

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



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

DEPARTAMENTUAK: LURRALDE PLANTZATZA ETA ETXEBIZTZA SAILA
NATURAREN KONTSERBAZIOA, INGURUMENA, PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y VIVIENDA

2018 MAY 02

C/ Donostia-San Sebastián, 1, 2.ª planta.
CP 01010 Vitoria-Gasteiz

SARRERA	IRTEERA
Zk. 350925	Zk.

Vanessa García Eraña, mayor de edad, con DNI nº 72734897-L, identificando la dirección de correo rubyales10@hotmail.com como medio electrónico a efectos de notificaciones en el presente procedimiento, al igual que el domicilio ubicado en la calle Océano Atlántico, nº 10, piso 5ºB, CP 01010 de 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 de la aprobación inicial de la "Revisión parcial de las Directrices de Ordenación Territorial", concretamente el anuncio publicado en el BOPV nº 42 del pasado 28 de febrero.

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

Primera.- Sobre la participación ciudadana en el procedimiento y el alcance del presente escrito

I.1.- En el anuncio oficial ya mencionado se informa de la posibilidad de presentar alegaciones a la documentación comprensiva de la Revisión de las DOT. 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.

I.2.- Respecto al alcance de este escrito, se circunscribe a las directrices directamente relacionadas con las actividades económicas y los equipamientos comerciales, teniendo en cuenta el cierre reciente del plazo de aportaciones al Avance del PTS que se encuentra en tramitación.

En concreto, me centraré en el artículo 12 del documento de las DOT aprobado inicialmente, sin perjuicio de realizar algunas referencias a otros apartados de dicho documento, a los efectos oportunos.

Segunda.- En relación con el artículo 12 de las normas de aplicación

He visto que en los apartados 1 y 3 del referido artículo 12 (página 314) se contempla, como prioridad, el aprovechamiento del suelo de actividades económicas infrautilizado ("*puesta en valor*"), en detrimento de la ocupación de nuevos suelos; ello sin perjuicio de la directriz consistente en promover suelos de actividades económicas donde se ejecuten edificaciones de varias plantas.

Y todo ello teniendo también presente el objetivo (acertado) de compatibilizar y mezclar usos para obtener municipios más completos en cuanto a servicios ofrecidos a los ciudadanos. Más concretamente, se prioriza la denominada mixticidad de usos que compatibilice las actividades económicas con la vida urbana (apartado II, punto 4 de la página 153 del documento de las DOT).

Junto con lo anterior, he constatado que los apartados 4 y 5 han sido dedicados fundamentalmente a los equipamientos comerciales y al PTS, cuya tramitación se encuentra en curso actualmente. Más concretamente, en la letra b) del aludido apartado 4 consta la siguiente directriz:

"Limitar la superficie máxima de grandes establecimientos comerciales de acuerdo a razones imperiosas basadas en el interés general como la ordenación del territorio y el urbanismo".

Pues bien, respetuosamente considero que ese párrafo debería completarse con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el sentido de garantizar que la limitación de superficie no constituya una práctica prohibida de restricción de la libertad comunitaria de establecimiento (Directiva de Servicios).

En concreto, dicha jurisprudencia establece que las aludidas restricciones deben ser adecuadas para garantizar la realización del objeto de interés general que persigan, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Entre esas razones imperiosas que cita la letra b) del apartado 4, según el TJUE, figura la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores, sin posibilidad de que concurren objetivos de carácter económico o mercantil.

A este respecto, he localizado 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".

Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que el apartado 5 del artículo 12 también debería ser acomodado, de forma plena, a lo previsto en la referida jurisprudencia, planteándose dudas respecto de la directriz de su letra b) consistente en el mantenimiento de la categorización municipal, por haber sido cuestionado en sede judicial.

Tercera.- Sobre la exigencia de tramitar una norma con rango de ley

III.1.- Las restricciones a la libertad de establecimiento, como por ejemplo, la limitación de la superficie máxima de grandes establecimientos comerciales, no puede contemplarse en una norma de carácter reglamentario, sino en una norma con rango de ley donde figure una motivación especialmente detallada.

Así consta en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio (Ley 17/09), cuya redacción literal es la siguiente:

*“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.**”*

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y

c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

Por tanto, entiendo que no sería posible aprobar el documento de Revisión de las DOT, si se mantuvieran las directrices de limitación de superficie (restricciones a la libertad comunitaria de establecimiento), mediante el Decreto contemplado en el apartado 9 del artículo 10 de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco (LOTPV).

III.2.- Llegados a este punto, si considero viable la opción de 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 el concepto de superficie de venta para delimitar lo que se consideraba gran establecimiento comercial o no.

Cuarta.- Sobre la necesaria concordancia de la Revisión de las DOT con el PTS Comercial

IV.1.- Al parecer, las DOT constituyen el marco de referencia para la formulación de otros instrumentos de ordenación, como por ejemplo el PTS de equipamientos comerciales que se encuentra en una fase de tramitación mas preliminar de la que me ocupa en este momento. Por ello, debe existir una adecuación o concordancia entre ambos instrumentos, puesto que de lo contrario se crearía un ecosistema con un cierto nivel de inseguridad jurídica.

Hasta tal punto es necesaria la aludida concordancia que el artículo 17.5 de la LOTPV, según he podido ver, contempla el siguiente mecanismo de nulidad:

“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”.

Por tanto, considero prioritario el objetivo de garantizar la absoluta concordancia entre el PTS comercial y las DOT o viceversa, en beneficio del interés público.

IV.2.- Pues bien, no puede desconocerse el hecho público de que la tramitación de la Revisión del PTS Comercial fue provocada por dos Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en septiembre de 2015 (Recursos 3687/2013 y 3048/2014), principalmente porque declararon la nulidad de las limitaciones que contenía el PTS originario (Decreto 262/2004) a la superficie máxima de los grandes establecimientos comerciales (BOPV nº 213 del 9 de noviembre de 2015).

Así se menciona en el apartado VIII de la página 31 del documento de las DOT, si bien de forma muy genérica y sucinta.

Lo dicho significa que la tramitación de ese nuevo PTS Comercial se enmarca dentro del proceso de ejecución o cumplimiento de las referidas sentencias del TS (artículos 109 y concordantes de la LJCA), con las consiguientes limitaciones, lo que considero que también afecta o vincula a este procedimiento de Revisión de las DOT, teniendo en cuenta las directrices de limitación de superficies comerciales contempladas en su artículo 12.

En efecto, si en la tramitación del PTS mencionado no se lleva a cabo una adecuada ejecución de las Sentencias del TS, lógicamente existirá riesgo de que acontezca una nueva nulidad en sede judicial; y, por extensión, si en la presente tramitación de las DOT no se adoptan los criterios del TS, también puede darse un caso de nulidad, en perjuicio del interés general.

De hecho, me ha resultado ciertamente sorprendente que 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 que pude consultar hace unas semanas. Volveré sobre ello en el siguiente apartado.

Por todo ello, considero que sería buen momento para llevar a cabo una reconsideración de la nueva regulación de las actividades económicas y los equipamientos comerciales, puesto que las DOT a las que se refiere este escrito y la Revisión del PTS se encuentran en una fase muy preliminar de su tramitación, con el consiguiente margen de maniobra.

Quinta.- Sobre las restricciones comerciales del nuevo PTS y la eventual afectación de las DOT

V.1.- Como ya se ha indicado, el apartado III.2 de la Memoria del PTS 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 grandes establecimientos comerciales (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.

V.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.

Tras consultar la página web de EUSTAT, 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.

Tampoco a nivel estatal se utiliza el concepto de superficie edificada, 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.

V.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 considero 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)].

V.4.- Ciertamente es que en la documentación de la Revisión de las DOT no consta ninguna referencia específica a un determinado parámetro de superficie comercial (lógicamente por su alcance genérico), pero considero que sería conveniente tener en cuenta las consideraciones expuestas en los apartados V.1, V.2 y V.3 anteriores de cara a la siguiente fase de tramitación de las DOT.

Y ello fundamentalmente porque cualquier discordancia entre dichas DOT y el PTS comercial puede desembocar en la afectación de sus contenidos, concretamente con su declaración de nulidad, tal y como establece el artículo 17.5 de la LOTPV, lo cual perjudicaría gravemente los intereses públicos y los privados concurrentes.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO que tengan por presentado este escrito, lo admitan y, en su momento, acuerden la admisión de las consideraciones expuestas, a los efectos de su incorporación a la documentación de las DOT y de tratar de garantizar la adecuada concordancia entre los procedimientos de revisión de las DOT y del PTS de equipamientos comerciales.

En Vitoria, a 27 de abril de 2018

Fdo: Vanesa García Eraña

