



Roj: **STSJ CAT 4980/2019 - ECLI:ES:Tsjcat:2019:4980**

Id Cendoj: **08019330032019100355**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **29/07/2019**

Nº de Recurso: **107/2017**

Nº de Resolución: **765/2019**

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **MANUEL TABOAS BENTANACHS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Autos nº 107/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

RECURSO Nº: 107/2017

PARTES: JOSEL, S.L.

C/ AJUNTAMENT DE BARCELONA

S E N T E N C I A Nº 765

Ilustrísimos Señores:

Presidente

D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS.

Magistrados

D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ.

D. EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA.

BARCELONA, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el recurso contencioso administrativo nº 107/2017, seguido a instancia de la entidad JOSEL, S.L., representada por el Procurador Don IGNACIO LOPEZ CHOCARRO, contra el AJUNTAMENT DE BARCELONA, representado por el Procurador Don JESUS SANZ LOPEZ, sobre Disposición General-Urbanismo-Planeamiento.

En el presente recurso contencioso administrativo ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don **MANUEL TÁBOAS BENTANACHS**.

ANTECEDENTES DE HECHO.

1º.- El 27 de enero de 2017 el Plenari del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona dictó Acuerdo por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el "Pla Especial Urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona".

2º.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso el presente recurso contencioso administrativo, el que admitido a trámite se publicó anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente, y recibido el expediente administrativo le fue entregado y dedujo escrito de demanda, en el que tras consignar



los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictase Sentencia estimatoria de la demanda articulada. Se pidió el recibimiento del pleito a prueba.

3º.- Conferido traslado a la parte demandada, ésta contestó la demanda, en la que tras consignar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó la desestimación de las pretensiones de la parte actora.

4º.- Recibidos los autos a prueba, se practicaron las pertinentes con el resultado que obra en autos.

5º.- Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron haciendo las alegaciones que estimaron de aplicación; y, finalmente, se señaló día y hora para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 29 de julio de 2019, a la hora prevista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO .- El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la pretensión anulatoria ejercitada a nombre de la entidad **JOSEL, S.L.** contra el Acuerdo de 27 de enero de 2017 del Plenari del Consell Municipal del **AJUNTAMENT DE BARCELONA** por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el "Pla Especial Urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona".

SEGUNDO .- La parte actora, después de relacionar los antecedentes que ha estimado de interés e indicar la titularidad de las fincas de la calle Ferran 34, Jonqueras 2, Amadeu Vives 3 y Parlament 32 de Barcelona, cuestiona la legalidad de los pronunciamientos administrativos impugnados en el presente proceso, sustancialmente, desde las siguientes perspectivas:

A) Insuficiente justificación de la memoria para la adopción de la ordenación que establece. Especialmente se argumenta en la diferencia del uso de hotel respecto a los otros usos turísticos.

B) Se considera que la figura de planeamiento impugnada es inadecuada al alterar las previsiones del Plan General Metropolitano en materia de usos. Se constituye como planeamiento urbanístico general modificando el régimen en casi la totalidad de Barcelona.

Debe entenderse que el procedimiento adecuado debió ser el de Modificación del Planeamiento General sobre todo al ordenar los usos residenciales de forma diversa a la originaria como así se efectuó en el año 1989.

C) Se contraviene el artículo 383.9 de las Normas Urbanísticas del Plan General Metropolitano que permitía en edificios catalogados con el nivel B la implantación de nuevos establecimientos turísticos. En la modalidad de hotel y ello sin perjuicio de su derogación posterior con la Modificación del Plan General Metropolitano para la protección del patrimonio histórico artístico de Barcelona de 16 de mayo de 2017 que fue posterior a la figura de planeamiento impugnada.

D) Vulneración de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, con cita del principio de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad.

E) Nulidad de la Disposición Transitoria Primera al no incluir entre sus supuestos los proyectos que hayan obtenido el informe urbanístico favorable previsto en el artículo 17 de la ordenanza reguladora de los procedimientos de intervención municipal de obras, con vulneración del principio de igualdad.

F) Nulidad del artículo 15.4 y de la Disposición Transitoria 3ª.1 por supresión de un 20 % del número de plazas sin indemnización.

La Administración demandada contradice los argumentos de la parte actora.

TERCERO .- Examinando detenidamente las alegaciones contradictorias formuladas por las partes contendientes en el presente proceso, a la luz de la prueba con que se cuenta -con especial mención de las obrantes en los correspondientes ramos de prueba y en concreto con el dictamen de los Arquitectos elegidos por la parte actora Don Bernardo y Doña Fermina -, debe señalarse que ordenándolos debidamente para su depuración, la decisión del presente caso deriva de lo siguiente:

1.- Efectivamente nos hallamos en el ámbito del "Pla Especial Urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona", figura de planeamiento especial que manifiesta tomar su cobertura en el artículo 67 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y el artículo 67 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, para planes especiales de usos, en cuanto establece:



"ARTÍCULO 67.

1. La tipología de planes especiales es la establecida en la normativa vigente. Además, se admiten los planes de usos, integrales, de reforma interior, mejora urbana, protección, rehabilitación, subsuelo y telecomunicaciones.

2. Los planes especiales de usos tienen como objetivo ordenar la incidencia y los efectos urbanísticos, medioambientales y sobre el patrimonio urbano que las actividades producen en el territorio, mediante la regulación de su intensidad y las condiciones físicas de su desarrollo en función de las distancias, el tipo de vía urbana y circunstancias análogas.

3. Se pueden aprobar planes especiales integrales, entendidos como los planes especiales que definen y comprenden operaciones desarrolladas a escala de proyecto arquitectónico y también de regulación de usos en operaciones de rehabilitación integral".

2.- Habida cuenta de la fecha de su ubicación temporal, también resulta aplicable el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, como por lo demás se irá viendo, pero en la medida que no resulte afectado por las disposiciones legales posteriores.

CUARTO.- Como se citan como impugnados el artículo 15.4 y la Disposición Transitoria Primera y la Disposición Transitoria Tercera.1 de la Normativa Urbanística, procede traerlos a colación del siguiente modo:

Article 15. Regulació de la Zona Específica 1 (ZE-1)

1. La Zona Específica ZE-1 es grafiada en el plànol "P2. Zones Específiques i Àrees de Tractament Específic". Integra el districte de Ciutat Vella, els barris de l'Antiga Esquerra i Dreta de l'Eixample, part del barri de Sant Antoni (les illes situades a l'est del carrer del Comte d'Urgell i al sud del carrer de Floridablanca), els barris del Poble Sec, d'Hostafrancs, la Vila de Gràcia, la Vila Olímpica del Poblenou i el barri del Poblenou.

2. La Zona ZE-1 es configura com una zona de decreixement natural. En aquesta zona no s'admet la implantació de nous establiments ni tampoc l'ampliació de places dels establiments existents.

3. No obstant l'anterior, als efectes de l'aplicació de l'article 14.2.1. de les presents Normes, als establiments existents en aquesta Zona específica ZE-1 se'ls aplica una densitat radial en funció del quadre que s'insereix a continuació:

NOMBRE DE PLACES		DISTÀNCIA
0	50	150
+50	100	175
+100	150	200
+150	200	250
+250	350	300

* 300m+50m. per cada 100 places de més a fracció

Quan el nombre de places superi les 350, la distància radial a mantenir serà la suma de 300m més 50 m. addicionals per cada 100 places de més a fracció.

4. Als establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal, degudament autoritzats existents a la zona 1 a l'entrada en vigor del present Pla especial i que no es trobin en situació de fora d'ordenació d'acord amb el planejament anterior, se'ls aplicaran les determinacions següents:

a) S'admeten, sense que en cap cas puguin comportar un increment del nombre de places existents ni la creació de més establiments, les obres següents:

- Totes les obres subjectes a llicència d'obres menors, assabentat o comunicat immediat.
- Les obres majors de consolidació, reforma o rehabilitació; quan aquestes obres comportin una intervenció global en els fonaments o estructura de l'edifici, caldrà que es compleixin totes les condicions previstes a l'article 9.1.a), b) i c) i, a més, que es redueixi en un 20% el nombre de places existents. Quan l'establiment estigui situat en un carrer d'entre 6 i 8 metres caldrà garantir a més que el nombre de places resultants és inferior a 50 i tramitar un pla especial amb el contingut i abast especificat a l'article 9.1, d) de les presents Normes.
- Les obres que comportin un increment de volum o del sostre edificable quan siguin imprescindibles per millorar les condicions d'accessibilitat o la supressió de barreres arquitectòniques



b) No s'admeten les obres que comportin la substitució de l'edifici, encara que es mantingui la façana o algun element estructural.

c) No s'admeten modificacions de l'activitat que comportin destinar l'establiment a una tipologia genèrica diferent a la que té reconeguda al cens segons la classificació dels establiments en les categories d'establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal.

5. En els establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal degudament autoritzats existents a la zona 1 a l'entrada en vigor del present pla especial que es trobin en situació de fora d'ordenació d'acord amb el planejament anterior, es permetran exclusivament les obres de reparació previstes a l'article 108.2 del Text refós de la Llei d'Urbanisme, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost.

PRIMERA.- Règim aplicable a les sol·licituds en tràmit que afectin establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal

1. Les determinacions establertes en aquest Pla especial urbanístic no seran d'aplicació per resoldre les sol·licituds de llicències per a l'obertura, instal·lació o ampliació d'activitats o usos concrets o la tramitació de comunicats previs a l'inici de l'activitat quan es trobin en alguna de les següents situacions:

a. Que tingui llicència d'obres concedida o comunicat d'obres vinculat a l'activitat admes amb anterioritat a l'1 de juliol de 2015.

b. Que es trobi en tràmit la sol·licitud de llicència d'obres en virtut d'un certificat d'aprofitament urbanístic anterior a l'1 de juliol de 2015, o bé perquè en aquella data s'hagués exhaurit el termini màxim de tramitació per a la resolució de la llicència, per causes imputables a l'Administració.

c. Que s'hagi tramitat un assabentat d'obres vinculat a l'activitat i es trobés a data 1 de juliol de 2015 exclusivament pendent de control inicial.

2. Per al supòsit que les llicències d'obres contemplades en l'apartat b) del punt anterior finalment no fossin atorgades, en cap cas es consideraran les places que haguessin estat previstes com a disminució de la densitat de places en la Zona específica o Àrea de Tractament Específic en què es trobés l'emplaçament, i per tant, no podran justificar la implantació d'un nou establiment en aplicació de la present Normativa.

TERCERA.- Règim aplicable als establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal existents

1. Els establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal, degudament autoritzats, existents a la zona 1 a l'entrada en vigor del present pla especial es regiran per allò que estableix l'article 15.

2. Als establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut i residències col·lectives docents d'allotjament temporal, degudament autoritzats, existents a la zona 2 a l'entrada en vigor del present pla especial i que estiguin conformes amb el planejament urbanístic anterior, s'admeten tot tipus d'obres sempre que es donin de forma conjunta les condicions següents:

a) Que no comportin un increment del nombre de places existents ni la creació de més establiments.

b) Que tot el tram de carrer que dona front a la façana de l'accés principal del local o establiment tingui una amplària física mínima de 8m.

c) Quan es tracti d'establiments de menys de 50 places situats en carrers amb una amplària física entre 8 i 6 metres, per fer les obres que comportin una intervenció global en els fonaments o en l'estructura de l'edifici s'haurà de donar compliment a les condicions regulades en l'apartat d) de l'article 9 de les presents Normes.

3. Quan els establiments a què es refereix l'apartat 2 anterior estiguin disconformes amb el planejament urbanístic anterior i/o no complixin amb la condició establerta a l'apartat 2. b), s'apliquen les determinacions següents:

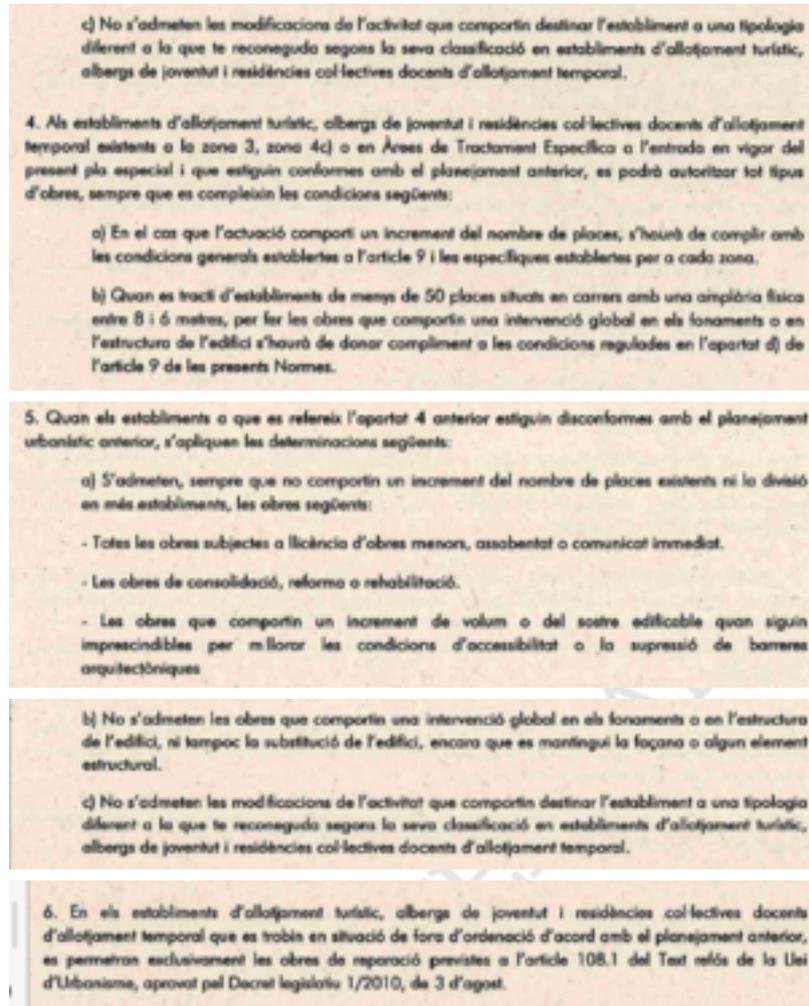
a) S'admeten, sempre que no comportin un increment del nombre de places existents ni la divisió en més establiments, les obres següents:

- Totes les obres subjectes a llicència d'obres menors, assabentat o comunicat immediat.

- Les obres de consolidació, reforma o rehabilitació.

- Les obres que comportin un increment de volum o del sostre edificable quan siguin imprescindibles per millorar les condicions d'accessibilitat o la supressió de barreres arquitectòniques.

b) No s'admeten les obres que comportin una intervenció global en els fonaments o en l'estructura de l'edifici, ni tampoc la substitució de l'edifici, encara que es mantingui la façana o algun element estructural.



QUINTO.- Tratando de abordar las órbitas tan amplias y genéricas de la parte actora en su caso reconducibles a una predicada vulneración de la libre empresa, la libertad de acceso al mercado, el libre ejercicio de la empresa y la libre competencia, o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, o a la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña, o/y el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico, debe señalarse, ya de entrada, que en el presente proceso con los sencillos argumentos vertidos por la parte actora y en defecto de otras alegaciones y probanzas que pudiesen, en su caso, desvirtuar los argumentos de lo informado en el expediente administrativo -en especial con los hechos valer de contrario por la Administración demandada- solo se alcanza la preocupación del planificador por abordar la problemática "dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona" en las ubicaciones territoriales que se van exponiendo, sin que de ello resulten mayores méritos que pudiesen hacer pensar en una ordenación que traspasase el ámbito de ordenación territorial de usos en que se ubica, teniendo en cuenta las preexistencias que concurren.

Y aunque la parte actora y la prueba pericial elaborada a su iniciativa por los peritos que ha elegido parecen apuntar a una vulneración de los supuestos anteriormente indicados, debe indicarse que la parte actora se queda sola en sus apreciaciones ya que lo que afirma por los peritos no es lo clarividente y suficientemente categórico que fuere menester, ya que planean en posibilidades o hipótesis "ad limine" de ejercicio de actividades en cualquier clasificación o calificación urbanística tan inasumibles y que no alcanzan a evidenciar que para todos esos supuestos y para las ubicaciones elegidas en la figura de planeamiento impugnada se perturbe, afecte negativamente en forma concreta o que resulte pernicioso a los fines de los supuestos que se han indicado.

Se insiste por la parte actora desde la perspectiva del ordenamiento sectorial autonómico de turismo y se trata de combatir el régimen establecido desde la invasión de competencias autonómicas hasta sostener la impropiedad de las limitaciones establecidas para el número de habilitaciones para viviendas de uso turístico ya que en ese ordenamiento sectorial no hay cobertura legal para esas limitaciones establecidas.



No obstante, como ya se ha indicado, la tesis expuesta que "ad limine" supondría la necesidad de aceptar que caben viviendas de uso turístico en cualquier ubicación y abstracción hecha de la clasificación y calificación urbanística de rigor no cabe aceptarla. Y los informes que se citan distan mucho de ser lo clarividentes y concluyentes que se trata de sostener.

Y ello es así cuando, en general y sin perjuicio de lo que se irá examinando posteriormente, el atento estudio de los supuestos que se presentan, permite concluir que a mero título reglamentario de una figura de planeamiento urbanístico municipal no se ha tratado de incidir en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de turismo y en el ejercicio de la concreta actividad de las viviendas de uso turístico sino solo en el halo y órbita urbanística para la ubicación concreta de los supuestos que se prevén -establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona- y que se ha ido señalando con cobertura legal en el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y en el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, y a salvo lo que proceda en materia sectorial de turismo en razón a la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, y el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

SEXTO.- Respecto a la denunciada *infracción o vulneración del Plan General Metropolitano de 1976 o/ e improcedente elección de la figura de planeamiento urbanístico especial al modificarse la estructura fundamental del Plan General Metropolitano, o/e invasiones competenciales que se invocan*, procede señalar lo siguiente:

-Este tribunal no puede pasar por alto que a las alturas de 1976 carece de todo sentido apuntar a unos usos de alojamiento turístico en la forma que se defiende por la parte actora. Otra cosa es que se trate de abordar esa realidad fáctica y jurídica a las alturas temporales de los pronunciamientos administrativos impugnados.

-En las relaciones Planeamiento General-Planeamiento Especial y en concreto para el Plan Especial de Usos del artículo 67 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y el artículo 67 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, bien se puede comprender en sentido negativo que no se alcanza que nos hallemos ante una ordenación afectante a la estructura general y orgánica del territorio que hiciese pensar que podría resultar vulnerado el principio de jerarquía normativa. Tampoco que se tratase de alterar los usos principales (sic) establecidos.

Pero es que, en sentido positivo, solo se muestra que se trata de incidir en una ordenación afectante como reiteradamente ya se ha expuesto a "establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic" sin mayor ambición respecto a la notable y más enfática relación de usos propios de las calificaciones urbanísticas de su razón que conforman un conjunto de usos principales en su integridad.

Por consiguiente, no se ha avalado con la suficiente probanza que resulte vulnerado ni siquiera el artículo 92.2 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo ni en general ni en el halo de las denominadas Zonas Específicas por lo que los alegatos formulados deben rechazarse.

Otra cosa es que esa misma materia y ubicación territorial en los términos dictaminados también pudiera acometerse y vertebrarse a las alturas y a nivel de modificación del planeamiento general metropolitano como en su momento se efectuó en la Modificación del Plan general Metropolitano de 6 de octubre de 1989 en consideración a los Juegos Olímpicos de 1992, en aquel momento por falta de dotaciones hoteleras, o que pudiera seguirse la vía de planes especiales en ámbitos territoriales más acotados como se ha ido efectuando con anterioridad y de los que se ha ido ocupando este tribunal.

SEPTIMO.- Expuesto lo anterior y dada su mayor enjundia procede examinar *la alegada vulneración de la Directiva 2006/123/CE*, relativa a los servicios en el mercado interior, al defenderse el establecimiento de condiciones de exclusión de una serie de actividades turísticas en determinadas zonas de la ciudad de Barcelona.

Examen que solo puede obedecer a la órbita general que se presenta y se ha elegido por la parte actora lo que solo permite un análisis genérico sobre el ejercicio de la potestad de planeamiento en el plano genérico "dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona" sin descender a concretas normas del planeamiento ya que este tribunal no puede suplir a ninguna parte en sus alegaciones e interesa reiterarlo sin otras alegaciones y probanzas que la documental prácticamente ceñida al expediente administrativo, y debe indicarse en sintonía, por todas con nuestra Sentencia nº 629, de 3 de julio de 2018, y las que en ellas se citan, que en una primera aproximación a la temática planteada debe irse sentando lo siguiente:



1.- Aunque la parte actora no diferencia debidamente, en aplicación del derecho comunitario, la libertad de establecimiento o/y la libertad de prestación de servicios en general y el concreto régimen de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, teniendo en cuenta la profundización incisiva que se opera en la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios, todo conduce a pensar que la perspectiva que se ha elegido por esa parte es la de la Directiva 2006/123/CE.

No se va a descubrir la obviedad que representa *el tan sobresaliente marco que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, determina para garantizar que tanto los prestadores como los destinatarios de los servicios se beneficien con mayor facilidad de las libertades fundamentales de establecimiento y la de prestación de servicios a través de las fronteras simplificando procedimientos, eliminando obstáculos a las actividades de servicios al punto de promover la confianza recíprocas de los estados miembros, de los prestadores y de los consumidores en el mercado interior.*

En esa perspectiva y a tales efectos procede dejar debidamente anotados los 118 Considerandos de esa Directiva y muy en especial los 5 a 7 del siguiente tenor:

"(5) Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

-

(6) La supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los arts. 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa. Como han admitido el Parlamento Europeo y el Consejo, un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios.

-

(7) La presente Directiva establece un marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios sin por ello descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistemas de regulación. Este marco se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto a las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios, operación que es indispensable para realizar un auténtico mercado interior de servicios de aquí a 2010. Conviene prever una combinación equilibrada de medidas relativas a la armonización selectiva, a la cooperación administrativa, a la disposición sobre la libre prestación de servicios y al estímulo para la elaboración de códigos de conducta sobre determinadas cuestiones. Esta coordinación de las legislaciones nacionales debe garantizar un elevado grado de integración jurídica comunitaria y un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, especialmente, la protección de los consumidores, que es indispensable para establecer una confianza entre los Estados miembros. La presente Directiva también tiene en cuenta otros objetivos de interés general, incluida la protección del medio ambiente, la seguridad pública y la salud pública y la necesidad de ajustarse al Derecho del trabajo".

2.- Pero es que de la misma manera y de forma indisoluble interesa no perder de vista especialmente sus Considerandos 9, 40, 56, 66 y 101 ya que en los mismos se va revelando su *posicionamiento en la materia de ordenación del territorio, urbanismo, o, si así se prefiere, para la planificación urbana y rural* .

Considerando 9 en relación a los supuestos de no aplicación de la Directiva (sic) ya que se afirma categóricamente, en sentido positivo, que solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso de una actividad de servicios o a su ejercicio. Y, en sentido negativo, se sienta que no se aplica a requisitos tales como normas



de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y normas de construcción. Y en los siguientes términos:

(9) La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada

Y considerando 40, 56, 66 y 101 que para el concepto de "razones imperiosas de interés general", ya dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y para determinadas prescripciones, en el halo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ya que se prevé la operatividad de la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural y en el ámbito del desarrollo urbanístico. Así de la siguiente forma:

40) El concepto de "razones imperiosas de interés general" al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los arts. 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los arts. 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.

(56) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad.

(66) El acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en el territorio de un Estado miembro no debe supeditarse a una prueba económica. La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia.

(101) Es necesario garantizar, en interés de los destinatarios, en particular los consumidores, que los prestadores puedan ofrecer servicios multidisciplinares y que las restricciones a este respecto se limiten a lo estrictamente necesario para garantizar la imparcialidad, la independencia y la integridad de las profesiones reguladas. Esto no afecta a las restricciones o prohibiciones sobre el ejercicio de actividades concretas cuyo objetivo sea garantizar la independencia en casos en que un Estado miembro encomiende a un prestador una misión específica, en particular en el ámbito del desarrollo urbanístico, ni tampoco a la aplicación de las normas de competencia.

3.- Como se alega el régimen en que la Directiva apunta a *las denominadas "razones imperiosas de interés general"* no resulta ociosa la cita del artículo 4.8) de la Directiva 2006/123/CE del siguiente modo:

"Artículo 4. Definiciones.

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

...

–

8) "razón imperiosa de interés general", razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas 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;

..."

Y ello en relación especial, cuanto menos, con los dictados de sus artículos:

- Artículo 5.3 para Simplificación de procedimientos.
- Artículo 9 para Autorizaciones.
- Artículo 10.1 y 2 para Condiciones para la concesión de la autorización.
- Artículo 11.1 para Duración de la autorización.
- Artículo 12 para Selección de varios candidatos.
- Artículo 13.4 para Procedimientos de autorización.
- Artículo 15.2 y 3 para Requisitos por evaluar.
- Y artículo 24 para Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas.

4.- Y otro elemento a poder tener en cuenta, si así se prefiere, es *"El Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios"*, de 2007, que fuera de las fuentes de Derecho Comunitario se elaboró por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, citado como tal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia -así en la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, de 11 de julio de 2013, en el asunto nº C-57/2012, de petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour Constitutionnelle (Bélgica)-, y de ahí que se relacione el mismo, en el sentido que se afirma que:

"Ha de quedar claro asimismo que las materias excluidas del ámbito de la Directiva seguirán rigiéndose plenamente por el Tratado CE. Lógicamente, los servicios excluidos continuarán sujetos a los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. La legislación nacional reguladora de estas actividades de servicios debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 43 y 49 del Tratado CE y ha de respetar los principios que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha desarrollado sobre la base de la aplicación de los mismos. Corresponde a los propios Estados miembros garantizar que su legislación se ajusta al Tratado CE conforme a la interpretación de éste por parte del TJCE. La Comisión continuará ejerciendo su papel de guardiana del Tratado CE y asistiendo a los Estados miembros en esta tarea".

Y ello es así al punto que, en concreto para la Comisión Europea y con las observaciones ya expuestas, para los Requisitos generales que no afectan al acceso a una actividad de servicios ni a su ejercicio, en su apartado 2.3.2 se argumenta lo siguiente:

"2.3.2. Requisitos generales que no afectan al acceso a una actividad de servicios ni a su ejercicio

Como se explica en el considerando 9, la Directiva de servicios no se aplica a los requisitos que no regulen ni afecten específicamente a la actividad del servicio, pero que hayan de ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada. Esto significa que requisitos tales como los impuestos en el código de circulación, en las normas urbanísticas o de uso del suelo, en las normas de ordenación del territorio o en las ordenanzas de construcción, en general, no se verán afectadas por la Directiva de servicios. Por supuesto, el mero hecho de que se dé a tales normas la denominación específica, por ejemplo, como normas urbanísticas, o de que los requisitos se formulen de un modo general, es decir, que no se dirijan específicamente a los prestadores de servicios, no basta para excluirlas del ámbito de la Directiva de servicios. De hecho, ha de evaluarse el efecto real de los requisitos en cuestión para determinar si son de carácter general o no. Así, al transponer la Directiva, los Estados miembros deberán tener en cuenta que las "normas urbanísticas" o las "ordenanzas de construcción" pueden contener requisitos que regulen de manera específica actividades de servicios y que, por tanto, estén cubiertos por la Directiva de servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aun cuando figuren en las normas Urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios y, en consecuencia, han de atenerse a lo previsto en el capítulo sobre libertad de establecimiento de ésta".

5.- A su vez, pasando a la *legislación estatal* y en su pléyade de disposiciones deben resaltarse *la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, y *la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.



Si se trae a colación la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se debe a que en esencia se produce una reproducción sensiblemente ajustada al texto de la Directiva y así procede advertir y destacar los contenidos relativos a la definición de "Razón imperiosa de interés general" de su artículo 3.11, con su mención a la protección del entorno urbano:

- Artículo 6 respecto a los "Procedimientos de autorización".
- Artículo 7 para "Limitaciones temporales y territoriales".
- Artículo 8 para "Limitación del número de autorizaciones".
- Artículo 9 para "Principios aplicables a los requisitos exigidos".
- Artículo 10 para "Requisitos prohibidos".
- Artículo 11 para "Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa".
- Artículo 24 para "Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas".
- Artículo 25 para "Actividades multidisciplinares".

E igualmente destacar que por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de un lado, se opera una extensión del régimen (sic) a sectores no afectados por la Directiva lo que debe tenerse suficientemente en cuenta ya que así resulta de su Preámbulo en cuanto establece:

"En este contexto, el objetivo de la presente Ley es doble. En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición Final Quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica".

6.- Como es obvio resulta decisivo y determinante atender a *la cuidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y concretamente sobre la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior*, y de entre sus sentencias resulta ser especialmente trascendente la *Sentencia de la Gran Sala de 30 de enero de 2018*, en los asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) (C-360/15) y por el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) (C-31/16), en los procedimientos entre College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort y X BV (C-360/15), y entre Visser Vastgoed Beleggingen BV y Raad van de gemeente Appingedam (C-31/16), cuyo contenido debe darse por reproducido, si bien de la que merece reproducir los siguientes particulares con el texto en negrita que añade este tribunal:

"Sobre la cuarta cuestión prejudicial

98 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, a la que debe responderse en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente que se dilucide si las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores, se aplican una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

99 A este respecto, ha de señalarse, en primer lugar, que el tenor de dichas disposiciones no contiene ningún requisito relativo a la existencia de un elemento de extranjería. En particular, el artículo 9, apartado 1, el artículo 14 y el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2006/123, que tratan, respectivamente, de los regímenes de autorización, los requisitos prohibidos y los requisitos supeditados a evaluación, no hacen referencia a ningún aspecto transfronterizo.

100 En segundo lugar, por lo que atañe al contexto en el que se inscribe el capítulo III de la Directiva 2006/123, el artículo 2, apartado 1, de esta última dispone, en términos generales, sin establecer ninguna distinción entre las actividades de servicios que presenten un elemento de extranjería y las actividades de servicios que carezcan de un elemento de esta naturaleza, que dicha Directiva se aplicará a los "servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro".

101 Asimismo, el artículo 4, punto 2, y el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2006/123, que definen, respectivamente, los conceptos de "prestador" y de "establecimiento", no hacen referencia a ningún elemento



transfronterizo. Si bien es cierto que estas disposiciones se remiten a los artículos 54 TFUE y 49 TFUE, esta remisión se realiza únicamente para indicar que los conceptos de "persona jurídica" y "actividad económica", mencionados en el artículo 4, punto 2, y en el artículo 4, punto 5, de esta Directiva, deben entenderse a la luz de los citados artículos 54 TFUE y 49 TFUE.

102 Por el contrario, ha de observarse que, en lo que respecta a las disposiciones del capítulo IV de la Directiva 2006/123, relativo a la libre circulación de servicios, el legislador de la Unión consideró oportuno precisar en varias ocasiones, concretamente en el artículo 16, apartado 1, y en el artículo 18, apartado 1, de la citada Directiva, que esas disposiciones se refieren al derecho de los prestadores "a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos" y contemplan el supuesto de "un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro".

103 Por último, la interpretación según la cual las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123 se aplican no sólo al prestador que desee establecerse en otro Estado miembro, sino también al que desee establecerse en su propio Estado miembro, se ajusta a los objetivos que persigue esta Directiva.

104 A este respecto, debe señalarse que la Directiva 2006/123, como se desprende de su artículo 1, en relación con los considerandos 2 y 5 de ésta, establece disposiciones generales cuyo objeto es eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre éstos, a fin de contribuir a la realización de un mercado interior libre y competitivo (sentencia de 1 de octubre de 2015, *Trijber y Harmsen*, C-340/14 y C-341/14, EU:C:2015:641, apartado 44).

105 Pues bien, la plena realización del mercado interior de servicios exige, ante todo, la supresión de los obstáculos que encuentran los prestadores para establecerse en los Estados miembros, ya sea en el propio o en otro Estado miembro, y que pueden perjudicar su capacidad para prestar servicios a destinatarios que se encuentran en toda la Unión.

106 Para crear un verdadero mercado interior de servicios, el planteamiento adoptado por el legislador de la Unión en la Directiva 2006/123 se basa, como se indica en su considerando 7, en un marco jurídico general integrado por una combinación de medidas diversas destinadas a garantizar un elevado grado de integración jurídica en la Unión, en particular a través de una armonización de determinados aspectos de la normativa de las actividades de servicios.

107 Por consiguiente, para no menoscabar el efecto útil del marco jurídico específico que el legislador de la Unión quiso instituir al adoptar la Directiva 2006/123, debe admitirse, contrariamente a lo que el Gobierno alemán alegó en la vista, que el alcance de esta Directiva puede ampliarse, en su caso, más allá de lo que establecen estrictamente las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, sin perjuicio de que, en virtud del artículo 3, apartado 3, de dicha Directiva, los Estados miembros deban aplicar lo dispuesto en ella de acuerdo con las normas del referido Tratado (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2015, *Rina Services y otros*, C-593/13, EU:C:2015:399, apartados 39 y 40).

108 La apreciación de que las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123 se aplican también en situaciones puramente internas resulta corroborada asimismo por el examen de los trabajos preparatorios de esta Directiva. En efecto, de estos trabajos se desprende que no se aceptaron las propuestas de modificación presentadas en los debates ante el Parlamento Europeo con el fin de que se reformulara el artículo 2, apartado 1, de la Directiva de manera que su ámbito de aplicación quedase limitado únicamente a las situaciones de carácter transfronterizo.

109 En cuanto a la circunstancia, invocada por el Gobierno neerlandés en la vista, de que el artículo 53 TFUE, apartado 1, y el artículo 62 TFUE constituyen la base jurídica de la Directiva 2006/123, es preciso señalar que estas disposiciones, a diferencia de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, que sin embargo figuran en los mismos capítulos 2 y 3 del título IV de la tercera parte del Tratado FUE, no mencionan ningún elemento de extranjería. Por lo tanto, de ello no cabe inferir que la competencia del legislador de la Unión para adoptar directivas con el fin de facilitar el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio, sobre la base del artículo 53 TFUE, apartado 1, y del 62 TFUE, como es el caso de la Directiva 2006/123 en lo que respecta a las actividades de servicios, implique necesariamente la existencia de un elemento de este tipo.

110 Habida cuenta de cuanto antecede, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores, deben interpretarse en el sentido de que se aplican también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro".

"Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y quinta



...

119 Por lo que atañe al concepto de "requisito", éste debe entenderse, de acuerdo con el artículo 4, punto 7, de dicha Directiva, en el sentido de que se refiere, en particular, a "cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros".

120 En el presente asunto, ha quedado acreditado que las normas del plan urbanístico controvertido en el litigio principal tienen por efecto prohibir la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos, como ropa y calzado, en una zona geográfica situada fuera del centro de la ciudad del municipio de Appingedam.

121 El órgano jurisdiccional remitente señala, sin embargo, que el considerando 9 de la Directiva 2006/123 indica que ésta "solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio", lo que excluye, en consecuencia, "requisitos tales como [...] normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural [...] [y] las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada".

122 Ha de señalarse que este considerando de la Directiva 2006/123 se inscribe plenamente en el marco jurídico establecido por esta Directiva, la cual, como se desprende de los apartados 104 a 106 de la presente sentencia, tiene por objeto suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre estos últimos, con el fin de contribuir a la realización de un verdadero mercado interior de servicios.

123 Por consiguiente, la Directiva 2006/123 no debe aplicarse a requisitos que no pueda considerarse que constituyen tales restricciones, puesto que no regulan específicamente ni afectan específicamente al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, si bien deben ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada.

124 Dicho esto, ha de considerarse que las normas controvertidas en el litigio principal, aunque, como se desprende de la resolución de remisión, tengan como finalidad preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en el marco de una política de ordenación del territorio, también tienen como objeto específico determinar las zonas geográficas en las que pueden implantarse ciertas actividades de comercio minorista. Así pues, se dirigen exclusivamente a las personas que pretenden desarrollar esas actividades en dichas zonas geográficas, con exclusión de los particulares en su capacidad privada.

125 La jurisprudencia derivada de la sentencia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros (C-197/11 y C-203/11 , EU:C:2013:288), apartados 103 a 107, citada en la resolución de remisión, no se opone a esta conclusión. En efecto, después remitirse, en el apartado 104 de esa sentencia, al considerando 9 de la Directiva 2006/123, el Tribunal de Justicia señaló, en los apartados 105 y 106 de dicha sentencia, que los servicios afectados por la medida nacional controvertida estaban expresamente comprendidos en la exclusión referida a los servicios sociales relativos a la vivienda social, establecida en el artículo 2, apartado 2, letra j), de esta Directiva, y declaró, en el apartado 107 la misma sentencia, que la Directiva no era aplicable a esta medida.

126 Por consiguiente, la conformidad de la normativa controvertida en el litigio principal con la Directiva 2006/123 debe apreciarse en relación con los artículos 14 y 15 de dicha Directiva, relativos a los requisitos prohibidos o supeditados a evaluación.

...

129 Sin embargo, ha de recordarse que, en virtud del artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2006/123, los Estados miembros están obligados a examinar si en su ordenamiento jurídico están previstos uno o varios de los requisitos contemplados en el artículo 15, apartado 2, de dicha Directiva y, en caso afirmativo, a hacer lo necesario para que dichos requisitos sean compatibles con las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad indicadas en el artículo 15, apartado 3, de esa Directiva. Conforme al artículo 15, apartado 1, segunda frase, de la misma Directiva, los Estados miembros deben adoptar sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas con el fin de lograr que sean compatibles con dichas condiciones.

130 A este respecto, debe señalarse que el artículo 15 tiene efecto directo por cuanto, en la segunda frase de su apartado 1, impone a los Estados miembros una obligación incondicional y suficientemente precisa de adaptar sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas con el fin de lograr que sean compatibles con las condiciones previstas en su apartado 3.



131 En el presente asunto, como el Abogado General ha señalado en el punto 143 de sus conclusiones, al prohibir la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en una zona geográfica situada fuera del centro de la ciudad del municipio de Appingedam, la normativa controvertida en el litigio principal contiene uno de los requisitos a que se refiere el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2006/123, puesto que supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite territorial en el sentido del artículo 15, apartado 2, letra a), de dicha Directiva.

132 Como resulta del apartado 129 de la presente sentencia, la Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3.

133 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si éste es el caso en el litigio principal.

134 No obstante, por lo que respecta más concretamente a la condición de necesidad, según se define en el artículo 15, apartado 3, letra b), de la Directiva 2006/123, de la resolución de remisión se desprende que la prohibición de que se trata en el litigio principal pretende preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio.

135 Pues bien, como el Abogado General ha señalado en el punto 147 de sus conclusiones, con arreglo al artículo 4, punto 8, de la Directiva 2006/123, interpretado en relación con el considerando 40 de ésta, dicho objetivo de protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal.

136 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y quinta que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que normas contenidas en un plan urbanístico municipal prohíban la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad de dicho municipio, siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 15, apartado 3, de dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente".

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 2, apartado 2, letra c), 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, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a tasas cuyo hecho imponible está vinculado a los derechos de las empresas facultadas para suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas a instalar cables para una red pública de comunicaciones electrónicas.

2) El artículo 4, punto 1, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que la actividad de comercio minorista de productos constituye un "servicio" a efectos de la aplicación de esta Directiva.

3) Las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores, deben interpretarse en el sentido de que se aplican también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

4) El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que normas contenidas en un plan urbanístico municipal prohíban la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad de dicho municipio, siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 15, apartado 3, de dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente".

7- Desde luego *si nos hallásemos fuera del ámbito urbanístico o/y territorial, que como se irá viendo no es del caso, y así en materia de equipamientos comerciales, baste la cita de:*

- *La Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 2ª, de 24 de marzo de 2011, en el asunto n°C-400/08, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 16 de septiembre de 2008, por la Comisión Europea contra el Reino de España, precisamente para asunto de la legislación y planeamiento territorial de Cataluña*

- *La Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2013, de 21 de noviembre, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica de Cataluña, por el que se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales de*



Cataluña, y la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 128/2016, de 7 de julio, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 69 y 95, así como contra las disposiciones adicionales vigésima segunda a vigésima sexta de la Ley de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 6830, de 13 de marzo de 2015, en la materia de Equipamientos comerciales.

- Y las Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª de las que pueden citarse la de la Sección 3ª de 5 de octubre de 2012, de la Sección 4ª de 13 de marzo de 2013, de la Sección 4ª de 14 de mayo de 2013, de la Sección 4ª de 30 de octubre de 2015, de la Sección 5ª de 3 de septiembre de 2015, de la Sección 5ª de 21 de junio de 2016 y de la Sección 5ª de 29 de enero de 2018, y las que en ellas se citan.

8.- Ciertamente en materia de alojamientos turísticos (sic) se tiene constancia de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 3ª de 9 de octubre de 2010 en cuanto se pronuncia sobre una improcedente aplicación del tribunal de instancia de la doctrina jurisprudencial comunitaria relativa a la noción de "acto claro", si bien no se pronuncia sobre el fondo del caso en la órbita del derecho autonómico. En todo caso no resulta ocioso dejar nota suficiente de los particulares siguientes:

"Por tanto, en el supuesto que enjuiciamos en este recurso de casación, entendemos que era improcedente aplicar la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del acto claro, porque el apartado 2 del artículo 24 de la Ley del Parlamento de Canarias 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (en la redacción debida a la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, que establece, como excepción a la regla general, que "se sujetará a autorización administrativa la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de establecimientos turísticos de alojamiento cuando, por razones medioambientales o de ordenación del territorio, esté legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico y, especialmente, siempre que dichas limitaciones vengan justificadas en la ordenación territorial atendiendo a la capacidad de carga de las islas; y, en estos casos, la autorización deberá obtenerse con carácter previo a la licencia de edificación o apertura y se otorgará por el respectivo cabildo insular"), porque esta disposición legal admite una interpretación compatible y acorde con el Derecho de la Unión Europea

-

Al respecto, cabe poner de relieve que el sentido de esta disposición legal es habilitar un cauce procedimental de naturaleza autorizatoria al que deben sujetarse las solicitudes formuladas para el ejercicio de determinadas actividades turísticas, que resulte aplicable, en aquellos supuestos en que una ley o un reglamento restrinjan o limiten la creación de nueva oferta de alojamiento turístico por razones medioambientales o de ordenación del territorio, atendiendo específicamente a la capacidad de carga de las Islas Canarias.

-

Son por tanto, la ley o el reglamento, que establezcan restricciones y limitaciones a la construcción, ampliación y rehabilitación de establecimientos turísticos de alojamiento en las Islas Canarias, las disposiciones normativas a las que se podrá imputar, en su caso, la supuesta infracción del ordenamiento jurídico de la Unión Europea concerniente a la libertad de establecimiento y al derecho de acceso a las actividades de servicios, y en concreto del artículo 9 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. Asimismo, a estas normas se podrá achacar la vulneración del principio de proporcionalidad o del derecho a la no discriminación o de aquéllos otros principios del Derecho comunitario que se infieren del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

-

La necesidad de obtener autorización con carácter previo a la realización de obras relacionadas con los establecimientos turísticos de alojamiento en las Islas Canarias, que establece el artículo 24.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 7/1995, está condicionada a la aprobación de una norma con rango de ley o reglamentaria que contemple restricciones o limitaciones a la capacidad de prestación de servicio de alojamientos turísticos en las Islas Canarias, que sólo serán aceptables, desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, cuando estén justificadas por razones imperiosas de interés general.

-

Por ello, rechazamos los razonamientos de la sentencia de instancia, que, en la expresión de su voto mayoritario-, sostiene que el Parlamento de Canarias, al aprobar la Ley 14/2009, que modifica el artículo 24 de la Ley 7/1995, y el Gobierno de Canarias, al aprobar el reglamento de desarrollo, han incurrido en fraude de ley. Resulta injustificado afirmar que dichas normas no atienden a razones imperiosas de interés general "al no existir una relación directa entre el criterio aplicado -autorización previa- y las razones imperiosas que



se pretende salvaguardar -protección del medio ambiente y urbanismo-", porque no cabe eludir cual es la naturaleza procedimental y significado instrumental de las disposiciones impugnadas.

-

En consecuencia con lo razonado, al estimarse los seis motivos de casación articulados, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el letrado del Servicio Jurídico del GOBIERNO DE CANARIAS contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 3 de diciembre de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 391/2010, que casamos, en lo que concierne al pronunciamiento relativo de declarar la nulidad del artículo 29 de la referida norma reglamentaria.

-

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil IFA HOTEL CONTINENTAL, S.A., debiendo mantener el pronunciamiento del Tribunal de instancia en lo que concierne a la declaración de nulidad de los artículos 30 y 31 de la referida norma impugnada, que se fundaba, sustancialmente, en la vulneración de la legislación de la Comunidad Autónoma, cuya revisión no corresponde a este Tribunal Supremo".

9.- Llegados a estas alturas y por su trascendencia en el planteamiento de buen número de asuntos, inclusive en trámite en este tribunal, procede advertir para las "*razones imperiosas de interés de general*" si cabe que deban de entenderse implícitas en una regulación o deben evidenciarse debidamente en la exposición de motivos o preámbulo de una norma o en su texto articulado. Y a ese respecto interesa la cita de los siguientes pronunciamientos:

- La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 3ª de 29 de junio de 2011 en cuanto sentaba lo siguiente:

"Esta interpretación es asimismo obligada en virtud de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006), la cual ha sido transpuesta precisamente por las ya citadas Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de 22 de diciembre, por las que se reforman diversas leyes para su adaptación a la anterior. Pues bien, la citada Directiva condiciona en términos generales la posible supeditación del acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización a determinadas condiciones, en concreto que el régimen no sea discriminatorio para el prestador, que la necesidad de su autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general y que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, como lo sería un control a posteriori (artículo 9). Estas limitaciones han sido recogidas en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y, en lo que respecta al ámbito industrial, se proyectan en el apartado 5 del artículo 4 de la Ley de Industria, que establece que únicamente se puede requerir autorización administrativa previa para la prestación de servicios "cuando resulte obligado para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales".

-

Todo lo anterior lleva a la conclusión ineludible de que si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales. Justificación que podría estar en una Ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración.

-

Pues bien, en el supuesto que se discute, el artículo 15 de la Ley de Industria 082, tras su reforma por la referida Ley 25/2009, mantiene en general la exigencia de autorización para los organismos de control. Pero en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva de Servicios y en consideración al principio de primacía del derecho comunitario, así como en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y en el artículo 4 de la Ley de Industria, tal exigencia legal sólo puede aplicarse, tal como se ha indicado, cuando el Estado justifique mediante ley o reglamento la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales.

-

Sin embargo, ni la propia Ley de Industria, cuyo artículo 15 de limita a prever la regla general de necesidad de autorización, ni el Reglamento modificado por el Real Decreto que se impugna, hacen referencia alguna a esta justificación, lo que obliga a declarar la inaplicación de la exigencia general de autorización para los



organismos de control, salvo en los casos en los que se hubiera acreditado tal necesidad de autorización según los criterios antes señalados. Esto supone que, en defecto de autorización, y al margen de la obligatoriedad de acreditación, los organismos de control quedarían en cambio obligados a efectuar la comunicación o declaración responsable prevista en el artículo 4 de la Ley de Industria y en los términos previstos en dicho precepto".

- *La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 4ª de 30 de octubre de 2015*, en relación con la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista objeto de modificación por Ley 1/2010, de 1 de marzo, para adaptarse a la directiva de servicios, y la legislación autonómica, en cuanto establecía:

"En concreto, el artículo 6 de la Ley estatal comienza diciendo que, con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales estará sujeta a régimen de autorización comercial pero luego ya admite que puede existir una autorización autonómica cuando recoge que: "No obstante lo anterior, la instalación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una autorización (...) y que corresponde a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla regular el procedimiento de autorización para la instalación de establecimientos comerciales a que se refiere el apartado dos de este artículo, y determinar la autoridad autonómica o local competente para resolver las solicitudes de autorización".

-

La Exposición de Motivos de la ley estatal ya citaba el supuesto de instalación con superficie superior a 2500 m2 como supuesto donde está avalado que puede entrar la autorización comercial.

-

O como ha reconocido el Tribunal Gallego de la Competencia y apunta la representación de la Junta de Galicia, "(...) resulta admisible de modo excepcional el establecimiento de la licencia de ámbito autonómico para grandes superficies, entendidas éstas como aquellas que superan los 2500 metros cuadrados de exposición y venta".

-

Son muchas las CC.AA que optan por definir como gran superficie a las que superan 2500 m2, como sucedió con Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Navarra, Valencia, Madrid, y con alguna pequeña variación, también Murcia, La Rioja y Cataluña. Incluso, en Baleares y País Vasco, esta categoría entra incluso con bastante menos m2. Así, la existencia de la autorización autonómica es lo común en las CC.AA.

-

No es ajustado entonces a la realidad decir que es la sentencia la que aporta ex novo la justificación de someter a la autorización los establecimientos superiores a 2500 m2 y las razones de interés general admitidos en la Directiva, cuando:

-

- esas razones de interés general son un criterio del legislador estatal, pues en la propia Exposición de Motivos de la ley estatal, se dan por ciertas y reales: "A la hora de someter la 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".

-

- por el hecho de que es el criterio y m2 recogidos por la mayoría de las CC.AA.

-

- porque esa afectación al interés general y bienes jurídicos a proteger ya está plasmada, por ejemplo, en la STC 225/1993, de 8 de julio, cuando recuerda que "Es obvia la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los servicios públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan (...)". Es, entonces, el propio TC el que reconoce que estos establecimientos afectan a los parámetros que la Directiva y ley paraguas recogen para amparar la existencia de una autorización administrativa previa. En la STC 264/1993, de 22 de julio, reitera el carácter supramunicipal de los efectos de la implantación de estas grandes superficies.

-



Y sin duda existe una motivación adecuada en el ordenamiento gallego, tal y como resulta de la Exposición de Motivos de la ley gallega".

- *La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 5ª de 19 de octubre de 2016* quizá más próxima a una motivación implícita al establecer:

"NOVENO.- La denominada Directiva de Servicios, tiene por objeto establecer un marco general que facilite el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios. Para ello establece la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados integrantes de la UE.

-
La Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior ha eliminado un gran número de restricciones para el acceso a una actividad de servicios o para su ejercicio, al tiempo que ha reclamado de los Estados miembros cambios legislativos de gran envergadura, como acreditan en España, a nivel estatal, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

-
El art. 2.2 de la citada Directiva, enumera las actividades a las que no se aplica y el considerando 9 excluye expresamente al urbanismo, al disponer que "la presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada".

-
Consecuentemente, el considerando nueve de la Directiva 2006/123/CE establece que ésta solo se aplica a los requisitos que afectan al acceso a una actividad o a su ejercicio. Por tanto no sería de aplicación a requisitos que responden a una serie de normas de carácter general e imperativas que tienen que ser respetadas tanto por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica como por los particulares en su capacidad privada. Entre estas prescripciones, están las normas de tráfico rodado, normas de construcción y en concreto las relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural así como la regulación de las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas.

-
DÉCIMO.- Pese a que, como acabamos de señalar, la Directiva 2006/123 proclama que no se aplica respecto de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, resulta, que la propia Directiva enuncia entre las "razones imperiosas de interés general" que habilitan ciertos regímenes autorizatorios -y, por ende, restricciones-, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural (considerandos 40 y 56).

-
En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido reiteradamente que todas las medidas nacionales, incluidas por tanto la ordenación del territorio y el urbanismo, que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE únicamente pueden justificarse si reúnen los siguiente cuatro requisitos:

-
- a) aplicación de manera no discriminatoria,
 -
 - b) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general,
 -
 - c) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen,
 -
 - d) no vayan más allá de lo necesario.
-

La STJUE de 29 de abril de 1999, C-302/97, Konle, señala que "un objetivo de ordenación del territorio como el mantenimiento, en interés general, de una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico en ciertas regiones, la medida restrictiva que constituye dicha exigencia sólo puede admitirse si no se aplica de forma discriminatoria y si otros procedimientos menos coercitivos no permiten llegar al mismo resultado".

—

Por tanto, las únicas normas urbanísticas que justificarían restricciones a la libertad de establecimiento de servicios serían exclusivamente las referidas a la protección, del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural. Y también estarían las referidas a la protección del medio ambiente.

—

DECIMOPRIMERO.- Prescindiendo de la alegación que se contiene en el escrito de interposición, al contenido del artículo 22 de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplicidad de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad de Cataluña y de los Gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, cuya inaplicación al caso por razones temporales resulta evidente, podemos concluir que, aún en el caso de que estimáramos en una interpretación extensiva que nos hallamos ante un supuesto regulado por la Directiva, no hay duda de que en las prescripciones contenidas en el Plan especial, laten razones imperiosas de interés general (objetivos de salud pública, protección de los consumidores y protección del entorno urbano) que, según la jurisprudencia del Tribunal, que antes hemos citado, justifican las limitaciones de usos previstas, limitaciones que protegen al tiempo los legítimos intereses de los vecinos, resultando una ordenación coherente con lo preceptuado en los artículos 67 y 68 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto y el artículo 27 Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de espectáculos públicos y actividades recreativas, de aplicación en Cataluña".

- *La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 5ª de 21 de junio de 2016*, singularmente exigente no solo para la motivación sino también para la justificación de esas razones imperiosas de interés general como resulta de los siguientes particulares:

"Es cierto que la regulación aprobada en 2009 —a diferencia de la de 2011—, permitía, con ciertas condiciones, la instalación de un establecimiento comercial en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la Trama Urbana Consolidada. Esta excepción a la necesidad de localizar estos tipos de centro comercial dentro de la Trama Urbana Consolidada ampliaba notablemente sus posibles emplazamientos, debiendo destacar que dicha extensión alcanzaba a áreas que, por estar fuera de la TUC, aunque fueran contiguas a ella, se adecuaban especialmente a alojar estos tipos de centros comerciales caracterizados por su gran tamaño. Pero, ni siquiera, tal vía excepcional no fue posible con el centro comercial que nos ocupa. El que luego se restringiera más aún (2011), o que incluso se pretendiera derogar en 2014, no nos impide pronunciarnos sobre la contradicción de tal norma de 2009 —en supuestos concretos como el de autos— con la normativa europea. Es más, lo que estas modificaciones posteriores acreditan, y ponen con claridad de manifiesto, no es otra cosa que la auténtica intención del legislador autonómico, con su reiterado intento de camuflarse bajo argumentaciones urbanísticas, medioambientales o de protección del patrimonio histórico-artístico, a las que la Exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009 hasta en tres ocasiones, y pretender conectar tan hipotéticas razones con los requisitos que impone a la localización de los establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales.

—

En consecuencia no se ha acreditado —en modo alguno— que, en un supuesto como el de autos, la actuación administrativa impugnada (delimitando en la forma en que lo ha hecho la TUC de Mataró y dejando fuera de la misma al Centro Comercial Mataró Park) se hayan justificado en razones imperiosas de interés general y que las mismas razones se hayan acreditado, y que —en el supuesto de autos— los requisitos exigidos, de carácter comercial, hayan sido no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes, accesibles, y acordes únicamente a criterios basados en las razones señaladas en la Directiva de Servicios".

10.- Finalmente los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de esta Sección, se han ido acomodando a esas perspectivas y para dejar suficiente constancia de lo que pueden merecer un interés sobre el caso se estima necesario apuntar los siguientes:

10.1.- *En materia de Espectáculos públicos y actividades recreativas la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 29 de diciembre de 2014* en la que se impugnada el Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas, en la que se estableció lo siguiente:



"Se alega por la actora la vulneración de las libertades de empresa y de establecimiento, reconocidas en la Directiva a 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que traspone la referida Directiva al ordenamiento jurídico español y regula la libre prestación de servicios.

-

La citada Directiva no es de aplicación al urbanismo de conformidad con su considerando noveno, según el cual:

-

"La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad de servicio pero que tiene que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada".

-

Como resulta de su literalidad y del espíritu de la Directiva expresado en sus otros considerandos y en su contenido normativo, ésta es aplicable a los requisitos relativos al establecimiento de una actividad de servicio y/o a su ejercicio, siendo su finalidad la de eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros - considerando (5) -, implicando esta libertad, en concreto, el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado - considerando (65).

-

El precepto impugnado, dejando siempre a salvo lo que disponga el planeamiento urbanístico, persigue precisamente establecer una zonificación de usos a fin de garantizar su compatibilidad, prohibiendo la implantación de las actividades musicales a que se refiere, no en todo el suelo, sino únicamente en suelo colindante con otros usos que merecen especial protección, como lo son los usos de vivienda, residencial, docente, sanitario, asistencial, o el uso por instituciones públicas, por la garantía constitucional del respeto a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución, del derecho a la protección de la infancia y a la salud de sus artículos 39.4 y 43, así como de la seguridad y paz pública respecto de las instituciones públicas, por lo que la medida de prohibición de colindancia puede apreciarse como proporcionada a las finalidades de la Ley, de seguridad y convivencia entre los ciudadanos, y de protección de los referidos derechos fundamentales, como así, por otra parte, parece admitirlo también la propia actora al defender la colindancia de esos usos con las actividades musicales por considerar que no necesariamente han de coincidir en el tiempo por razones del horario que les es permitido, lo que no cabe aceptar, por cuando el solapamiento horario siempre es posible en todos esos usos, pues cualquiera de ellos pueden prolongarse a horarios en los que están permitidas las actividades musicales, dándose una colindancia y coincidencia de usos que la Administración, en ejercicio de sus potestades discrecionales, puede considerar poco beneficiosa para el interés público y social que deben orientar sus disposiciones y actuaciones, lo que en este caso no ha sido desvirtuado".

10.2.- *La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 17 de febrero de 2012, en relación con el acuerdo adoptado el 27 de noviembre de 2007 por el Pleno del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedés, que aprueba definitivamente el "Pla Especial urbanístic d'usos per a la regulació de l'ús d'oficines i serveis en plantes baixes de determinades vies públiques"* y que obtuvo las siguientes consideraciones:

"TERCERO.- En el artículo 1 de las Normas Urbanísticas del "Pla Especial urbanístic d'usos per a la regulació de l'ús d'oficines i serveis en plantes baixes de determinades vies públiques" de Vilafranca del Penedès aquí impugnado, se dispone: "Aquestes normes tenen per objecte limitar la ubicació de certes activitats econòmiques d'oficines i serveis indeterminades vies públiques... de caràcter comercial o amb una vocació preferentment comercial. La possibilitat d'aquesta limitació es troba prevista a l'article 116 de les Normes Urbanístiques del Pla d'ordenació urbanística municipal de Vilafranca del Penedès de 2003, i en el Programa d'orientació per als equipaments comercials (POEC) de 2005". Tras recoger en su artículo 2 las vías públicas alcanzadas por su ordenación, en el artículo 3 se hace mención de las actividades limitadas y en el 4 se contiene la regulación del alcance de la limitación, expresándose en los siguientes términos: "Amb caràcter general es prohibeix, en les vies públiques de Vilafranca del Penedès descrites en l'article 2



d'aquestes normes, tant la nova implantació com l'ampliació de les activitats previstes a l'article 3. La prohibició té lloc només quan l'activitat es pretengui realitzar en locals situats en planta baixa, o bé en locals o espais que tinguin un accés directe des de la via pública. Si en un mateix local es pretén realitzar alhora una activitat admesa i una altra de no admesa d'acord amb aquest Pla especial, la no admesa no serà autoritzable tampoc en cap cas. 2. Tanmateix, les activitats descrites a l'article 3 podran instal·lar-se o ampliar-se en les vies públiques esmentades a l'article 2, si la seva distància respecte a qualsevol activitat prevista a l'article 3 és suficient. En aquest sentit, s'aplicaran les regles següents: A) Vies públiques previstes a l'article 2 en l'apartat "Centre Vila i vies especials": a) es descriurà una circumferència de radiança de cinquanta metres, el centre del qual se situarà en el punt mitjà de la façana del local on es pretén instal·lar la nova activitat, o ampliar-la. Si el local és cantonada i té dues façanes, el centre de la circumferència serà el punt mitjà de les façanes desdoblades. b) L'activitat serà autoritzable si dins de l'esmentada circumferència no hi ha situat el punt mitjà de la façana de cap altre local dedicat a qualsevol de les activitats regulades a l'article 3 i que estigui ubicat en una via pública relacionada a l'article 2. c) (...) B) Vies públiques previstes a l'article 2, en l'apartat "Altres vies": S'aplicaran les mateixes normes, per bé que en aquest cas el radi de la circumferència que es descriurà serà de trenta metres. 3. (...)."

-

El apartado 2 de la Memoria versa sobre el objeto del Plan y en el mismo se indica que responde a la necesidad de potenciar los sectores que generan más actividad urbana y se está observando desde hace tiempo que la proliferación de oficinas bancarias, agencias inmobiliarias, despachos profesionales y otros servicios en las plantas bajas de las calles más comerciales, provoca que se esté consolidando un progresivo desequilibrio entre estos usos y los estrictamente comerciales, y la presencia de estos establecimientos de servicios se considera adecuada en una zona comercial siempre que esta última actividad sea dominante pero si no es así hay el peligro de que el comercio pase a ir a remolque de los servicios. Si bien no hay proporciones teóricas ideales establecidas entre servicios y comercio en zonas de carácter comercial, la experiencia recomienda que los servicios no superen un tercio de los establecimientos en planta baja de una calle. Que los servicios puedan llegar a ser dominantes en las calles más comerciales constituye una alteración que pondría en peligro no solo la continuidad de las empresas comerciales sino que también comportaría la desertización del núcleo central de la ciudad fuera de los horarios de los servicios y el trastorno urbano de zonas de preponderancia comercial que se convierten en ámbitos de paseo para peatones. Por ese motivo se ha estudiado la concentración de actividades de los usos de comercio y de servicios en aquellas partes o ejes de la ciudad que el POEC catalogó de comerciales.

-

El proyecto se complementa con un estudio, en el que tiene su origen, en cuyo apartado 4, que versa sobre la valoración y las recomendaciones, tras referir que el carácter comercial y su capacidad de atracción de compradores y visitantes de una zona viene dado por tres tipos de variables, como son el volumen de la oferta comercial, el continuidad comercial y la coherencia de los establecimientos en cuanto a prácticas respecto del comprador, se indica que con los resultados obtenidos se puede concluir que la presencia de servicios en la zona estudiada es muy importante, dado que representa la mitad de los establecimientos existentes, lo que pone en duda la naturaleza comercial de una zona, recomendando que los servicios no superen la proporción de 1/3.

-

CUARTO.- Defiende la parta actora que el Plan Especial impugnado viola la Directiva 2006/123 CEE, del Parlamento Europeo y el Consejo, que desarrolla lo establecido en los artículos 14.2 y 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en relación al principio de libre circulación de servicios y libertad de establecimiento y prestación de servicios dentro de la Comunidad y eliminación de barreras que obstaculicen el desarrollo de actividades y servicios entre Estados miembros, cuyo artículo 9 dispone las condiciones a los que se puede supeditar el acceso a una actividad de servicios y un régimen de autorización, pues resulta inverosímil pensar que la desertización de una zona se evitará al prohibir las actividades que se propone eliminar el Plan, y no tiene en consideración lo dispuesto en sus artículos 15.2.a) y 15.6, negando la existencia de una necesidad imperiosa de interés general y que se cumpla con el requisito de proporcionalidad, y que se asegure la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios.

-

El artículo 15.2 de la citada Directiva, que se dice vulnerado, dispone: "Los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de los siguientes requisitos no discriminatorios: a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre



prestadores.". Su apartado 6 establece: "A partir del 28 de diciembre de 2006, los Estados miembros únicamente podrán introducir nuevos requisitos del tipo de los contemplados en el apartado 2 cuando reúnan las condiciones establecidas en el apartado 3".

-

El Plan Especial aquí impugnado fue aprobado definitivamente en el espacio temporal comprendido entre el 28 de diciembre de 2006, la fecha prevista en la Directiva a partir de la cual los Estados miembros solo pueden introducir nuevos requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio si cumplen unos requisitos, y la entrada en vigor de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la citada Directiva, en concreto el 27 de noviembre de 2007.

-

En esa fecha el ejercicio de la potestad discrecional de que dispone el planificador urbanístico exigía, en tanto en cuanto se dispusiera establecer nuevas limitaciones al establecimiento y ejercicio de actividades de servicios, que en la tramitación del procedimiento seguido para la aprobación del Plan Especial impugnado se hiciera tratamiento expreso de si la nueva ordenación alcanzaba solo a actividades de servicio a las que no les es aplicable el régimen dispuesto en la Directiva 2006/123/ CE, de 12 de diciembre, conforme a lo establecido en su artículo 2.2 ; de no ser así, ver si esas limitaciones podían incidir en el acceso y en el ejercicio de las actividades comprendidas en la Directiva, con el establecimiento de nuevos requisitos, del tipo de los contemplados en el apartado 2 de su artículo 15, con verificación del cumplimiento de las condiciones dispuestas en su apartado 3.

-

Nada de ello se encuentra en el expediente administrativo remitido por la Administración demandada, ni se ha practicado prueba en ese sentido a instancia de la Administración demandada, que siguiendo con el tratamiento de la cuestión litigiosa recogido en la contestación a la demanda, ha propuesto prueba dirigida a acreditar el contenido del artículo 116 de las Normas Urbanísticas del POUM de Vilafranca del Penedés, aprobado definitivamente el 11 de junio de 2003, en el cuyo apartado 3 se dispone que "els plans especials urbanístics i els plans de millora urbana poden :a) Restringir les localitzacions i les característiques dels usos; b) Prohibir usos admesos pel Pla d'ordenació. c) Admetre usos no contemplats pel Pla d'ordenació, sempre que siguin compatibles amb els expressament establerts pel Pla". Pero, siendo que la cuestión litigiosa planteada en este recurso versa, no sobre la ordenación de los usos por un plan especial, sino sobre el cumplimiento por el Plan Especial impugnado de lo establecido en la Directiva de constante cita, los resultados obtenidos con la misma no son relevantes.

-

Procede, pues, estimar el recurso para declarar la disconformidad a derecho del acuerdo recurrido".

10.3.- *La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 19 de diciembre de 2014 , respecto al Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona, de fecha 23 de mayo de 2011, de aprobación definitiva del Plan Especial de regulación de los usos recreativos y de restauración en el barrio de Gràcia de Sabadell , al argumentarse lo siguiente:*

"CUARTO.- A propósito de la referencia a la transgresión de la Directiva de Servicios en el mercado interior, aunque en la demanda se incluya el plan especial de autos dentro del marco legal de, entre otras normas, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, esta indica en su considerando 9 que solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no aplicándose a requisitos tales como, entre otros, las normas relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio, pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.

-

La directiva de que se trata excluye pues de su aplicación, entre otras materias, como se ha visto, las referidas al urbanismo, ámbito en el que sustancialmente se desenvuelve el plan especial de autos, cuya elaboración permiten también los artículos 67 y 68 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , justificándose éste, como pone de relieve la recurrida por remisión a su Memoria, en alcanzar un punto de equilibrio entre la creación de un tejido comercial y de ocio y el debido respeto a la tranquilidad y el descanso de los vecinos en sus domicilios particulares.



-

Justificación que no es ajena a la exigencia del objetivo del desarrollo urbanístico sostenible impuesta por el apartado 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, definiéndose aquél en sus dos primeros apartados como javascript:la utilización racional del territorio y el medio ambiente, comportando el combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, en orden a garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, así como la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente.

-

En consecuencia, las sensibles materias que regula el plan especial de autos quedan fuera de la regulación tanto de la indicada directiva como, en cuanto traspone parcialmente la misma al derecho interno, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Ciertamente, el plan especial puede afectar a servicios o actividades comprendidos dentro del ámbito de la directiva, pero la regulación que se contiene en el plan especial se hace más intensa y patente desde el ámbito del urbanismo (excluido de la aplicación de la directiva), que desde el ámbito del uso o servicio considerado en su estricto sentido, pues no regula el ordinario funcionamiento de estos ni su autorización administrativa, sino ciertas condiciones previas o colaterales a su establecimiento urbanístico, tratando de evitar su excesiva y urbanísticamente nociva proximidad a usos residenciales, del mismo modo que el planeamiento regula otros elementos por la vía de la fijación de estándares u otros procedimientos. Es decir, el plan especial de autos regula la implantación urbanística de establecimientos de ocio recreativo a que se refiere, pero no la actividad en ellos a desarrollar en su sentido estricto ni sus condiciones de funcionamiento posterior.

-

Siendo ello así, deben decaer los argumentos contenidos en la demanda relacionados con el incumplimiento por parte del plan especial de la indicada directiva".

10.4.- *La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 12 de junio de 2017, relativa al acuerdo del Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, adoptado en sesión de 24 de julio de 2013, de aprobación definitiva de la Modificación del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades en Ciutat Vella, en el que se contienen los siguientes particulares:*

"2. La pretensión de la parte actora en relación con el artículo 15.27 de la Modificación de 2013 del Plan de Usos de 2010 se fundamenta en la infracción de la Directiva 2006/123/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios).

-

Sostiene esa parte que el artículo vulnera la Directiva de servicios en relación con la implantación de nueva actividad hotelera en la zona específica ZE-9 - "Recinto histórico de la Barcelona"-, por establecer un trato discriminatorio para el prestador de servicios, al impedir "de facto" la implantación de un nuevo establecimiento en esa zona específica sin que exista ninguna razón imperiosa de interés general que lo impida, y siendo posible la adopción de medidas menos restrictivas, como sería limitar el número de camas de cada establecimiento hotelero, su categoría o implantar un régimen de distancias, tal y como se hace con el resto de actividades de restauración y otros comercios.

-

En sentencia de esta misma Sala y Sección, número 357, de 12 de junio de 2014, dictada en recurso ordinario número 425/2010, interpuesto contra el Plan especial de 2010 - el recurso de casación contra la cual fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 8 de marzo de 2016, dictada en el recurso de casación número 2814/2014 -, ya se pronunció sobre la inaplicabilidad de la expresada Directiva 2006/123/CE al referido Plan especial de 2010, de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otros servicios del Distrito de Ciutat Vella, declarando literalmente:

-

"La citada Directiva no es de aplicación al urbanismo de conformidad con su considerando noveno, según el cual:

-



La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad de servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.

Como resulta de su literalidad y del espíritu de la Directiva expresado en sus otros considerandos y en su contenido normativo, ésta es aplicable a los requisitos relativos al establecimiento de una actividad de servicio y/o a su ejercicio, siendo su finalidad la de eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros - considerando (5) -, implicando esta libertad, en concreto, el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado - considerando (65).

El Plan Especial no persigue regular los requisitos de establecimiento de una actividad hotelera o su ejercicio, sino la intensidad del uso del suelo de un distrito de la ciudad de Barcelona, el de Ciutat Vella, para la actividad hotelera, entre otras, con la finalidad de compatibilizar ese uso con el uso residencial y con otros usos comerciales al servicio de los residentes, y evitar el desplazamiento de la población residente a otros distritos con el consiguiente abandono de Ciutat Vella por los residentes, pero sin incidir ni en el establecimiento ni en el ejercicio de la actividad, ni hacer requerimientos que puedan discriminar directa o indirectamente a nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, toda vez que las normas del Plan Especial sobre uso del suelo son aplicables a cualquier persona sin distinción alguna por razón de nacionalidad o estado de establecimiento.

Las sensibles materias que regula el plan especial de autos quedan fuera de la regulación tanto en la indicada directiva como, en cuanto traspone parcialmente la misma al derecho interno, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Ciertamente, el plan especial ordena ciertos establecimientos que está capacitado para regular y en cuya regulación puede afectar a servicios o actividades comprendidos dentro del ámbito de la directiva, pero la regulación que se contiene en el plan especial se hace más intensa y patente desde el ámbito del urbanismo (excluido de la aplicación de la directiva), que desde el ámbito del uso o servicio considerado en su estricto sentido, pues no regula el ordinario funcionamiento de estos ni su autorización administrativa, sino ciertas condiciones previas o colaterales a su establecimiento urbanístico, tratando de evitar su excesiva y urbanísticamente nociva proliferación, del mismo modo que el planeamiento regula otros elementos por la vía de la fijación de estándares u otros procedimientos. Es decir, el plan especial de autos regula la implantación urbanística de los hoteles y restantes establecimientos a que se refiere, pero no la actividad en ellos a desarrollar en su sentido estricto ni sus condiciones de funcionamiento posterior.

Siendo ello así, deben decaer los argumentos contenidos en la demanda relacionados con el incumplimiento por parte del plan especial de la indicada directiva o de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, en cuando la traspuso parcialmente al derecho interno español".

Esta sentencia no aparece contradicha por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala primera, caso Eric Libert y otros contra Gouvernement flamand, de 8 de marzo de 2013, en la que se declaró:

"107. En estas circunstancias, ha de declararse que la Directiva 2006/123 no se aplica a una normativa como el Decreto flamenco...", y en ello en relación con un Decreto flamenco, que, según el propio Tribunal, "persigue objetivos de ordenación del territorio y de vivienda social", pues, con arreglo al apartado 51 de la misma sentencia, "el régimen establecido por el artículo 5 del Decreto flamenco tiene por objeto garantizar una oferta de vivienda suficiente a las personas con escasos ingresos o a otras categorías desfavorecidas de la población local".



Como se ha explicado más arriba, según la memoria, " el objetivo fundamental del Plan de usos de 2013 es entonces el de equilibrar los usos residenciales, comerciales y turísticos de Ciutat Vella por medio de la regulación de las actividades de concurrencia pública, teniendo siempre en cuenta las repercusiones sobre el espacio y el paisaje urbano. Se persigue así el mantenimiento de la masa residencial del Distrito y la convivencia equilibrada entre los diferentes usos urbanos".

10.5.- *La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 19 de junio de 2017 , también relativa al acuerdo del Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, adoptado en sesión de 24 de julio de 2013, de aprobación definitiva de la Modificación del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades en Ciutat Vella , en el que se contienen los siguientes particulares:*

"8. Razón imperiosa de interés general.

-

Sostiene la actora que la Modificación de 2013 del Plan de usos de 2010 no puede restringir el uso de vivienda de uso turístico en el distrito de Ciutat Vella, porque no ha justificado un razón imperiosa de interés general para hacerlo.

-

La Modificación de 2013 no regula la actividad de vivienda de uso turístico, siendo su propósito regular la intensidad del uso del suelo urbano en el distrito de Ciutat Vella para vivienda de uso turístico, al amparo del artículo 67.2 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona , con arreglo al cual, "los planes especiales de usos tiene como objetivo ordenar la incidencia y los efectos urbanísticos, medioambientales y sobre el patrimonio urbano que las actividades producen en el territorio mediante la regulación de su intensidad y las condiciones físicas de su desarrollo en función de las distancias, el tipo de vía urbana y circunstancias análogas".

-

La justificación de una razón imperiosa de interés general aparece contemplada en la Directiva 123/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios), para supeditar a una autorización el acceso a una actividad de servicios.

-

En sentencia de esta misma Sala y Sección, número 357, de 12 de junio de 2014 , dictada en recurso ordinario número 425/2010, interpuesto contra el Plan especial de 2010 - el recurso de casación contra la cual fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 8 de marzo de 2016, dictada en el recurso de casación número 2814/2014 -, ya se pronunció sobre la inaplicabilidad de la expresada Directiva 2006/123/CE al referido Plan especial de 2010, de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otros servicios del Distrito de Ciutat Vella, declarando literalmente:

-

"La citada Directiva no es de aplicación al urbanismo de conformidad con su considerando noveno, según el cual:

-

La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad de servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.

-

Como resulta de su literalidad y del espíritu de la Directiva expresado en sus otros considerandos y en su contenido normativo, ésta es aplicable a los requisitos relativos al establecimiento de una actividad de servicio y/o a su ejercicio, siendo su finalidad la de eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros - considerando (5) -, implicando esta libertad, en concreto, el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado - considerando (65).



-

El Plan Especial no persigue regular los requisitos de establecimiento de una actividad hotelera o su ejercicio, sino la intensidad del uso del suelo de un distrito de la ciudad de Barcelona, el de Ciutat Vella, para la actividad hotelera, entre otras, con la finalidad de compatibilizar ese uso con el uso residencial y con otros usos comerciales al servicio de los residentes, y evitar el desplazamiento de la población residente a otros distritos con el consiguiente abandono de Ciutat Vella por los residentes, pero sin incidir ni en el establecimiento ni en el ejercicio de la actividad, ni hacer requerimientos que puedan discriminar directa o indirectamente a nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, toda vez que las normas del Plan Especial sobre uso del suelo son aplicables a cualquier persona sin distinción alguna por razón de nacionalidad o estado de establecimiento.

-

Las sensibles materias que regula el plan especial de autos quedan fuera de la regulación tanto en la indicada directiva como, en cuanto traspone parcialmente la misma al derecho interno, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Ciertamente, el plan especial ordena ciertos establecimientos que está capacitado para regular y en cuya regulación puede afectar a servicios o actividades comprendidos dentro del ámbito de la directiva, pero la regulación que se contiene en el plan especial se hace más intensa y patente desde el ámbito del urbanismo (excluido de la aplicación de la directiva), que desde el ámbito del uso o servicio considerado en su estricto sentido, pues no regula el ordinario funcionamiento de estos ni su autorización administrativa, sino ciertas condiciones previas o colaterales a su establecimiento urbanístico, tratando de evitar su excesiva y urbanísticamente nociva proliferación, del mismo modo que el planeamiento regula otros elementos por la vía de la fijación de estándares u otros procedimientos. Es decir, el plan especial de autos regula la implantación urbanística de los hoteles y restantes establecimientos a que se refiere, pero no la actividad en ellos a desarrollar en su sentido estricto ni sus condiciones de funcionamiento posterior.

-

Siendo ello así, deben decaer los argumentos contenidos en la demanda relacionados con el incumplimiento por parte del plan especial de la indicada directa o de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, en cuando la traspuso parcialmente al derecho interno español".

-

Esta sentencia no aparece contradicha por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala primera, caso Eric Libert y otros contra Gouvernement flamand, de 8 de marzo de 2013 , en la que se declaró:

-

"107. En estas circunstancias, ha de declararse que la Directiva 2006/123 no se aplica a una normativa como el Decreto flamenco...", y en ello en relación con un Decreto flamenco, que, según el propio Tribunal, "persigue objetivos de ordenación del territorio y de vivienda social", pues, con arreglo al apartado 51 de la misma sentencia, "el régimen establecido por el artículo 5 del Decreto flamenco tiene por objeto garantizar una oferta de vivienda suficiente a las personas con escasos ingresos o a otras categorías desfavorecidas de la población local".

-

Como se ha explicado más arriba, según la memoria, " el objetivo fundamental del Plan de usos de 2013 es entonces el de equilibrar los usos residenciales, comerciales y turísticos de Ciutat Vella por medio de la regulación de las actividades de concurrencia pública, teniendo siempre en cuenta las repercusiones sobre el espacio y el paisaje urbano. Se persigue así el mantenimiento de la masa residencial del Distrito y la convivencia equilibrada entre los diferentes usos urbanos".

-

En cualquier caso, conviene recordar el objeto y finalidad de la Modificación de 2013, que mantiene el del Plan de 2010, de "mantenimiento de la masa residencial del Distrito y la convivencia equilibrada entre los usos urbanos", que aparece racionalmente justificado en atención a las circunstancias concretas del Distrito, ya explicadas reiteradamente, y a la necesidad, por una parte, de preservar un stock de edificios para el uso de vivienda y otros usos - oficinas, despachos, comercio...-, evitando su abandono por los residentes, sea cual sea su nacionalidad, por causa de la incompatibilidad entre su modo de vida, orientado al trabajo, la formación y la vida íntima y familiar en su sentido amplio, y el de los visitantes, orientando al ocio, cualquiera que sea también la nacionalidad de estos últimos; y evitando la expulsión de los residentes del distrito por la implantación sin



límite de actividades de alojamiento turístico; así como, por otra parte, en consideración al interés legítimo por conservar la vida ciudadana, y no sólo turística, buscando el objetivo declarado en la memoria, de equilibrio entre usos, en el distrito de Ciutat Vella, cuya delimitación - Rondes, ZE-11 - se corresponde con la de la ciudad de Barcelona desde su fundación en la primera década de nuestra era hasta el derribo, en 1854, de las murallas, de ubicación coincidente con las Rondes, y que sigue constituyendo el ser e identidad de la ciudad, siendo, éstos, objetivos legítimos del planeamiento, que responden a un modelo de ciudad admisible en el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico.

9. También se alega que, en este caso, "la fuerza normativa de lo fáctico", en referencia a la ubicación y características del inmueble de la parte actora, limita la potestad discrecional de planeamiento hasta el punto de excluirla en relación con dicho inmueble, respecto del cual, al entender de esa parte, debe admitirse sin limitaciones el uso de vivienda de uso turístico.

Se ha comentado que el en la memoria de la Modificación - 4.3.1 - se dice que "la delimitación de zonas específicas (ZE) tiene que responder a la agrupación de tejidos urbanos homogéneos que respondan a una serie de características comunes que permitan su regulación en coherencia con su realidad urbana y social".

El artículo 8.1 de la Modificación dispone que, "para la aplicación detallada de la regulación del presente Plan especial se divide el distrito de Ciutat Vella en 11 zonas específicas homogéneas en función de sus características morfológicas y urbanísticas".

Por tanto, la regulación de la Modificación del plan especial urbanístico, que se aprueba en aplicación del artículo 67.2 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona , con arreglo al cual , "los planes especiales de usos tienen como objetivo ordenar la incidencia y los efectos urbanísticos, medioambientales y sobre el patrimonio urbano que las actividades producen en el territorio, mediante la regulación de su intensidad y las condiciones físicas de su desarrollo en función de las distancias, el tipo de vía urbana y circunstancias análogas", tiene por objeto regular la intensidad de usos en el distrito de Ciutat Vella, tomando en consideración las zonas que delimita en función de características urbanísticas y sociales comunes, y no en función de las características y ubicación de un concreto inmueble.

Se ha dicho que la actora sólo ha presentado como prueba un croquis ilegible de la plaza Universidad de Google Maps, que no permite tener por desvirtuado el diagnóstico que se hace en la Memoria de su zona de ubicación, barrio y distrito, a lo que cabe añadir que el objeto del plan especial por su naturaleza urbanística no es regular la prestación de un servicio y las características que debe reunir el establecimiento en el que se vaya a prestar, sino, como se ha dicho, la intensidad de usos, en este caso, de alojamiento turístico, para lo que se toma en consideración todo un distrito y no sólo un inmueble.

Además, en este caso, la fuerza de lo fáctico, la fuerza de lo realmente existente, no es favorable al cambio de uso en el marco de la Modificación del plan especial, pues en la demanda se reconoce que el edificio actualmente está destinado a arrendamiento de viviendas para residentes, lo que revela su adecuación a tal fin, no siendo contraria a tal realidad la regulación del uso en la Modificación, en atención al objetivo proclamado de mantener la masa residencial.

10. La pretensión de nulidad de la Modificación de 2013, por lo que hace a las viviendas de uso turístico, se fundamenta igualmente en una vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución , por "la previsión relativa a la aprobación de un futuro instrumento de planeamiento para regular la concesión de nuevas licencias de viviendas de uso turístico que se contiene en la Modificación del plan especial".

La futura aprobación de un planeamiento urbanístico que abarque toda la ciudad de Barcelona en relación con las viviendas de uso turístico no se prevé en el articulado de la Modificación de 2013, sino en la memoria en relación con las viviendas de uso turístico.



-

La previsión de un futuro planeamiento de ámbito municipal no vulnera el principio de seguridad jurídica, que resulta garantizado por la vigencia y aplicabilidad de la Modificación de 2013 del plan de usos desde su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona el 16 de septiembre de 2013 hasta su derogación, se produzca ésta por otro instrumento con el mismo ámbito o con ámbito superior, vinculando dicha Modificación a la Administración y a los interesados, que pueden conocer con certeza el contenido y límites de su derecho de propiedad - artículo 5.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, con arreglo al cual, "en el marco de la legislación aplicable en materia de suelo, el ejercicio de las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se tiene que sujetar al principio de la función social de este derecho, dentro de los límites impuestos por la legislación y el planeamiento urbanísticos y cumpliendo los deberes fijados por éstos" -, y de los usos a que pueden destinar sus fincas y edificios de conformidad con la literalidad del articulado de la Modificación y del pronunciamiento de las sentencias que recaigan en los recursos formulados contra esa Modificación, o en recursos contra sus actos de aplicación en los que se impugne indirectamente la Modificación.

-

CUARTO.- La nulidad de la Modificación de 2013 del Plan de usos de Ciutat Vella de 2010 también se pretende en relación con la regulación del uso urbanístico de apartamentos turísticos.

-

El artículo 15.14 del Plan de usos de 2010, en relación con la zona específica ZE-11, "Rondes", donde se ubica el inmueble de la parte actora, disponía para los establecimientos del epígrafe H.3 - apartamentos turísticos - que estaban "admitidos con la condición 2b (densidad compatibilizada con establecimientos de los epígrafes H y P/número máximo de establecimientos: 4) y la condición 7 u 8".

-

El artículo 14.7, bajo el título "condición de renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero (condición 7)", disponía que "los nuevos establecimientos se admitirán siempre y cuando se aporte renuncia de una o más licencias del mismo titular respecto de actividad o actividades hoteleras (epígrafe H y P) que se desarrolle/n en el ámbito territorial del distrito de Ciutat Vella, sea cual sea la zona específica en que se ubiquen. La regulación detallada de esta condición se establece en la Sección 5ª del capítulo IV de la presente normativa".

-

El artículo 14.8, bajo el título "admisión de remodelación con ampliación de uso hotelero con renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero (condición 8)", disponía que "se admite la remodelación de uso hotelero con aumento de superficie en aquellos establecimientos de los epígrafes H y P para mejorar las condiciones de prestación del servicio. La remodelación y ampliación puede suponer el incremento de plazas hoteleras siempre que se efectúe la renuncia de una o varias licencias del mismo titular de los epígrafes H y P con nombre de plazas hoteleras iguales o superiores al incremento proyectado. La regulación detallada de esta condición se establece en la Sección 5ª del capítulo IV de la presente normativa".

-

La Modificación de 2013 del Plan de usos de 2010 en su artículo 15.29, relativo a la zona específica Z-11, "Rondes", dispone que el uso con epígrafe AT.1 - apartamentos turísticos - no es admitido.

-

Se alega para fundamentar la petición de nulidad de la modificación del artículo 15 en con el uso de apartamento turístico en la ZE-11, "Rondes", que no se explicita la justificación o motivación de tal modificación, con la consiguiente indefensión para los interesados a quienes se les impide conocerla, y, en su caso, impugnarla.

-

La disposición final segunda del Plan de usos de 2010, preveía "para facilitar el seguimiento de la implantación de este Plan especial", que se creara "el censo de establecimientos de pública concurrencia de Distrito, informatizado y actualizado en el que figuren todos los datos referentes a licencias y comunicaciones de actividades vigentes".

-



En la memoria de la Modificación de 2013 del Plan especial de usos de 2010 - apartado 4.1.5 - se recoge: "Según Decreto de alcaldía de 2 de noviembre de 2010 se expuso al público la aprobación inicial del censo y la base de datos de los establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades del distrito de Ciutat Vella; BOPB de 18/11/2010; se entiende que el censo quedaba aprobado definitivamente a los 20 días de su publicación. El contenido del censo de noviembre de 2010 incorpora el epígrafe de su actividad de acuerdo con la nueva nomenclatura del Plan de usos de 2010 y la coordenada geográfica UTM de su emplazamiento".

En un cuadro de ese apartado de la Memoria, 4.1.5, se recoge un resumen de actividades por epígrafes en 2010, correspondiente al expresado censo de noviembre de 2010, del que resulta que en el distrito de Ciutat Vella no aparecía vigente ninguna actividad de epígrafe H.3, apartamento turístico, de lo que cabe inferir que los interesados en ese Distrito, incluida la aquí parte actora, habían optado por otro tipo de actividades de alojamiento turístico, principalmente hoteleras y de viviendas de uso turístico, u otras actividades como el arrendamiento de viviendas - caso de la actora.

La actora no ha presentado prueba que demuestre que en noviembre de 2010 había alguna actividad de apartamento turístico en la ZE-11, "Rondes", o que la hubiera a la fecha de aprobación definitiva de la Modificación, el 24 de julio de 2013.

Como se ha dicho, por transcripción del precepto en cuestión, el artículo 15.14 de la Modificación admitía el uso epígrafe H.3, apartamento turístico, en la ZE-11, "Rondes", con las "condiciones 7 u 8", reguladas en los apartados del mismo orden del artículo 14, en los que se establecía como presupuesto para la implantación o ampliación de una actividad de epígrafes H y P, la renuncia de una o más licencias de la misma actividad en el primer caso, y de licencias con número igual o superior al proyectado en caso de ampliación de plazas.

Al no constar licencias de apartamento turístico, H.3, en el distrito, la Modificación de 2013 del Plan especial de 2010 no modifica el artículo 15 en relación con esa actividad, sino que adecúa la regulación del uso de conformidad con el Plan de usos de 2010, que lo admitía con la renuncia de otras licencias, a la realidad del distrito en el que los interesados no habían optado por licencias de apartamento turístico, sino de actividades hotelería y de viviendas de uso turístico; y por tanto, en ausencia del presupuesto previsto en el artículo 14, apartados 7 y 8, de renuncia a otras licencias - pues no aparecía ninguna vigente, ni se ha probado lo contrario -, no podía implantarse nuevas actividades de conformidad con el Plan de usos de 2010.

Por lo expuesto, no hay modificación efectiva de la regulación por el Plan de usos de 2010 del uso de apartamento turístico, AT.1; pues, en ese Plan de usos, la implantación y ampliación de esas actividades se subordinaban al presupuesto de renuncia de otras licencias, el cual no podía cumplirse, ni dar lugar a una nueva implantación o ampliación de actividades, por la inexistencia de licencias, lo que se mantiene en la Modificación de 2013.

En la memoria de la Modificación de 2013 se ofrecen los datos objetivos en los que se fundamenta la Modificación formal, terminológica, aun cuando no de fondo, de la regulación del uso de apartamento turístico, que esa Modificación no restringe, por cuanto tampoco el uso de apartamento turístico tampoco se podía implantar de nuevo ni ampliar en ejecución del Plan de usos de 2010.

La parte actora estará disconforme con esa regulación, que mantiene la del Plan de usos de 2010; siendo de su interés - en contra de la regulación de la Modificación y del Plan de usos de 2010 -, la nueva implantación de actividades de apartamento turístico en el distrito de Ciutat Vella, pero no puede prosperar la alegación de falta de motivación y justificación de esa regulación, pues, de los datos objetivos expresados en la Memoria, se infiere claramente que la Modificación mantiene, en este extremo, la regulación del Plan especial de usos de 2010.

Respecto de la vulneración por la Modificación de 2013, en relación con los apartamentos turísticos, de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española, debemos remitirnos a lo ya dicho para



rechazar esa misma vulneración en relación con las viviendas de uso turístico, por ser extensible y aplicable la misma argumentación a los apartamentos turísticos; siendo de señalar, como se ha expuesto en relación con la Directiva 2006,123/CE, de servicios en el mercado interior, que los objetivos del Plan especial de usos y de su Modificación aparecen racionalmente justificados y valorables como legítimos en atención a las concretas circunstancias del distrito de Ciutat Vella, ya explicadas reiteradamente, y a la necesidad, por una parte, de preservar edificios para el uso de vivienda y otros usos - oficinas, despachos, comercio...-, evitando su abandono por los residentes, sea cual sea su nacionalidad, por causa de la incompatibilidad entre su modo de vida, orientado al trabajo, la formación y la vida íntima y familiar en un sentido amplio, y el de los visitantes, orientado al ocio, cualquiera que sea también la nacionalidad de estos últimos, evitando la expulsión de los residentes del distrito por la implantación sin límite de nuevas actividades de alojamiento turístico, entre ellas las de apartamento turístico, a sumar a las existentes de hotelería, pensiones y viviendas de uso turístico; así como, por otra parte, en consideración al interés legítimo por conservar la vida ciudadana, y no sólo turística, como centro vacacional, buscando el objetivo, declarado en la memoria, de un equilibrio entre usos urbanos en el distrito de Ciutat Vella, cuya delimitación - Rondes, ZE-11 - se corresponde con la de la ciudad de Barcelona desde su fundación en la primera década de nuestra era hasta el derribo, en 1854, de las murallas, de ubicación coincidente con las "Rondes", y que sigue constituyendo el ser e identidad de la ciudad, siendo, éstos, objetivos legítimos del planeamiento, que responden a un modelo de ciudad admisible en el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico.

-

QUINTO.- Se pretende igualmente la nulidad de la regulación de la Modificación de 2013 del Plan especial de usos de 2010 en relación con los albergues de juventud y residencias de estudiantes, epígrafe H.0.1, cuya nueva implantación no se admite en el distrito de Ciutat Vella, como tampoco lo estuvieron en el Plan especial de usos de 2010; no habiéndose producido modificación alguna respecto de ese uso.

-

Como se ha dicho, por lo que hace a los usos admitidos, esta Sala y Sección ya desestimó los recursos interpuestos contra el artículo 15 del Plan especial de usos de 2010, en el que se regulaba los usos admitidos, con exclusión de los albergues de juventud y residencias colectivas, y entre ellas, las residencias de estudiantes - epígrafe H.0 -, extremo, que, por tal razón, devino firme.

-

Ahora se impugna nuevamente la regulación del uso de albergue de juventud y residencia de estudiantes en el distrito de Ciutat Vella, alegando la irracionalidad o falta de sentido de la inadmisión de la nueva implantación del uso en un distrito que es el preferido de los visitantes por su centralidad, y que colinda, en la ZE-11, en la que se ubica el inmueble de la parte actora, con el edificio de humanidades de la Universidad de Barcelona.

-

En el cuadro de actividades por epígrafe de la memoria de la Modificación de 2013 - 4.1.5 - se recoge el epígrafe residencias, H.0, como diferente y separado de los epígrafes H.1, hoteles, H.2, hoteles apartamento, H.3, apartamentos turísticos, P.1., pensiones, y T.1, viviendas de uso turístico; señalándose como efectivamente vigentes a la fecha del censo de actividades del Plan de usos de 2010, de noviembre de 2010, 18 actividades de residencias, que incluirían albergues de juventud y otras residencias colectivas.

-

No se ha presentado prueba de la insuficiencia de ese número de residencias en el distrito de Ciutat Vella para atender las necesidades de los interesados en ellas, ni de la irracionalidad del mantenimiento de su número, no admitiendo nuevas implantaciones para la obtención del objetivo propuesto de mantenimiento de la masa residencial y equilibrio de usos urbanos; siendo comprensible el interés de sus usuarios por emplazarse en el centro urbano, el cual no necesariamente ha de prevalecer sobre el interés de los residentes, cualquiera que sea su nacionalidad, a mantener su residencia en ese distrito, y siendo también legítimo, por lo expuesto anteriormente, el objetivo de su mantenimiento y del mantenimiento del distrito como centro histórico, en el que confluyen el uso de vivienda con otros usos, y entre ellos los diversos alojamientos turísticos y residenciales, que puede valorarse como objetivo legítimo y de interés general, y que no se ha demostrado ni irracional ni arbitrario, en atención a la limitada prueba presentada, que no revela el número de plazas vigentes de albergues y residencias de estudiantes en el distrito de Ciutat Vella, como tampoco en el distrito de Eixample, en el que se ubica el centro de humanidades de la Universidad de Barcelona, ni sobre la necesidad de ubicar a los usuarios de esas actividades en el centro histórico y no en otros barrios y zonas de la misma ciudad de Barcelona.

-



Todo lo expuesto obliga a estimar sólo en parte el presente recurso contencioso-administrativo, y, en consecuencia, a declarar la nulidad del apartado 9 del artículo 14; de los apartados relativos al epígrafe T.1 - vivienda de uso turístico - del artículo 15, por lo que hace a las "condiciones de emplazamiento", por lo cual el uso de vivienda de uso turístico debe entenderse no admitido - de conformidad con el apartado 6, del fundamento jurídico tercero de esta sentencia-, y se declara igualmente la nulidad del artículo 21, "condiciones que tendrán que cumplir para la concesión de una nueva licencia para la actividad de vivienda de uso turístico, epígrafe T.1".

10.6.- Y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 3ª, de 28 de diciembre de 2015, que en sede de titulación habilitante argumentó lo siguiente:

"8.- No aplicación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, por no estar el supuesto en su ámbito de aplicación.

Por consiguiente, procede ir examinando el texto de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, y resaltar el Considerando 9 -omitido por las partes apelantes, en relación con sus artículos 2 y 4.1 - del siguiente tenor:

"(9) La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada".

Argumentación que, a no dudarlo ha dado lugar igualmente desde la perspectiva estatal y a su ejercicio de competencias a lo argumentado en el Preámbulo de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes particulares:

"La Ley se aplica a los servicios que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. De esta forma, esta Ley no se aplica a normas que deban ser respetadas por la sociedad en su conjunto, ya sean prestadores o particulares, como por ejemplo, la normativa en materia de Derecho penal o las normas de comportamiento en la circulación. Es decir, la Ley no interfiere con los requisitos o con la normativa que tienen que ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada".

"Mutatis mutandis" para el ejercicio de competencias autonómicas o/y locales bien puede pensarse lo mismo, en lo que ahora interesa para con normas respectivas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

Y es así que nada habría que objetar que *buen número de supuestos quedarán fuera del ámbito de aplicación de la Directiva invocada* en la medida que las precitadas normas de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural no regulasen específicamente o no afectasen específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada, por emplear los términos de la Directiva. En consecuencia, la tesis extrema de entender y dar por supuesto que siempre y en todo caso la regulación de los usos urbanísticos (sic) o la aplicable a la titulación ambiental o de espectáculos públicos y actividades recreativas se halla siempre en el ámbito de aplicación de la Directiva no se comparte.

Una vez a partir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, el Estado se aparta de esas técnicas urbanísticas por entenderlas propias de las Comunidades Autónomas, será de señalar a este respecto que *en materia urbanística autonómica y en sede de clasificación y calificación urbanística de suelo* -así, en el ámbito del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, y con posterioridad del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo-, este tribunal no atisba obstáculo alguno para entender que no cabe aceptar que toda actividad o la actividad que las partes apelantes defienden -en abreviada síntesis, ni más ni menos, para con local con una superficie de 579,19 m² y con un aforo de 600 personas- pudiera implantarse con apoyo en la reiteradamente invocada Directiva 2006/123/CE en clasificaciones urbanísticas de Derecho Urbanístico de Cataluña -, como:

en Suelo No Urbanizable -sea especialmente protegido inclusive en su caso por mor de regímenes de Derecho Comunitario *o no especialmente protegido* - cuando su apartamiento de desarrollos de esa naturaleza es manifiesto;



- en *Suelo Urbanizable - Delimitado o no Delimitado* - cuando su transformación urbanística en planeamiento urbanístico y gestión urbanística resulta connaturalmente obligada;
- en *Suelo Urbano No Consolidado* cuando, cuanto menos, todavía en sede de gestión urbanística procede aplicarse especialmente para alcanzar la condición de solar obteniendo finalmente las condiciones y servicios urbanísticos de su razón;
- y hasta en *Suelo Urbano Consolidado* cuando se opere con calificaciones urbanísticas tan sensibles y sentidas y entre otras como en infraestructuras viarias o de comunicaciones, equipamientos de la más variada naturaleza o espacios libres, parques, jardines o zonas verdes o de viviendas dotacionales públicas o viviendas de protección oficial.

Pues bien, ya en este punto la tesis de las partes apelantes muestra su debilidad, no resultando ocioso destacar que esas partes siempre mirando a una libérrima libertad en el ejercicio de una actividad interesada pasa por alto que nos hallamos ante Suelo Urbano No Consolidado y nada ni nadie avala que se den las condiciones necesarias y servicios urbanísticos necesarios, y menos aún que se reúna la condición de solar que permita esa actividad o uso.

9.- La aplicación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, y las razones imperiosas de interés general y otros requisitos y condiciones.

Sea como fuere, examinando el supuesto desde la necesidad de profundizar más todavía sobre el caso, habida cuenta la perfecta posibilidad que, a título de ordenación urbanística en materias que no deben serlo, se trate de obstar o perjudicar lo establecido por la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, y hasta poder entender que nos hallamos en su ámbito de aplicación, debe añadirse lo siguiente:

9.1.- Efectivamente interesa traer a colación lo establecido, en especial, en **la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior**, en sus Considerandos 40, 56, 64, 66 y 69 del siguiente modo:

"(40) El concepto de "razones imperiosas de interés general" al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria".

"(56) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad".

"(64) Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben dismantelarse de forma sistemática lo antes posible".

"(66) El acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en el territorio de un Estado miembro no debe supeditarse a una prueba económica. La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia".

"(69) Con el fin de coordinar de forma coherente la modernización de las reglamentaciones nacionales con los requisitos del mercado interior, procede evaluar determinados requisitos nacionales no discriminatorios, que, por sus características, pueden restringir sensiblemente o, incluso, impedir el acceso a una actividad o su ejercicio acogiéndose a la libertad de establecimiento. Ese ejercicio de evaluación debe limitarse a la compatibilidad de aquellos requisitos con los criterios ya establecidos por el Tribunal de Justicia sobre la libertad de establecimiento. No debe afectar a la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia. Cuando dichos requisitos sean discriminatorios o no se justifiquen objetivamente por razones imperiosas de interés general, o cuando sean desproporcionados, deben suprimirse o modificarse. El resultado de esa evaluación diferirá conforme al carácter de la actividad y el interés público de que se trate. En especial, tales requisitos podrían justificarse plenamente cuando los motiven objetivos de política social".

Y, en su consecuencia y en lo que ahora interesa, sus artículos:

"Artículo 4. Definiciones.

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

...

8) "razón imperiosa de interés general", razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas 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";

"Artículo 9. Regímenes de autorización.

1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;"

"Artículo 10. Condiciones para la concesión de la autorización.

1. Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.

2. Los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes:

- a) no ser discriminatorios;
- b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general;
- d) ser claros e inequívocos;
- e) ser objetivos;
- f) ser hechos públicos con antelación;
- g) ser transparentes y accesibles.

...

7. El presente artículo no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones".

"Artículo 15. Requisitos por evaluar.

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

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



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

.."

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

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

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

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

..."

9.2.- De la misma forma y en la misma línea si se dirige la atención a **la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**, para la que no se formula controversia, procede traer a colación los siguientes preceptos:

"Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de esta Ley se entenderá por:

...

11. "Razón imperiosa de interés general": razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas 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 derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

"Artículo 5. Regímenes de autorización.

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 razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado, 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".

"Artículo 9. Principios aplicables a los requisitos exigidos.

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

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

a) No ser discriminatorios.

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



- c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.
- d) Ser claros e inequívocos.
- e) Ser objetivos.
- f) Ser hechos públicos con antelación.
- g) Ser transparentes y accesibles.

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

"Artículo 11. Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa.

1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a:

a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales.

...

2. No obstante, excepcionalmente se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos del apartado anterior cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados".

9.3.- Sentado lo anterior bien se puede comprender *que las partes apelantes no discuten ni cuestionan el sometimiento a licencia ambiental del supuesto de autos*, máxime cuando los pronunciamientos administrativos impugnados obedecen a esa naturaleza, es decir no cuestionan que por imperativo comunitario esa titulación se debe basar en una razón imperiosa de interés general *sino que esencialmente discuten si es procedente admitir el requisito para el acceso a la actividad de servicios o su ejercicio consistente en los denominados límites territoriales* -en los términos del artículo 5.2.a) y 5.3 de la Directiva y en el mismo sentido del artículo 11.1.a) de la ley 17/2009 -.

En abreviada síntesis, *si no se cuestiona y por tanto se da por supuesto que se está en el régimen de autorización comunitario (sic)* que, entre otros requisitos y condiciones, requiere que ese régimen esté justificado por una "razón imperiosa de interés general" -en los términos del artículo 9.1.b) de la Directiva y en el mismo sentido del artículo 5 de la ley 17/2009 - y a ello debe estar, *no deja de ser destacable que en materia de los requisitos para el acceso a la actividad de servicios o su ejercicio (sic) consistente en los denominados límites territoriales* -en los términos del artículo 5.2.a) y 5.3 de la Directiva y en el mismo sentido del artículo 11.1.a) de la ley 17/2009 - *se trate de articular que también debe fundarse precisamente en una "razón imperiosa de interés general" y ahora a ese respecto se defiende que no concurra.*

Igualmente en este punto la tesis de las partes apelantes se muestra no convincente.

9.4.- Pero es que en el presente caso interesa no perder de vista lo siguiente:

9.4.1.- Nos hallamos en la innegable materia de titulación ambiental de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la administración ambiental, y su desarrollo reglamentario del Decreto 136/1999, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la administración ambiental, y se adaptan sus anexos, como ya se ha razonado.

9.4.2.- En ese ámbito y desde luego en su regulación se hace referencia a la materia de espectáculos públicos y actividades recreativas para la que **resulta aplicable la Ley 11/2009, de 6 de julio, de espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña.**

Y es en esa Ley donde en su Preámbulo y en su apartado V, en la parte menester, se establece:

"El régimen de control administrativo sobre los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos en que éstos se realizan, establecido por la presente Ley, es plenamente coherente con 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.

En este sentido, no hay duda de que en estos establecimientos existen razones imperiosas de interés general (objetivos de salud pública, protección de los consumidores y protección del entorno urbano) que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia asumida expresamente por la misma directiva, justifican la aplicación del régimen de autorización; asimismo, la protección del interés legítimo de terceros, especialmente de los



vecinos, es otra razón imperiosa de interés general que, de acuerdo con la Directiva, justifica la aplicación del régimen del silencio administrativo negativo".

Siendo ello así y sin probanza en contrario solo cabe constatar que bien a efectos de las titulaciones establecidas (sic) bien a efectos de su régimen de requisitos para el acceso a la actividad de servicios (sic) que se han expuesto y precisamente, si así se prefiere, para el concreto supuesto de autos -en la relevante entidad del local a considerar de Superficie 579,19 m2 y aforo de 600 personas para Sala de baile-, no cabe dudar en esa perspectiva legal que concurren razones imperiosas de interés general en los términos del artículo 4.8) de la Directiva 2006/123/CE y artículo 3.11) de la Ley 7/2009 y sobre todo cuando, en la perspectiva concreta, para los tres artículos de aplicación y desde su establecimiento ya se ha dicho que obedecen y se dirigen a la resultancia lamentable y degradada de prostitución, droga -con la denominada "plaga de la heroína"- y delincuencia y en especial tratando de erradicar los prostíbulos del CascAntic que se valían de licencias de bar, club o sala de baile para ejercer esa actividad, que nadie cuestiona ni combate.

9.4.3.- Y así no pueden devaluarse **las competencias de la Generalitat de Catalunya establecidas en la Ley 11/2009, de 6 de julio, de espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña, en su artículo 11.1.a) y b), para desarrollos reglamentarios y planificación territorial, en cuanto dispone:**

"Artículo 11. Competencias de la Generalidad.

1. La Generalidad tiene atribuidas las siguientes competencias administrativas en materia de establecimientos abiertos al público, de espectáculos públicos y de actividades recreativas:

- a) Dictar las normas que sean necesarias para el desarrollo reglamentario de esta Ley.
- b) Planificar territorialmente los establecimientos abiertos al público, en los términos establecidos por esta Ley y por la legislación urbanística y la de política territorial".

Tampoco pueden perjudicarse las competencias municipales del artículo 13.1.a) y b) de esa Ley 11/2009, para aprobación de Ordenanzas y la llamada a la planificación urbanística, en razón a sus dictados:

"Artículo 13. Competencias municipales.

1. Los ayuntamientos tienen atribuidas las siguientes competencias en materia de establecimientos abiertos al público, de espectáculos públicos y de actividades recreativas:

- a) Aprobar ordenanzas, en el marco establecido por esta Ley.
- b) Adoptar medidas de planificación urbanística, que, si lo establecen los correspondientes instrumentos de planeamiento, deben ser vinculantes para la ubicación de los establecimientos abiertos al público regulados por esta Ley".

Y nada hay que objetar a **lo dispuesto en el artículo 27.1 de esa Ley 11/2009, en el halo de la planificación urbanística por la que se aboga y a quien se remite**, en los siguientes términos:

"Artículo 27. Planificación urbanística.

1. Los planes de ordenación urbanística municipal y el resto del planeamiento urbanístico local, incluidos los planes especiales y demás instrumentos de planificación urbanística, tienen que establecer previsiones y prescripciones con el objeto de que los establecimientos abiertos al público tengan la localización más adecuada posible dentro del territorio".

Todo ello en relación y precisamente para con el artículo 116 de la Ordenança de Policia i Bon Govern, y el artículo 180.i de la Normativa Urbanística del Plan General de Ordenación Urbana de Tarragona de 1995, habida cuenta de la calificación en parte de los terrenos de autos con la clave 11 Zona de Centre Històric, y en los dos últimos párrafos del artículo III.1.3 de las Ordenanzas de Edificación del Centre Històric clave 11, que resultando aplicables vedan y hacen decaer las argumentaciones de las partes apelantes que deben rechazarse.

9.4.4.- *Como que esa Ley 11/2009, de 6 de julio, de espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña, ya se ha dicho que fue publicada a 13 de julio de 2009 y su vigencia se operó por el plazo supletorio legal a 2 de agosto de 2009 (sic) -es decir con anterioridad a la fecha de incorporación del derecho interno a la Directiva 2006/123/CE fijado para antes del 28 de diciembre de 2009- bien se puede comprender que el singular Acuerdo Plenario de 21 de diciembre de 2009 (sic) -publicado en el Boletín Oficial de la provincia de Tarragona a 29 de enero de 2010 (sic)-, en la opinión que manifestaba, llegaba tarde para el artículo 116 de la Ordenança de Policia i Bon Govern ya que la razones imperiosas de interés general ya estaban dadas en la Ley 11/2009.*



Es más, todo conduce a pensar que la tesis de las partes apelantes tropieza con la resultancia favorable lograda y que se mantiene gracias a los dictados de los tres preceptos reiteradamente invocados.

Y siendo ello así el simple cambio de criterio que ahora se hace valer para una situación fáctica que se estima de otra trascendencia a no dudarlo deberá residenciarse y en su caso reconducirse en la medida que se opere una modificación de esa Ordenanza o la derogación expresa que proceda y a no dudarlo con respeto al complejo normativo a que se ha hecho referencia y en el marco decisivo y determinante de la Directiva 2006/123/CE.

9.4.5.- Finalmente, no resulta ocioso destacar que *el régimen que se trata de discutir solo hace referencia a un ámbito territorial que tampoco se ha cuestionado eficazmente en el resto de criterios y condiciones de los artículos 10.2 y 15.2 de la Directiva 2006/123/CE, sobre todo cuando en el presente caso solo se apunta a una calificación urbanística -clave 11- en Suelo Urbano No Consolidado y nada conduce a pensar que no pueda desarrollarse esa actividad en otra ubicación suficientemente cercana y acorde con las razones imperiosas de interés general que concurren por lo que igualmente procede no atender a la tesis de las partes apelantes.*

10.- En razón a la argumentación a que se ha llegado *resulta improcedente articular una cuestión prejudicial comunitaria del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consolidado según el Tratado de Lisboa ratificado por Instrumento de 13 de diciembre de 2007, como la que la parte apelante pública interesaba ya que como se ha expuesto las premisas que se sostienen o/y hasta las conclusiones que se hacen valer, especialmente en la cuestión que se ofrece, no se comparten.*

Por todo ello, procede desestimar el presente recurso de apelación en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva".

OCTAVO.- Pues bien, expuesto lo anterior como marco de referencia de la decisión a adoptar al presente caso se hace preciso destacar que la desestimación de la demanda y pretensiones formuladas por la parte actora en el presente proceso, en la forma que lo ha sido, obedece a lo siguiente:

1.- En el presente caso **nos hallamos, de un lado, en el ámbito de los alojamientos turísticos, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal.**

2.- Pero es que en el presente caso **nos hallamos, de otro lado, en el ámbito de la planificación urbanística a nivel de planeamiento derivado especial expuesto por lo que a efectos temporal resulta aplicable el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, con las modificaciones operadas hasta la fecha de su aprobación inicial como sienta y en aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta. b) de ese texto legal.**

3.- Pues bien, en esa tesitura, este tribunal, en defecto de otras alegaciones y probanzas, debe estimar y como se ha expuesto en la vertiente general que se plantea que *la figura de planeamiento especial impugnada goza de una motivación y justificación mínima y suficiente en los dictados de su Memoria, junto con los informes con que se cuenta sin que se atisbe que se quiera incidir en supuestos perversos, disfuncionales o más allá de lo que la ubicación de usos corresponde en el técnica urbanística ni mucho menos en contra frontalmente a la Directiva 2006/123/CE.*

4.- *La conclusión que cabe alcanzar en el presente proceso y en el halo genérico que se ha indicado precedentemente es que, de un lado, nos hallamos fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE habida cuenta que -aplicable a los casos de componente comunitario también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro-, negativamente, no nos hallamos ante los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, sino que, positivamente, nos hallamos ante requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio o/y de urbanismo que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.*

En definitiva, la figura de planeamiento de autos en general se sustenta en una motivación de la que cabría destacar su conexión con unos fenómenos reales; a saber: el de la incidencia, en la dinámica de nuestras urbes de los alojamientos turísticos, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal.

De unos supuestos que en Barcelona y también en su entorno metropolitano han dejado de ser estacionales para devenir una realidad social permanente.

Se trata, como es de ver, de un hecho notorio, del que la Capital de Catalunya es un claro exponente de las secuelas del fenómeno en lo que atañe a la convivencia ciudadana, a la degradación del espacio público, a la seguridad de personas y bienes, o al encarecimiento del alquiler ordinario en los centros urbanos en perjuicio de los residentes de condición más humilde, puestos en la tesitura de tener que desplazar sus vidas al extrarradio.



Cabe afirmar, pues, que la motivación genérica en la que se sustenta la figura de planeamiento de autos, pese a que pudiera criticarse, no deja de ser cognoscible y elocuente, haciéndose perfectamente visible su anclaje en consideraciones o razones de modelo urbanístico atendibles y legítimas, frente a las que el control jurisdiccional deberá mostrarse prudente y ponderado como no puede ser de otra manera. Razones y consideraciones que, al cabo, podrían resumirse así:

-La posición estratégica de la ciudad de Barcelona y el *continuum* del litoral. Posición, ésta, que se estaría traduciendo en un incremento de la demanda de esos supuestos.

-La conveniencia, en ese contexto, de promover y priorizar usos que no sean de los expuestos en las zonas específicas de su razón y en los ámbitos que se han delimitado, como modo de alcanzar un desarrollo armónico y más sostenible del conjunto.

-La necesidad de preservar esas zonas específicas de las secuelas de los usos referidos. Secuelas a las que ya nos hemos referido más arriba.

La explicación del modelo urbanístico de ubicación de los usos de alojamientos turísticos, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal, por poco que se conozca la realidad de Barcelona y su entorno, trae a la mente de cualquier observador una realidad incontestable.

No se trata de una realidad ajena a los fines del "urbanismo" y encaja sin violencia en la tarea de definir políticas de suelo y vivienda - artículo 1.3.b) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, con sus modificaciones aplicables- con el rumbo puesto en el "desarrollo urbanístico sostenible", tal como éste aparece definido en el artículo 3 de ese texto legal.

Es más, si se pretendía, de contrario, que el uso de alojamientos turísticos, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal (sic) amparado por la Directiva 2066/123/CE lo fuese a conveniencia del titular de una vivienda y en cualquier ubicación urbanística, sea cual sea la clasificación urbanística o la calificación urbanística del suelo, debe indicarse que esa conclusión, al entender de este tribunal, no cabe alcanzarla.

5.- Y, de otro lado, en lo que atañe al concepto de "requisito", éste debe entenderse, de acuerdo con el artículo 4, punto 7, de dicha Directiva, en el sentido de que se refiere, en particular, a "cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros".

Y es así que, sea como fuere y en la perspectiva de la, denominada por la parte actora, prohibición que se establece para la actividad o el uso de vivienda de usos de alojamientos turísticos, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal en una zona concreta -la denominada Zona A-1- y en la perspectiva general elegida, ningún esfuerzo cabe efectuar para mostrar que la normativa controvertida en el litigio principal contiene uno de los requisitos a que se refiere el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE, puesto que supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite territorial en el sentido del artículo 15, apartado 2, letra a), de dicha Directiva.

En definitiva, debe reconocerse que la Directiva 2006/123/CE no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3.

Y, en esa tesitura, sin prueba alguna a propiciar por la parte actora y que no se ha producido, debe entenderse que la motivación y justificación empleada en el caso por el planificador municipal y autonómico es suficientemente explicativa y reveladora que nos hallamos ante una invocación de razones imperiosas de interés general en los términos de la Directiva 2006/123/CE, y que más allá de literalismos espúeos -criticando que no se han empleado esos términos concretos en la Memoria-, fluye con naturalidad de la misma que se están invocando precisamente razones urbanísticas confluyentes en la protección del entorno urbano a la luz de la planificación urbanística.

Dicho en otras palabras, nos hallamos, pues, en presencia de "razones imperiosas de interés general" tal como éstas han sido definidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máxime si reparamos en que la motivación de la figura de planeamiento impugnada ofrece unos propósitos que persiguen configurar un determinado modelo de ciudad.

Asimismo, carecemos de elementos de prueba -su aportación era carga de la actora- susceptibles de llevarnos al convencimiento de que las medidas contenidas en la figura de planeamiento impugnada pudieran ser desproporcionadas, sobre todo para el concreto supuesto que se ordena y planifica. Y todo ello no puede verse puesto en entredicho con meras conjeturas.

Asimismo, nada parece indicar y ninguna prueba consta que la figura de planeamiento impugnada no se ajuste a los criterios de no discriminación, necesidad, proporcionalidad, claridad, objetividad, publicidad, transparencia y accesibilidad contemplados en el artículo 15.3 de la Directiva 2006/123/CE y del artículo 9.2 de la Ley 17/2009 .

NOVENO.- La parte actora discute la ordenación establecida en la determinación de lo que se denominan Zonas Específicas -de la 1 a la 4, y en ellas las denominadas Areas de Tratamiento específico y Ejes Principales-.

Si se dirige la atención a la prueba pericial con los peritos designados por la parte actora solo se alcanza unos comentarios a los supuestos que se presentan en el dictamen aportado. No se revela su trascendencia a los efectos pretendidos cuando todo lo más se va atendiendo en los detalles a otras hipótesis posibles más razonable o menos forzado según los casos y si bien se apunta a los condicionantes físicas de pendientes iguales o superiores al 20 % tampoco se llega a mostrar qué trascendencia de disconformidad a derecho tiene todo ello a los fines de la ordenación de usos de que se trate.

DECIMO.- La parte actora defiende la nulidad de la Disposición Transitoria Primera de la Normativa Urbanística, ya relacionada precedentemente, al limitarse a contemplar el certificado de aprovechamiento urbanístico pero no el Informe Previo del artículo 17 de la Ordenanza reguladora de los procedimientos de Intervención Municipal de Obras aprobada a 25 de febrero de 2011.

En el presente particular debe señalarse que la parte actora debe ser consciente y bien se puede comprender que una cosa es la titulación en su caso urbanística de que se goce en los términos de esa disposición y en concreto en atención al regular y típico supuesto del certificado de aprovechamiento urbanístico previsto en los artículos 105 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y 20 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, cuya naturaleza, procedimiento y efectos, en especial para ser inmune a la suspensión potestativa de tramitaciones y vinculación administrativa a la concesión de títulos habilitantes es singularmente característica y singular.

Y otra cosa es otras realidades diversas cuya similitud o analogía brillan por su ausencia y que se traslucen de las alegaciones de la parte actora y hasta en una pléyade generalizante de meras solicitudes de licencias de obras y de actividades, el haber obtenido certificado de compatibilidad urbanística o informes urbanísticos previos del más variado orden y naturaleza que en definitiva se carece de predicamento para poder equiparar de algún modo efectos como los que se pretenden.

DECIMOPRIMERO.- Procede examinar la interrelación del artículo 15 y la Disposición Transitoria Tercera y sí que cabe apreciar disconformidad a derecho y nulidad para el artículo 15.4.a) segundo guión en lo establecido para obras en situación disconforme para obras de consolidación, reforma y rehabilitación en cuanto se impone la reducción de un 20% de las plazas habida cuenta que:

1.- No resulta ajustado al régimen de obras del artículo 108.4 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, ceñidas a las de consolidación y rehabilitación.

2.- Así mismo se establece una reducción en materia de usos que atendiendo a establecimientos de usos turístico, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico, legalmente implantadas en su momento con la debida titulación habilitante, de una parte, no puede sostenerse que objetivamente el uso preexistente como tal resulte incompatible por lo que debe estarse al régimen de mantenimiento -ex artículo 108.5 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña-.

3.- Y brilla con luz propia que tampoco cabe esterilizar y reducir a la nada la regla general indemnizatoria para los supuestos de ineficacia sobrevenida para con la reducción en el porcentaje establecido, seguramente y como ya se ha dicho confundiendo el planificador lo que en esa materia procede para acordar para cese con lo que debe operarse precisamente en sede de titulación habilitante para dejarla sin efecto, -ex artículo 48.c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, ya reseñado-.

El régimen, por tanto, del artículo 15.4.a) segundo guión en su integridad es claramente nulo de pleno derecho.

DECIMOSEGUNDO.- Finalmente procede examinar el régimen establecido para los edificios catalogados cuando la parte actora hace referencia a los regímenes anteriores discrepantes que se establecieron.

Altamente significativo es el devenir de las modificaciones de planeamiento urbanístico que se relacionan pormenorizadamente en el dictamen pericial presentado -2010, 2013, 2015, 2016 y 2017-, con las



suspensiones de tramitaciones que se han ido produciendo, desde luego no en unidad de criterio sino en singular sentido errático, de reconsideración, de resituación y de elección de nuevo/s modelo/s, desde luego no ajenos a la conformación del consistorio a resultas de las correspondientes mayorías. Y todo ello en el sentido de admitir o no rehabilitaciones en edificios catalogados y para uso hotelero.

Esa es la única realidad que se muestra y a la resultancia de las impugnaciones de esas figuras de planeamiento urbanístico general o especial hay que remitirse.

Y ahora se vuelve a incidir sobre esa órbita de forma tan arriesgada cuanto menos desde el punto de vista del instituto de la responsabilidad patrimonial si es que procede ante los correspondientes supuestos de su razón.

Pero, no obstante lo anterior, a los presentes efectos de planeamiento urbanístico no cabe sino alcanzar de nuevo que se ha operado un nuevo modelo urbanístico, eso sí, con las disconformidades a derecho que se han examinado.

DECIMOTERCERO .- No se aprecia mala fe o temeridad en los litigantes y estimando que en el presente caso concurren atendibles dudas de hecho y de derecho para la resolución del caso en atención a la conducta desplegada anteriormente por la administración a que se ha hecho mención, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no procede condenar en costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

ESTIMAMOS SUSTANCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo interpuesto a nombre de la entidad **JOSEL, S.L.** contra el Acuerdo de 27 de enero de 2017 del Plenari del Consell Municipal del **AJUNTAMENT DE BARCELONA** por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el "Pla Especial Urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'us turístic a la ciutat de Barcelona", del tenor explicitado con anterioridad, y **ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA ARTICULADA ESTIMAMOS LA NULIDAD DEL "PLA ESPECIAL URBANÍSTIC PER A LA REGULACIÓ DELS ESTABLIMENTS D'ALLOTJAMENT TURÍSTIC, ALBERGS DE JOVENTUT, RESIDÈNCIES COL·LECTIVES D'ALLOTJAMENT TEMPORAL I HABITATGES D'US TURÍSTIC A LA CIUTAT DE BARCELONA" APROBADO DEFINITIVAMENTE A 27 DE ENERO DE 2017 EN SU ARTÍCULO 15.4.A) SEGUNDO GUIÓN EN SU INTEGRIDAD. Se desestiman el resto de pretensiones.**

No se condena en costas a ninguna de las partes.

La presente Sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y, adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Firme que sea la presente a los efectos del artículo 107.2 de nuestra Ley Jurisdiccional publíquese por la Administración Autonómica la parte dispositiva de la presente Sentencia en el Diario Oficial donde se publicó la aprobación definitiva de la figura de planeamiento de autos. Cúrsese el correspondiente oficio a la Administración Municipal con acuse de recibo para que en el plazo de un mes desde la recepción del mismo haga constar en los presentes autos la publicación ordenada.

Así por esta Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.