lógicamente no puede negarse que el Ayuntamiento tiene competencias en materia de urbanismo, si bien limitadas a lo que establece el artículo 25.2 d) de la LBRL, esto es, con respeto a lo previsto en las legislaciones estatal y autonómica. Precisamente en este sentido, el artículo 5 de la LSPV contempla el principio de competencia del planeamiento

urbanístico, de tal forma que la vinculación del suelo a destinos y la atribución de usos debe llevarse a cabo por el planeamiento municipal (mediante la clasificación y calificación urbanísticas).

Es más, dicha alternativa 2 impediría mejorar las redes viarias, lo que constituiría una medida perjudicial para el interés público, puesto que la propia evolución de los municipios, con el transcurso de los años, precisamente requiere dicha mejora, bien por ampliación o creación de nuevas redes. Y no existe justificación para una medida tan gravosa, puesto que seguramente muchos establecimientos comerciales se han implantado durante los últimos años a través de modificaciones de planeamiento y mejoras viarias, sin incidencias desfavorables para el interés público.

Y en conexión con lo anterior, se me plantean importantes dudas sobre la compatibilización de la referida alternativa 2 con la documentación de las DOT que se encuentra en tramitación actualmente, puesto que en la misma consta el objetivo de compatibilizar y mezclar usos para obtener municipios más completos en cuanto a servicios ofrecidos a los ciudadanos.

Por lo que he podido ver, las DOT, más concretamente, tratan la denominada sostenibilidad territorial en el suelo de actividades económicas y se prioriza la mixticidad de usos que compatibilice las actividades económicas con la vida urbana.

En mi opinión, la compatibilización mencionada debería resultar irrenunciable, teniendo en cuenta fundamentalmente los artículos 4 y 17 de la LOTPV, donde se contempla la necesaria jerarquía entre las DOT y el PTS, a los efectos oportunos. Y ello es así hasta tal punto que el apartado 5 del referido artículo 17 dispone lo siguiente:

“Las contradicciones de los Planes Territoriales Sectoriales con las Directrices de Ordenación Territorial y, en su caso, con los Planes Territoriales Parciales, serán causa de nulidad de la parte o partes del Plan Sectorial que las contengan”.

Es decir, podría darse el caso de que la alternativa 2 llegara prosperar desde el punto de vista formal, pero realmente adoleciera de nulidad de pleno derecho, con la consecuencia de no existir a efectos jurídicos. Y lógicamente no considero que ese tipo de escenario sea recomendable ni beneficioso para los intereses públicos que están en juego con la tramitación del presente procedimiento.

VIII.3.- Por último, entiendo que la alternativa 3, tras confirmar la procedencia de descartar la alternativa 2 y en defecto de la alternativa 1 (con la variación ya mencionada), sería la que podría plantearse como susceptible de llegar a materializarse en su día. No obstante, considero que no podría descartarse el riesgo de que el TS llegara a considerar que el “*dimensionamiento máximo*” de los nuevos GEC conforme a las categorías A, B y C también adolece del vicio de nulidad de pleno derecho.

Novena.- Sobre la hipotética moratoria mencionada en algún medio de comunicación

Recientemente he podido ver publicado en algún medio de comunicación (p. ej. <http://www.diariovasco.com/san-sebastian/bildu-pide-moratoria-20180320003722-ntvo.html>) una propuesta dirigida a esta Administración para imponer una moratoria consistente en la prohibición de implantaciones comerciales hasta que no se haya aprobado definitivamente la documentación del PTS en tramitación.

En la normativa consultada no he localizado la regulación relativa a este tipo de moratoria vinculada directamente a la tramitación de la Revisión Parcial de una norma reglamentaria como es el PTS, no de forma ordinaria, sino extraordinaria a raíz de la obligada ejecución de dos Sentencias del TS.

A este respecto, conviene recordar que el PTS sigue en vigor, si bien de forma parcial, es decir, sin contener limitaciones de implantación por razón de superficies y poblaciones de municipios. En efecto, salvo error por mi parte, se mantiene la obligación prevista en la Ley 7/2012, de 23 de abril, de que los Ayuntamientos soliciten al órgano competente en materia de comercio de la Administración de la CAPV la emisión de un informe sobre la adecuación de toda implantación o ampliación de un gran establecimiento comercial a los criterios establecidos en el PTS con carácter previo a la concesión de la licencia municipal.

O dicho con otras palabras, la implantación de superficies comerciales dentro de nuestro territorio no está exenta de control en la actualidad, tanto a nivel municipal como a nivel autonómico.

Si se llegara a aprobar una moratoria de ese tipo (con la consiguiente paralización o bloqueo a nivel territorial), nos encontraríamos ante una medida más restrictiva incluso que la regulación declarada nula por el TS, lo que contravendría la normativa y jurisprudencia comunitarias [p. ej. Sentencia de 24 de marzo de 2011 (asunto C-400/08)]; y ello sin perjuicio de los daños de difícil o imposible reparación que podría provocar no solamente a las empresas que se dedican al comercio minorista, sino también al propio interés público, que demanda creación de riqueza para los ciudadanos, nuevos empleos, mejora de los existentes, nuevas infraestructuras, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, ya se han dictado, como es lógico, diversos pronunciamientos judiciales que han tumbado este tipo de moratorias, como por ejemplo en Baleares y recientemente por parte del Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la labor que la CNMC viene desarrollando, en los últimos años, con la finalidad de evitar la aprobación de nuevas medidas de este tipo.

Por todo ello, considero que la eventual aprobación de la moratoria carecería de respaldo normativo y aumentaría el riesgo de no cumplir con el proceso de ejecución de las Sentencias del TS que anularon el PTS originario, de forma parcial.

Décima.- Sobre la conveniencia y oportunidad de tramitar la tercera reforma de la Ley de Actividad Comercial

Llegados a este punto, entiendo que sería conveniente promover un proyecto de Ley para llevar a cabo la tercera reforma de la Ley de Actividad Comercial, de tal forma que nuestro territorio pueda contar con una norma con rango de Ley (tal y como ha exigido el TS en sus Sentencias) ya adaptada al ecosistema actual, tras haber transcurrido 24 años desde su versión originaria.

Precisamente ese tipo de evolución lógica de nuestra sociedad y de nuestro territorio fue lo que justificó que el legislador llevara a cabo la primera modificación del referido cuerpo legal, concretamente a través de la Ley 7/2000, de 10 de noviembre.

A continuación, la segunda modificación articulada por la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial, fue materializada, según su Exposición de Motivos, en un momento *“óptimo, pues la reciente entrada en vigor de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, va a propiciar la revisión o adaptación de los planes urbanísticos municipales, recogiendo así las previsiones de la presente ley”*.

En la situación actual y con mayor motivo tras las Sentencias del TS, considero que sería conveniente abordar la tercera reforma mencionada, teniendo en cuenta, entre otros, el denominado *“principio de buena regulación”*, que se contempla en el artículo 129.4 de la Ley 39/15:

“A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas (...)”.

Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 2015 (Rec. nº 396/2014), *“los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente”*.

Lo expuesto debe entenderse, como es lógico, sin perjuicio de que, tras la promulgación de esa tercera reforma de la Ley de Actividad Comercial, pueda resultar necesario y oportuno llegar a dictar una norma reglamentaria, como ya sucedió en su día, concretamente con el Decreto 58/2001, donde se utilizó, por cierto, el concepto de superficie de venta para delimitar lo que se consideraba GEC o no.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO que tengan por presentado este escrito, lo admitan y, en su momento, valoren como estimen oportuno las consideraciones planteadas con el propósito de colaborar en la finalidad pública de garantizar el estricto cumplimiento de las Sentencias del TS de 2015, de lo cual se deriva, por extensión y de forma directa, la improcedencia de una hipotética moratoria.

En Vitoria, a 26 de marzo de 2018

Fdo: Vanesa García Eraña

