

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000463/2015
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 04391/2015
Demandante: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA
COMPETENCIA (CNMC) Y UNIBAIL RODAMCO PALMA,
S.L.
Procurador: ABOGADO DEL ESTADO
Demandado: CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD DEL
GOBIERNO BALEAR
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS
D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 463/15 promovido por el ABOGADO DEL ESTADO en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra la resolución de 24 de abril de 2015, dictada por la Directora General de Comercio y Empresa actuando por delegación del Consejero de Economía y Competitividad del Gobierno Balear, que denegó la autorización de gran establecimiento comercial para la implantación de un centro comercial colectivo en el sector de planeamiento "Ses Fontanelles I", término municipal de Palma de Mallorca; así como contra la resolución de 19 de junio

siguiente, desestimatoria de la reclamación presentada al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Ha sido parte demandada la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, e intervenido como recurrente UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L., representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo con el que se inició este procedimiento fue interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de la CNMC por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA; y, admitido que fue, se personó en los autos como parte recurrente, y conforme a lo previsto en el artículo 127.ter.7, la mercantil UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L.

SEGUNDO.- Emplazados ambas recurrentes para que formalizasen sus respectivas demandas, y presentadas éstas, interesaba en su suplico el Abogado del Estado, en representación de la CNMC, que *“De conformidad con todo lo anterior, procede declarar la nulidad de los actos impugnados, autorizándose a la interesada a que proceda a la simultánea urbanización y edificación en los terrenos en los que está proyectada la instalación del centro comercial de su titularidad”*; y, por su parte, UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L. suplicaba en su escrito de demanda que *“... con estimación del recurso de esta parte: a) Declare la nulidad de las Resoluciones de la Dirección general de Comercio y Empresa de la Consejería de Economía y Competitividad del Gobierno Balear de 24 de abril de 2015 y de 19 de junio de 2015 objeto del presente recurso. B) Inste a la AUTORIDAD BALEAR a conceder a UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L., la autorización autonómica de gran establecimiento comercial en los términos solicitados en su escrito de fecha 25 de febrero de 2015. Todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada”*.

TERCERO.- Recibido el proceso a prueba, se practicaron las que constan en las actuaciones. Y, pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 22 de febrero de 2017, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes de interés para resolver el litigio, a la vista de los documentos aportados a los autos y de los que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) El 29 de agosto de 2014 la entidad UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L.U., solicitó licencia autonómica de gran establecimiento comercial para la implantación de un centro comercial colectivo conforme a lo previsto en la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial de las Islas Baleares, con el objeto de construir un centro comercial de esta clase en el sector “Ses Fontanelles I”, delimitado por el camino de can Alegría, la calle Manuela de los Herreros y Sorá, el camino de can Boguera y la autovía de Levante, término municipal de Palma de Mallorca. Solicitud que fue denegada mediante resolución de 24 de noviembre de 2014, de la Dirección General de Comercio y Empresa (actuando por delegación del Consejero de Economía y Competitividad). Contra este acuerdo interpuso la mercantil interesada recurso de reposición, que fue igualmente desestimado por resolución de 23 de diciembre de 2014, frente a la cual presentó recurso contencioso-administrativo. Seguido éste ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares bajo el núm. 41/2015, concluyó mediante sentencia desestimatoria de 14 de septiembre de 2016.

2) Por escrito de 25 de febrero de 2015 UNIBAIL presentó nueva solicitud ante la Consejería de Economía y Competitividad con objeto de obtener la referida autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial al amparo, esta vez, de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Islas Baleares, que sucedió a la Ley 11/2001. A dicha solicitud acompañaba certificado del Ayuntamiento de Palma de 24 de febrero de 2015 en el que se hacía constar, en su apartado 5, sobre “Clasificación del suelo”, que *“... el establecimiento comercial proyectado se implantará en una finca en suelo urbano con la condición de solar, de acuerdo a la legislación urbanística vigente, en la medida en que no está permitida a este Ayuntamiento otorgar licencia de primera ocupación en la edificación hasta la finalización de las obras de urbanización, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.2 del Real Decreto 3288/1978, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística”*. Y, con fecha 31 de marzo de 2015, presentó un nuevo certificado del Ayuntamiento de Palma de Mallorca que incluía diversas consideraciones sobre las condiciones de la finca en cuestión y concluía que *“Atendiendo a lo anterior, se cumple lo establecido en los artículos 25 y 30 de la Ley 2/2014, de Ordenación y Uso del Suelo, de acuerdo con lo establecido en el certificado de 24/02/2015”*.

3) Previos los informes emitidos por los servicios jurídicos de la Consejería de 26 de marzo y 13 de abril de 2015, y del informe técnico suscrito por el Servicio de Comercio con fecha 23 de abril de 2015, la Directora General de Comercio y Empresa, actuando por delegación del Consejero de Economía y Competitividad de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, dictó con fecha 24 de abril de 2015 resolución por la cual acordaba *“... denegar la autorización autonómica de gran establecimiento comercial para la instalación de un centro comercial colectivo, ubicado en el sector de “Ses Fontanelles I”, (...) ya que incumple el artículo 14*

apartado 3, de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Illes Balears, por cuanto los terrenos en la que se pretende la implantación no tienen la clasificación de suelo urbano por el planeamiento urbanístico municipal, ni tienen la condición de solar”.

4) El 27 de mayo de 2015 UNIBAIL presentó ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado reclamación de las previstas en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, dirigida contra la citada resolución y por la que interesaba, literalmente, *“... tenga por presentado este escrito, junto con toda la documentación que lo acompaña, tenga por interpuesta en tiempo y forma, al amparo lo previsto en el artículo 26 LGUM, Reclamación contra la Resolución de 24 de abril de 2015, del Consejero de Economía y Competitividad del Gobierno Balear, por la que se deniega la autorización autonómica solicitada por UNIBAIL RODAMCO para la instalación de un gran establecimiento comercial en el Sector “Ses Fontanelles I”, en l ciudad de Palma, y, en sus méritos, requiera a la Consejería de Economía y Competitividad para que anule la resolución objeto de la presente reclamación y para que dicte una nueva otorgando la autorización autonómica solicitada con las oportunas condiciones”.*

5) Admitida la reclamación por la Secretaría del Consejo, la Directora General de Comercio y Empresa de la Consejería de Economía y Competitividad, actuando por delegación del Consejero, y previos los correspondientes trámites contemplados en la Ley 20/2013, dictó resolución por la cual acordaba *“Desestimar la reclamación formulada por UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L.U., con CIF B-86847282, al amparo lo de previsto en el artículo 26 de la Ley 2072013, de Garantía de la Unidad de Mercado, contra la Resolución del Consejero de Economía y Competitividad de las Islas Baleares de 24 de abril de 2015, que deniega la autorización autonómica de gran establecimiento comercial para la instalación de un centro comercial colectivo, ubicado en el sector “Ses Fontanelles I”, ...”.*

6) Contra la indicada resolución el Abogado del Estado interpuso, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el recurso contencioso-administrativo que dio origen al presente proceso, en el que se ha personado como parte recurrente, al amparo de lo previsto en el artículo 127.ter.7 de la Ley jurisdiccional, la mercantil UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L.

SEGUNDO.- La negativa de la Administración autonómica balear a conceder la autorización controvertida de gran establecimiento comercial se justifica en la necesaria aplicación de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de Comercio de las Illes Balears, en concreto, en la exigencia contenida en su artículo 14, sobre *“Procedimiento de autorización autonómica de instalación de gran establecimiento comercial”*, cuyo apartado 3 dispone que *“El establecimiento deberá situarse en una parcela que esté clasificada como suelo urbano y tenga la condición de solar”*. Precepto consecuente con la prohibición recogida en el artículo 5, que, bajo la rúbrica *“Prohibiciones y restricciones al comercio”*, establece en su apartado 4 que *“Se prohíbe expresamente la implantación de establecimientos comerciales en suelo que no tenga la clasificación de suelo urbano definido en la legislación urbanística vigente. El terreno tiene que cumplir la condición de solar”*.

Recuerdan así las resoluciones de 24 de abril y 19 de junio de 2015, ahora recurridas, que los terrenos afectados no tienen esa clasificación urbanística, ni la condición de solar -se trata de suelo urbanizable-, por lo que la denegación es consecuencia directa de la aplicación de la Ley.

La reclamación planteada por la vía del artículo 26 de la Ley 20/2013 frente a la inicial resolución desestimatoria, y las demandas formalizadas por el Abogado del Estado y por UNIBAIL, proponen una interpretación de esa exigencia que resulte acorde con los principios que inspiran la Ley de Unidad de Mercado. Como resume el Abogado del Estado, dicha interpretación, acogida también por el operador, supondría exigir el requisito de la calificación urbanística y la condición de solar, no en el momento de comenzar las obras de urbanización, como requiere el Gobierno Balear, sino al tiempo de iniciarse la actividad, de tal forma que las obras dirigidas a transformar el suelo urbanizable en urbano con condición de solar y de edificación pudieran realizarse simultáneamente, previa la autorización autonómica concedida de manera condicionada.

Tal es, en síntesis, el argumento central de impugnación que esgrimen las partes recurrentes en este proceso, argumento al que añaden, como tendremos ocasión de analizar después, la existencia de un trato discriminatorio pues la misma autorización aquí controvertida se habría concedido a un competidor de UNIBAIL - CARREFOUR PROPERTY-, pese a que los terrenos sobre los que se asentaba en aquel caso el centro comercial autorizado no tenían tampoco la condición de solar – suelo urbano consolidado, según la norma entonces vigente-.

Expuesto el esquema sobre el que gravita el litigio, es necesario destacar, como anticipábamos al relacionar los antecedentes de interés, que, con fecha 14 de septiembre de 2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictó sentencia desestimatoria en el recurso núm. 41/2015, iniciado por UNIBAIL frente a la decisión del Gobierno Balear de denegar la autorización de gran establecimiento comercial que había sido solicitada en los mismos términos en que lo fue después.

Dicha sentencia, que no es firme al haber sido recurrida en casación, confirma la legalidad de la decisión administrativa de denegar la autorización por aplicación de lo establecido en los artículos 7.6 y 17.2.a) de la Ley 11/2001, de 15 de julio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears, a la que sucedió la Ley 11/2014, y que, en cuanto aquí interesa, regula esta materia en los mismos términos, si bien sustituyendo la exigencia de que los terrenos, también necesariamente clasificados como suelo urbano, tuvieran el carácter de suelo urbano consolidado en lugar de solar. Además, se pronuncia sobre la posible interpretación de dicha exigencia que proponen también aquí las partes recurrentes, es decir, referir la necesidad de esa concreta calificación urbanística al momento de iniciarse la actividad y no al de comenzar la edificación, interpretación que rechaza de manera motivada.

TERCERO.- La normativa autonómica citada, no olvidemos que de rango de Ley, que fundamenta la decisión administrativa recurrida; la circunstancia, en realidad no controvertida, que habría impedido la autorización de gran establecimiento

comercial, cual es que el mismo pretende construirse sobre suelo no urbano; y la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en el que interpreta la normativa autonómica en relación a la misma autorización que aquí se discute para concluir que no es posible concederla, ni siquiera en la forma condicionada que también ahora se propone, precisamente por la circunstancia expuesta –tratarse de suelo no urbano–, constituyen el ineludible punto de partida del análisis que cabe hacer en este proceso, planteado por el trámite especial de la garantía de la unidad de mercado de los artículos 127 bis y siguientes de la Ley jurisdiccional.

La pretensión dirigida al reconocimiento del derecho de UNIBAIL a obtener la autorización de gran establecimiento comercial tiene, desde luego, un importante escollo en la Ley 11/2014, de 15 de octubre, dada la rotundidad de los preceptos que regulan esta cuestión.

En efecto, parte la Ley en su artículo 12 del *“Concepto de gran establecimiento comercial”*, que atribuye a *“... los establecimientos comerciales al por mayor o al por menor, individuales o colectivos, que tengan una superficie útil para la exposición y la venta superior a 700 m2 en la isla de Mallorca, a 400 m2 en las islas de Menorca y de Ibiza, y a 300 m2 en la isla de Formentera...”*, con las precisiones que contiene, además, el propio artículo.

Añade en el artículo 13, en relación a la *“Autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial”*, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 2/2015, de 24 de julio, lo siguiente: *“1. La implantación o la ampliación de las instalaciones destinadas a establecimientos del tipo gran establecimiento comercial requiere expresamente la autorización autonómica para la instalación con carácter previo al título municipal habilitante. También se requiere la autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial para la apertura o la ampliación de los establecimientos individuales situados dentro de los mercados municipales si tienen una superficie útil para la exposición y la venta que supere los límites que fija el artículo anterior. 2. Son nulos de pleno derecho los títulos habilitantes municipales para la nueva ubicación o ampliación de las actividades destinadas a establecimientos del tipo gran establecimiento comercial que se otorguen sin la autorización autonómica para la instalación previa o en contra de sus determinaciones...”*.

Y dedica su artículo 14 al *“Procedimiento de autorización autonómica de instalación de gran establecimiento comercial”*, precepto en el que recoge las exigencias relativas a la autorización autonómica en estos términos:

“1. En caso de grandes establecimientos comerciales individuales, la empresa que tenga que explotar la actividad comercial concreta debe obtener la autorización autonómica para la instalación con carácter previo al título municipal habilitante. 2. En caso de establecimientos comerciales de carácter colectivo que tengan la consideración de gran establecimiento comercial, el promotor debe obtener la autorización autonómica para la instalación con carácter previo al título municipal habilitante. Esta autorización autonómica incluye a los establecimientos comerciales individuales que se puedan instalar, siempre que no supongan un aumento de la superficie útil de exposición y venta. 3. El establecimiento debe situarse en una parcela que esté clasificada como suelo urbano por el planeamiento urbanístico municipal y tenga la condición de solar...”

Requisito este último, el del apartado 3, que directamente se conecta con lo regulado en materia de *“Prohibiciones y restricciones al comercio”* en el artículo 5, cuyo apartado 4 establece que *“Se prohíbe expresamente la implantación de establecimientos comerciales en suelo que no tenga la clasificación de suelo urbano definido en la legislación urbanística vigente. El terreno tiene que cumplir la condición de solar”*.

Corolario obligado de cuanto antecede es que la concesión de la autorización autonómica pretendida choca necesariamente con esta regulación. No puede desconocerse, además, que el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, el cual culmina la organización judicial en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma conforme al artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha pronunciado de manera expresa en este mismo sentido en la mencionada sentencia de 14 de septiembre de 2016, en la que aplica la Ley 11/2001, de 15 de julio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears, sustancialmente análoga a la Ley 11/2014 en este punto (con la sola diferencia, a la que nos hemos referido ya, de exigir suelo urbano consolidado en lugar de suelo urbano y condición de solar).

En su demanda, el Abogado del Estado expone los antecedentes de la Ley de garantía de la unidad de mercado, su origen, contexto, finalidad y mecanismos de aplicación, y aborda de manera expresa (apartado 2.4 de los Hechos), bajo el título *“Mecanismos de aplicación y Comunidades Autónomas”*, la necesidad de cooperación y coordinación de las distintas Administraciones Públicas implicadas, señalando que la Ley *“no es ajena a la estructura territorial del Estado diseñada por la Constitución”*, para, a continuación, referirse a las distintas fórmulas incorporadas a su texto con el fin de hacer efectiva esa necesaria coordinación.

En el supuesto que analizamos, un primer planteamiento dirigido a soslayar directamente la Ley autonómica por razón de los principios reconocidos por la Ley 20/2013 e invocados por la parte recurrente, Abogado del Estado y operador económico afectado -principios de necesidad y proporcionalidad, recogidos en el artículo 5-, debe rechazarse, sin que la misma Ley 20/2013 proporcione mecanismo alguno que habilite la inaplicación de la Ley 11/2014, del Gobierno Balear, por la sencilla razón de que no puede hacerlo sin socavar la estructura territorial del Estado acogida en la Constitución y la potestad legislativa reconocida a las Comunidades Autónomas por el mismo texto constitucional.

Esta vía, a nuestro juicio, estaría cerrada, pues la resolución recurrida se ampara en una norma con rango de Ley que resulta aplicable al caso. A ello no obsta el que *“la Ley de Comercio balear está siendo objeto de negociación por parte de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears a fin de resolver las discrepancias en relación con diversos preceptos de la misma, entre los que figuran el artículo 13 (...) y el artículo 14 (...), apartados 1 y 6”*, como informa el Abogado del Estado en su demanda, lo que no le priva de vigencia.

Además, ha de decirse aquí que, pocas fechas después de formalizada la demanda por el Abogado del Estado, el Tribunal Constitucional, mediante auto de 6 de octubre de 2015, acordó *“... tener por desistido al Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, en el recurso de inconstitucionalidad núm.*

4315-2015, promovido contra los artículos 13, 14.1 y 6, 22.8 y 23.3 y la disposición adicional tercera de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Illes Balears, declarando extinguido el proceso. Recurso que fue admitido a trámite por providencia de 21 de julio de 2015, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 176, de 24 de julio de 2015”.

Abandonada esta interpretación que cabría considerar *de máximos*, procede plantearse si, admitida la vigencia y necesaria aplicación del requisito y consiguiente prohibición previstos en la Ley 11/2014, cabe una interpretación de los mismos que resulte conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013.

CUARTO.- Esta es la solución que propugnan tanto el Abogado del Estado como UNIBAIL. El primero, resume en su demanda la discrepancia entre el reclamante y la Administración autonómica del siguiente modo:

“El operador interpreta que la exigencia prevista en el artículo 14.3 de la Ley de Comercio supone que el terreno debe tener la condición de solar en el momento de la apertura del establecimiento, de manera que las obras de urbanización (para transformar el suelo urbanizable en urbano con condición de solar) y de edificación puedan realizarse simultáneamente, previa autorización comercial condicionada a la Comunidad Autónoma.

La resolución del Gobierno Balear considera que el terreno debe tener la condición de solar antes de iniciarse las obras de edificación, de manera que la autorización autonómica exige la previa recepción del solar por parte de la autoridad municipal”.

A continuación, expone los argumentos de UNIBAIL sobre la necesaria aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad a partir de su enunciado en el artículo 5 de la Ley de garantía de unidad de mercado, reproduce las razones en que el operador funda su reclamación y, al analizar *“... el concreto acto de aplicación de la Ley 11/2014 que es objeto de la presente reclamación”*, manifiesta que *“... esta Comisión coincide, en esencia, con los argumentos de la reclamación”*.

Partiendo, razona el Abogado del Estado, de que el objetivo del artículo 14.3 de la Ley autonómica sería la protección del medio ambiente, al que serviría la evitación de que grandes superficies comerciales se asienten sobre suelo rústico, como sucedía con la exigencia del artículo 17.2.a) de la anterior Ley de Comercio de 2001, protección que califica de razón imperiosa de interés general; y, reconociendo que el objeto de la demanda no es el de *“pronunciarse sobre la correcta calificación del suelo en que se pretende instalar la gran superficie comercial, ni tampoco sobre si tal proyecto cumple todas las previsiones exigible en materia de protección medioambiental”*; sostiene, sin embargo, que aquel objetivo se salvaguarda de manera suficiente con *“una autorización condicional de la Comunidad Autónoma”*, y coincide en este extremo con la mercantil interesada.

Sustenta dicho criterio en que el centro comercial se asentaría sobre suelo urbanizable, no sobre suelo rústico, con lo que cedería la razón de la protección del

suelo de esta clase. Como consecuencia de ello, podría operar la previsión del artículo 30.3 de la Ley del Suelo de Baleares que permite la simultánea urbanización y edificación en terrenos que tengan dicha consideración, si se cumplen los requisitos del Reglamento de Gestión Urbanística, que estarían acreditados conforme a la certificación municipal aportada al expediente por la interesada, por lo que, concluye, en tales circunstancias, *“... podría aceptarse una autorización condicionada a que con carácter previo a la apertura del centro comercial, los terrenos reúnan la condición de solar...”*.

Se apoya, además, en los informes de otros puntos de contacto emitidos en el procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013, y, así, en el de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en el de la Comunidad Valenciana y en el informe de la Comunidad de Madrid, todos ellos incorporados al expediente, de los que destaca también su crítica a la duplicidad de procedimientos administrativos como consecuencia de la existencia de dos regímenes de autorización –el correspondiente a la autoridad autonómica y la posterior licencia municipal–.

La posibilidad de acoger esta interpretación pasa, a la vista de las consideraciones expuestas en los fundamentos precedentes sobre la plena vigencia y aplicabilidad de la Ley autonómica, porque dicha norma, o cualesquiera otras aplicables del mismo rango, no exijan que los requisitos controvertidos hayan de cumplirse antes de comenzar la construcción, como presupuesto previo para que ésta se inicie.

Sin embargo, creemos que eso es, precisamente, lo que ahora sucede.

Así, el artículo 13 de la Ley 11/2014 se refiere, como vimos, a la *“Autorización autonómica para la instalación de gran establecimiento comercial”*, y el concepto de instalación sugiere ya que la autorización ha de ser previa al inicio de las obras, lo que se corrobora con la literalidad del apartado 1 del artículo 14 que, sabemos, dispone que *“Se requiere autorización única para las siguientes actuaciones: La implantación y la ampliación de las instalaciones destinadas a establecimientos del tipo gran establecimiento comercial”*. Y añade en su apartado 3 que *“El establecimiento debe situarse en una parcela que esté clasificada como suelo urbano por el planeamiento urbanístico municipal y tenga la condición de solar”*. Por si ello fuera poco, se cuida la Ley de incluir entre las prohibiciones –artículo, apartado 4–, *“la implantación de establecimientos comerciales en suelo que no tenga la clasificación de suelo urbano definido en la legislación urbanística vigente...”*.

Difícilmente puede admitirse que, resultando la autorización imprescindible para la implantación del gran establecimiento, y siendo la clasificación del suelo como urbano, y la condición de solar, requisitos ineludibles para otorgar la autorización, puedan iniciarse las obras, y aun se concluya la construcción, antes de que el suelo alcance dichas clasificación y condición.

Este fue el criterio acogido por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la sentencia de 14 de diciembre de 2016, cuyo fundamento de derecho tercero excluye la interpretación también propuesta entonces sobre la base de la aplicación del artículo 30.3 de Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de Baleares.

La denegación de la autorización, en la fórmula propuesta de simultanear las obras de urbanización y edificación de los terrenos, resulta por ello ajustada a Derecho. Es más, la autorización autonómica concedida en la forma condicionada que propone la parte actora, prescindiendo de la clasificación urbana del suelo, no puede sino considerarse contraria a la prohibición del transcrito artículo 5.4.

En este punto resulta oportuno recordar que el artículo 127.ter, apartado 6, de la Ley jurisdiccional, establece que la sentencia recaída en este procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder.

Al margen de las dificultades interpretativas que pueda plantear este precepto, constituye presupuesto del fallo estimatorio, como no podía ser de otro modo, que la actuación administrativa impugnada haya incurrido en cualquier infracción del ordenamiento.

Y el plus que cualifica el procedimiento, y justifica sus importantes y ciertamente extraordinarias especialidades –baste citar entre ellas la posibilidad de dar cabida a otros recurrentes, además de la CNMC, en contra del criterio general que rige el proceso contencioso y que permite solo la personación de los interesados como codemandados-, es que dicha infracción afecte a la libertad de establecimiento o de circulación.

Falla en este caso, conforme a lo argumentado, el primer presupuesto, pues no se advierte infracción alguna en la actuación administrativa recurrida.

Pero es que tampoco se justifica en qué medida los principios invocados de la Ley 20/2013, necesidad y proporcionalidad, pudieran contribuir a la interpretación propuesta por las recurrentes, CNMC y UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L., dirigida a obtener una autorización que permita la realización de las obras de urbanización y edificación y que condicione solo el inicio de la actividad.

En efecto, si tales principios tienen por fin último garantizar la unidad de mercado y, como presupuesto de la misma, la libertad de establecimiento de los operadores económicos (artículo 1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre), no se alcanza a comprender como contribuye a esa libertad el otorgamiento de una autorización que solo perseguirá, en la versión condicionada que coincidentemente reclaman las dos recurrentes, que se permita iniciar las obras, pero que mantendría pendiente de la calificación de suelo urbano y la atribución de la condición de solar la posibilidad de iniciar la actividad. Es decir, podría entenderse el interés en obtener esta autorización condicionada solo si la libertad de establecimiento que se invoca coincidiera, y se identificara y agotara, con la libertad para construir o urbanizar, lo que obviamente no sucede, persistiendo en todo caso el obstáculo para el inicio de la actividad que no se salvaría aun obteniendo el pronunciamiento pretendido.

Ha de decirse, finalmente, que la Ley 11/2014 alude en su exposición de motivos, de manera explícita, a la justificación de la exigencia de autorización

autonómica en los términos en que la regula, justificación que resulta del todo razonable y que bien puede servir de sustento a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Así, advierte que, en el caso de las Illes Balears, concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio que inciden sobre la autorización de grandes establecimientos comerciales.

Dice literalmente la exposición de motivos, en cuanto aquí interesa, lo siguiente:

“Respetando el principio general de libertad en su instalación que impone la legislación europea, se fija un límite general de impacto territorial para condicionar la determinación de los grandes establecimientos comerciales en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

(...)

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, define qué se tiene que entender por razones imperiosas de interés general y deja dicho que serán aquéllas que sean reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, acto seguido, enumera las siguientes: 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 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.

(...)

Concretamente, la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, 12 de julio de 2012, aunque declaró injustificado el régimen regulado en la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, consideró válido el régimen del silencio negativo que esta ley establecía (...). Hay que llamar la atención sobre un punto esencial y es que el Tribunal Superior de Justicia Europeo consideró adecuada la exigencia de licencia específica; lo que negó es que se pudiera denegar sobre la base de motivaciones de carácter meramente económico.

(...)

Esta ley –la 11/2014– no establece ninguna limitación fundamentada en razones de planificación económica, que son las prohibidas, sino que pretende preservar el medio ambiente y que, mediante los planes directores sectoriales que aprobarán los consejos insulares, se proceda a un crecimiento ordenado de los establecimientos comerciales que tenga en cuenta el hecho diferencial de ser un archipiélago, las diferentes características de cada una de las islas y el valor innegable de nuestro medio ambiente.

(...)

El principio de proporcionalidad –que el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, consagra– exige que el régimen de autorización administrativa 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 produjera demasiado tarde para que fuera verdaderamente eficaz. Así, en ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se tienen que sujetar a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la cual 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. En el caso que nos ocupa, la autorización responde al principio de proporcionalidad, ya que se trata del modo idóneo de impedir que la construcción y la puesta en marcha de los grandes establecimientos comerciales sea un hecho conocido a posteriori por la administración autonómica que impida la protección de los valores que se han mencionado. Por lo tanto, la medida es idónea para cumplir el objetivo perseguido y no hay alternativas menos gravosas para conseguirlo. Finalmente, nos parece necesario recordar que la vigente Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears, en la exposición de motivos, al referirse a la actividad comercial razona expresamente que «la actividad comercial en sí misma no conlleva ningún riesgo inherente, a pesar de ello, conforme a una configuración atípica de una actividad puede existir un riesgo por el hecho de que supere los umbrales que se fijan en el título I del anexo I de la presente ley, lo que justifica la necesidad de un control administrativo previo, incluso cuando se traten actividades de comercio minorista incluidas en el ámbito de aplicación del Real decreto ley 19/2012, de 25 de mayo, y por lo tanto quedan sujetas al régimen de autorización que se regula en el capítulo II del título IV». Por lo tanto, si en la presente ley se regula específicamente una autorización para el establecimiento de un tipo de comercio determinado, la medida es igual de proporcionada y necesaria que la prevista con carácter general en la Ley de actividades».

Admitida la preservación del medio ambiente como una potencial “razón imperiosa de interés general”, a efectos del artículo 5 de la Ley 20/2013, entendemos que el hecho insular, o las singularidades del archipiélago balear que destaca la Ley 11/2014, constituyen, a su vez, una justificación bastante para la exigencia de la autorización autonómica, atendidas las competencias que en este orden corresponden a la Comunidad Autónoma. Autorización que se revela como necesaria y proporcionada para la salvaguarda de aquel interés, por lo que no cabe reprocharle que tenga solo una base económica.

Avanzando en este decurso lógico, ha de decirse que la necesidad de que un gran establecimiento comercial, con las consecuencias que su implantación y funcionamiento conlleva, se asiente sobre suelo urbano, es también un requisito que, de manera directa, se relaciona con la protección medioambiental en la medida en que persigue reducir su impacto sobre terrenos especialmente sensibles como son lo que no tienen aquella calificación.

Por último, es innegable que todas estas circunstancias concurren desde el momento mismo del inicio de las obras de construcción, de tal suerte que la “razón imperiosa de interés general”, identificada en este caso con la protección del medio ambiente, justifica que la autorización autonómica y el presupuesto para poder obtenerla consistente en que el gran establecimiento comercial se asiente sobre suelo urbano con condición de solar, como medidas proporcionadas y necesarias de control por parte de quien ostenta la competencia, sean imprescindibles para poder comenzar las obras. Y es que no puede discutirse que el perjuicio medioambiental se habría producido ya, en gran medida, privando de eficacia al filtro de la autorización, si ésta pudiera concederse de manera desconectada de la clasificación

del suelo y condicionada solo a que, finalmente, y antes del inicio de la actividad, se produjera dicha clasificación.

QUINTO.- Al hilo de lo que acabamos de exponer, y por ser trasladables en gran medida iguales consideraciones, procede abordar los argumentos que expone UNIBAIL en el mismo sentido que el Abogado del Estado.

Para ello, es preciso hacer notar que la pretensión concreta formulada en la demanda por UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L., es la de obtener un pronunciamiento por el cual la Sala, previa estimación del recurso, acuerde la nulidad de las resoluciones impugnadas e *“Inste a la AUTORIDAD BALEAR a conceder a UNIBAIL RODAMCO PALMA, S.L., la autorización autonómica de gran establecimiento comercial en los términos solicitados en su escrito de fecha 25 de febrero de 2015”*.

En ese escrito interesaba la operadora, literalmente, que *“... se conceda la autorización autonómica solicitada con la condición de que se obtenga licencia de obras para el proyecto, y condicionando la apertura del establecimiento a la circunstancia de que los terrenos en que éste se ubica adquieran previamente la condición de solar”*.

Los argumentos que apoyan esta pretensión se sustentan en la normativa urbanística autonómica, con cita del artículo 30.3 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, según el cual *“Tener la condición de solar es requisito imprescindible para que se pueda otorgar la licencia de edificación. No obstante, el ayuntamiento siempre puede autorizar, tanto en suelo urbano como urbanizable, la edificación y la urbanización simultáneas en los términos que establece el Reglamento de gestión urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o la normativa que lo sustituya”*, y del citado Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en concreto de su artículo 42, que dispone que *“1. En el suelo urbanizable programado, en tanto no se aprueben Planes parciales y se ejecuten las correspondientes obras de urbanización, no se podrá edificar ni levantar otras instalaciones; sin embargo, podrán realizarse las obras correspondientes a la infraestructura del territorio o a los sistemas generales determinantes del desarrollo urbano o ejecutarse aquellas otras de carácter provisional a que se refiere el artículo 58.2 de la Ley del Suelo. 2. Podrá edificarse en esta categoría de suelo, previa aprobación del Plan Parcial y Proyectos de Urbanización correspondientes, antes de que los terrenos estén totalmente urbanizados, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo anterior y con los efectos expresados en el mismo”*.

Se remite, por otra parte, al carácter vinculante del certificado emitido en los términos a que se refiere el artículo 14.4.a) de la Ley 11/2014, de Comercio Balear, con fecha 24 de febrero de 2015 por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y que UNIBAIL acompañó con su solicitud de 25 de febrero siguiente, para concluir que corresponde al Ayuntamiento determinar si el proyecto cumple con las condiciones urbanísticas aplicables, siendo así que, con arreglo a las mismas, es posible

simultanear las obras de urbanización y edificación si se cumple con los requisitos previstos en el Reglamento de Gestión Urbanística.

Y supone que la interpretación asumida por la Administración autonómica vulnera los artículos 5, 7 y 9 de la Ley 20/2013 y, en particular, se aparta de la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Pues bien, entendemos que las consideraciones relacionadas con la aplicación de las normas urbanísticas invocadas carecen de relevancia cuando lo que se cuestiona no es una decisión del Ayuntamiento afectado pues, a riesgo de ser reiterativos, hemos de insistir en que aquí se impugna la denegación de la autorización de gran establecimiento comercial que corresponde expedir a la Consellería de Economía y Competitividad del Gobierno balear, autorización que aparece condicionada en la Ley 11/2014 a la circunstancia de que los terrenos en que haya de asentarse el gran establecimiento estén clasificados como suelo urbano y tengan la condición de solar. Y hasta tal punto es así que, en un precepto específico, y bajo la rúbrica *“Prohibiciones y restricciones al comercio”*, establece que *“Se prohíbe expresamente la implantación de establecimientos comerciales en suelo que no tenga la clasificación de suelo urbano definido en la legislación urbanística vigente. El terreno tiene que cumplir la condición de solar”* –artículo 5.4- .

Con independencia de lo dispuesto en las normas urbanísticas y de las alternativas que éstas puedan ofrecer en relación al otorgamiento de la licencia de edificación y el concepto de solar –que es, en rigor, a lo que se refiere el transcrito artículo 30.3 de la Ley 2/2014-, la Ley 11/2014 es inequívoca en cuanto a la exigencia de la autorización de gran establecimiento comercial y las condiciones a que ésta debe someterse, entre las que se encuentra la clasificación urbanística del suelo como suelo urbano al que, por cierto, la misma Ley 2/2014 se refiere en su artículo 24 para limitarlo a *“Los terrenos que el planeamiento urbanístico general incluye de manera expresa en esta clase de suelo porque, habiendo sido legalmente sometidos al proceso de integración en el tejido urbano, cuentan con todos los servicios urbanísticos básicos”* y a los que *“...en ejecución del planeamiento urbanístico, alcanzan el grado de urbanización que este determina”*.

Baste remitirnos, en cuanto a la necesidad y proporcionalidad que exige el artículo 5 de la Ley 20/2013, a lo que también dijimos en el fundamento anterior a propósito de igual alegación formulada por el Abogado del Estado, resultando las apreciaciones de la demandante relacionadas con el alcance de la protección medioambiental, o con el distinto grado que, a efectos de dicha protección, merece el suelo urbanizable –como el de los terrenos controvertidos- frente al suelo rústico, insuficientes para enervar la consideración de que la autorización autonómica, en los términos que impone la Ley 11/2014, obedece a razones de imperiosa necesidad relacionadas con la protección del medio ambiente y las particulares circunstancias del territorio autonómico balear.

La mera invocación de los perjuicios originados al interés general, en cualquier caso no justificados ni ponderados frente a los que podría también sufrir dicho interés en caso de quebrar o reducirse los medios que la propia Ley articula para garantizar la adecuada protección del medio ambiente, entre ellos, sin duda, la autorización autonómica, no puede justificar la estimación del recurso; como

tampoco pueden tener este efecto los perjuicios económicos ocasionados al operador que éste invoca y califica de muy relevantes, cuando la actuación administrativa ha resultado conforme a Derecho.

Otro tanto sucede con la distorsión de la competencia que denuncia en su demanda, y que se relacionaría con la garantía de las libertades de los operadores económicos reconocida en el artículo 9 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, también invocado. La libre competencia no puede admitirse como un valor absoluto, sino garantizado dentro del marco jurídico en el que existen otros valores e intereses dignos de protección. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 11/2014, como reproducíamos antes, advierte, respecto de los establecimientos comerciales, que *“respetando el principio general de libertad en su instalación que impone la legislación europea, se fija un límite general de impacto territorial para condicionar la determinación de los grandes establecimientos comerciales en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears”*.

SEXTO.- No merece mejor suerte la alegación, esgrimida en sus respectivas demandas por la CNMC y por UNIBAIL, relativa a la vulneración del artículo 7 de la Ley 20/2013, sobre duplicidad de cargas administrativas.

Como hemos visto, la autorización autonómica para la implantación de un gran establecimiento en el territorio balear es una exigencia legal, además de proporcionada y necesaria en este supuesto; y, al igual que sucede con el ejercicio de las competencias que la Ley atribuye, en desarrollo del diseño territorial recogido en la Constitución, a los Ayuntamientos en materia urbanística y de clasificación del suelo, no puede soslayarse en aras del principio de simplificación de cargas de la Ley 20/2013, cuyo alcance ha de ser, obvio es decirlo, más limitado. Lo que resulta, por otra parte, de su propio enunciado en el artículo 7, según el cual *“La intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de única autoridad”*.

El precepto despliega sus efectos fundamentalmente en el ámbito del procedimiento, pero no limita, ni condiciona –ni puede hacerlo, insistimos una vez más-, el ejercicio, por la autoridad correspondiente, de las competencias que le son propias con arreglo a la Ley. Y así resulta de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que invoca el Abogado del Estado en este punto y que transcribe parcialmente cuando se remite al mandato que dicha Ley dirige a las Administraciones Públicas y según el cual *“revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el fin de impulsar la simplificación”*.

Cabría reprochar entonces que el procedimiento pudiera introducir trámites innecesarios o duplicados, o cargas administrativas excesivas, pero no ampara que pueda eludirse la autorización previa del artículo 14.1, ni que se autorice a la interesada a que lleve a cabo simultáneamente las obras de urbanización y edificación, como se pretende, antes de que se produzca la clasificación del suelo como urbano y se le atribuya la condición de solar.

SÉPTIMO.- Procede, por último, plantearse si con la denegación de la autorización autonómica de gran establecimiento comercial se ha dispensado el trato discriminatorio que denuncian tanto la CNMC como UNIBAIL, y ello al haberse concedido en otro supuesto pese a que los terrenos no tenían tampoco la condición de solar o suelo urbano consolidado.

Tal sería el caso de la resolución de 23 de julio de 2012, del Vicepresidente Económico de Promoción Empresarial y de Empleo de las Islas Baleares, que otorgó la autorización a CARREFOUR PROPERTY ESPAÑA, SLU, cuando es lo cierto, y así consta en dicha autorización, que los terrenos no tenían la condición de suelo urbano consolidado exigida por la entonces vigente Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial de las Islas Baleares.

Ambas recurrentes advierten en ello una vulneración del principio de no discriminación que garantiza el artículo 3 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, y, con mayor alcance, el artículo 14 de la Constitución.

Dos razones han de servir, no obstante, para rechazar el motivo.

En primer lugar, ha de decirse que no estamos ante situaciones idénticas, pues en aquel caso se trataba de suelo urbano –si bien faltaba la cualidad de consolidado, exigido por el artículo 17 de la Ley 11/2001, allí aplicable–, lo que no sucede aquí, pues los terrenos en que pretende ahora asentarse el gran establecimiento comercial no tienen esa clasificación urbanística.

Conviene recordar que el juicio de igualdad *"...exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, puesto que lo que deriva del precepto constitucional es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente idénticos sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas; la identidad de las situaciones fácticas constituye, por tanto, el presupuesto ineludible para la aplicación del principio de igualdad, correspondiendo a quien lo invoca la carga de ofrecer un término de comparación válido en relación con el cual debe predicarse la pretendida igualdad"* (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 212/93, de 28 de junio), cuyo criterio se ha repetido en reiteradísimas ocasiones por el Tribunal Supremo.

Puede citarse así su sentencia de 4 de octubre de 2002, recurso núm. 6293/98, donde expone que *"Estas razones permiten llegar a la constatación de la ausencia de vulneración del artículo 14 de la Constitución ante la falta de identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que con dicho precepto constitucional se pretende es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y ante la falta del presupuesto ineludible para la aplicación del principio de igualdad ante la ley, no se ofrece un estricto término de comparación válido en relación con el cual deba predicarse la pretendida vulneración del artículo 14 de la Constitución..."*.

En la de 19 de diciembre de 2016, recurso 3795/2015, sostiene que *"La igualdad en la aplicación de la ley tiene un carácter formal y persigue que no se realicen pronunciamientos arbitrarios y que se interprete la ley de forma igual para todos; principio de igualdad en la aplicación de la ley que no sólo es exigible a los órganos jurisdiccionales*

(siempre que exista identidad de órgano jurisdiccional: STC 126/1988, de 24 junio; 161/1989, de 16 de octubre; 1/1990, de 15 de enero), sino también a los administrativos, pues, también estos, al resolver, aplican la ley (STC 49/1982, de 14 de julio), y STS 20 de noviembre de 1985). Pues bien, respecto de tal principio de igualdad en la aplicación de la ley, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Constitucional han precisado perfectamente sus características y han establecido su delimitación, señalando al efecto que el mismo encierra y presta contenido a una prohibición o discriminación de tal manera que, ante situaciones iguales, deban darse tratamientos iguales, por lo que sólo podrá aducirse ese principio de igualdad como violado cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los objetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en virtud de una conducta arbitraria no justificada de los poderes públicos quedando "enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental de igualdad , que ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tiene circunstancias de todo tipo iguales..." (STS 23 de junio de 1989). Pues, "(n)o toda disparidad de trato significa discriminación, sino que es necesario que la disparidad de soluciones sea ante situaciones absolutamente iguales" (STS 15 de octubre de 1986). Esto es, que "(t)al principio ha de requerir... una identidad absoluta de presupuestos fácticos ..." (STS 28 de marzo de 1989). En consecuencia, que tal principio "requiere que exista un término de comparación adecuado, de forma que se haya producido un tratamiento desigual en supuestos absolutamente idénticos ya que es presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución Española , que las situaciones que quieran traerse a la comparación sean efectivamente equiparables y ello entraña la necesidad de un término de comparación ni arbitrario ni caprichoso..." (STS 6 de febrero de 1989). Esto es, que lo "que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que dos sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal" (STC 49/1985, de 28 de marzo y 1/1990, de 15 de enero).

En el mismo sentido, la más reciente de 13 de febrero de 2017, recurso 184/2016.

Por otra parte, y ahondando en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia elaboradas en torno al principio de igualdad y no discriminación, debe concluirse que, de haberse concedido en un supuesto idéntico la autorización controvertida, dicha concesión resultaría, en razón a todo lo hasta aquí expuesto, ilegal, de tal forma que dicho precedente no arrastraría la pretendida consecuencia discriminatoria.

Como decía ya la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1988 "El principio de igualdad sólo opera dentro de la legalidad, de suerte que el hecho de que en una o varias ocasiones se haya producido una actuación ilegal no puede ser una fuente de ilegalidades sucesivas; pertenece a la esencia del Derecho la posibilidad de ser vulnerado, pues regula la conducta de personas libres, pero una infracción no puede derogar y dejar inaplicable para lo sucesivo la normativa aplicable".

Más recientemente, en la de 30 de junio de 2009, señala lo siguiente:

"Estamos ante un precedente administrativo único y sin que un precedente pueda considerarse vinculante si se sitúa fuera de la legalidad, (...), por lo que el criterio diferente mantenido por la Administración el en el caso de la recurrente está suficientemente

justificado y motivado en cuanto a su diferenciación con el precedente que se cita. A tal efecto el TS (por todas S. 25-11-2003 Rec. 2937/1998) tiene señalado: "Como esta Sala ha declarado reiteradamente (por todas, en STS, 3ª, 7ª, de 1 de abril de 2002) no hay lesión del principio de igualdad en relación con precedentes administrativos que pudieran citarse porque, o bien responden a otras circunstancias concurrentes en los favorecidos con la homologación o, si ello no es así, su otorgamiento es ilegal, con lo cual el precedente no puede considerarse vinculante fuera de la legalidad..."

Ha de decirse, por último, que la resolución que aquí directamente se impugna, de fecha 19 de junio de 2015, aborda expresamente esta cuestión y motiva la disparidad de tratamiento dispensado en uno y otro caso en estos términos:

"... si bien entre los supuestos de CARREFOUR y UNIBAIL existe una similitud sin embargo no una equivalencia: En el primer supuesto, se trata de suelo urbano, y en el segundo de SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO. En el caso de CARREFOUR se trataba de una importante ampliación de las instalaciones, de una actividad ya existente que venía desarrollándose sobre unos terrenos respecto de la cual el Ayuntamiento de Palam certificó, en fecha 22 de junio de 2011, de la siguiente forma: "El inmueble está ubicado en un terrenos clasificado por la rPGOU -1998 como suelo urbano". Añadía el certificado municipal, en el apartado 14 Conclusión. Que es necesario que las parcelas adquieran la condición de solar "por cuanto ahora mismo no la tienen por motivo de que la urbanización se encuentra pendiente de ser recibida por el Ayuntamiento". Por el contrario, en el caso de UNIBAIL RODAMCO, se trata de una nueva implantación sobre unos terrenos clasificados, de acuerdo con los certificados emitidos por el Ayuntamiento de Palma, como suelo urbanizable programado SUP 79-01 "Ses Fontanelles", cuyas obras de urbanización se están ejecutando".

Todo lo cual obliga a desestimar también este motivo y con él el recurso interpuesto, al resultar ajustada a Derecho la actuación administrativa contra la que se dirige.

OCTAVO.- En aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por las partes recurrentes.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra la resolución de 24 de abril de 2015, dictada por la Directora General de Comercio y Empresa actuando por delegación del Consejero de Economía y Competitividad del Gobierno Balear, que denegó la autorización de gran establecimiento comercial para la implantación de un centro comercial colectivo en el sector de planeamiento "Ses Fontanelles I", término municipal de Palma de Mallorca, así como contra la resolución de 19 de junio

siguiente, desestimatoria de la reclamación presentada al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado. Resoluciones que se declaran ajustadas al ordenamiento jurídico.

Con expresa imposición de costas a las partes recurrentes.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 14/03/2017 doy fe.