
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso nº 693/2000. Sentencia nº 640 (19-10-2015)

TEMA: ORDENANZAS MUNICIPALES

ORDENANZA MUNICIPAL DISTANCIAS MÍNIMAS. IMPUGNACIÓN.

Nulidad de la Ordenanza por incumplir la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio y 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 relación con la libertad de establecimiento.

Artículo 5 de la ley 17/2009: No se podrá imponer a los prestadores de servicios un régimen de autorización salvo excepcionalmente y siempre que concurran los siguientes principios: a) No discriminación b) Necesidad por razón imperiosa de interés general c) Proporcionalidad.

Las limitaciones de horario y distancia que introduce la Ordenanza no son restricciones ilegales, arbitrarias, desproporcionadas o inidóneas, establecidas para salvaguardar el interés público.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan Carlos Zapata Hajar

MAGISTRADOS

D. Jesús-María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester (*Ponente*)

D. Juan-José Carbonero Redondo

En Zaragoza, a diecinueve de octubre de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Primera, el recurso número 693 de 2010, seguido entre partes; como demandante, la mercantil D.,S.L., representada por el Procurador D. A. y asistida por la Letrado D^a A.; y como demandada el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procurador D^a S. y asistida por el Letrado D. C.

Es objeto de impugnación el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, de 1 de octubre de 2010, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas para actividades reguladas en la Ley 11/2005, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Procedimiento: Ordinario.

Cuantía: Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en la Secretaría de este Tribunal, en fecha 29 de Diciembre de 2010, la parte actora formuló recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo citado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO.- Previa la admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, la actora dedujo demanda en súplica de que se dictara sentencia por la que se estime el recurso y se declare la nulidad de la Ordenanza impugnada.

TERCERO.- La Administración demandada, en su escrito de contestación a

la demanda, solicitó, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimo aplicables, que se dictara sentencia por la que se inadmita y, en su caso, desestime el recurso formulado.

CUARTO.- No habiendo solicitado las partes el recibimiento del proceso a prueba, tras el trámite de conclusiones, y señalado el recurso para votación y fallo, se acordó, por providencia de la misma fecha y con suspensión del plazo para dictar sentencia, requerir a la parte actora para que aportara los Estatutos Sociales, la vigencia de la representación del cargo de administrador y el acuerdo para interponer la acción. Tras aportación documental, se dio traslado a la otra parte, con el resultado que consta en autos, alzándose la suspensión acordada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente proceso por la parte actora el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, anteriormente referido, por el que, tras contestar a las alegaciones formuladas durante el periodo de información pública, se aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y zonas Saturadas para actividades reguladas en la Ley 11/2005, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Debiendo señalarse con carácter previo, frente a la objeción formal opuesta por la representación del Ayuntamiento en su contestación a la demanda, que de la documentación aportada por la recurrente, tras el requerimiento efectuado, se acredita la celebración de la Junta General Extraordinaria de la sociedad, celebrada el día 1 de diciembre de 2012, con la asistencia personal de todos los socios que por unanimidad, previa constancia del fallecimiento de la persona física designada por Z.SL para el cargo de Administrador Único de D.,S.L, adoptaron los acuerdos de cesarlo en su cargo y designar como persona física para el desempeño del cargo de Administrador a D^a I., que como representante de D.,S.L., mantiene el interés en el recurso interpuesto, por lo que carece de fundamento la inadmisibilidad del recurso opuesta por dicha representación.

SEGUNDO.- Como motivos de impugnación la parte recurrente, que no había presentado alegaciones o sugerencia alguna en el periodo de información pública, alega, en primer lugar, la nulidad de la Ordenanza por infracción del principio de jerarquía normativa al obviar el cumplimiento de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 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 relación con la libertad de establecimiento, con cita de los artículos, 4, 5, 11.1.a y 11.2 de la referida Ley 17/2009, y entender que ni la Ley ni la Directiva afrontan en ningún caso como autorizable ni la prohibición genérica de ejercicio de actividad (algo que subyace en toda limitación de horarios), ni la prohibición absoluta de ejercicio de las actividades en un determinado ámbito territorial (lo que constituye la esencia de las “zonas saturadas”). En cualquier caso, no basta con la remisión genérica a la existencia de razones urbanísticas, o de salud pública o de defensa del entorno urbano para entender acreditada la necesidad de la restricción de las actividades de servicios por razones imperiosas de interés general; tampoco se detalla justificación alguna de la proporcionalidad de las medidas, que sean 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. La Administración está obligada a hacer cumplir la Ley (en sentido amplio) y si lo que pretendía es evitar molestias por ruidos procedentes de actividades, el camino más adecuado es proseguir con la aplicación de la normativa sectorial al respecto, no prohibir genéricamente que se implanten actividades. Si lo que se pretende es evitar la concentración de personas en la vía pública, no se comprende que ello pueda ser imputable a unas actividades, pues si dichas personas infringen la Ley, deberá

aplicarse esta a quienes la infrinjan. Por lo tanto, no resulta justificado ni del Expediente ni de la propia Norma, que las medidas de restricción sean el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que persigue, y tampoco que no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado; en segundo lugar, alega la falta de comunicación previa a la aprobación de la Ordenanza del establecimiento de la misma de requisitos de los contemplados en el art. 11.1 de la Ley 17/2009.

TERCERO.- El 27 de diciembre de 2006 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la cual establece en su artículo 44 que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009.

El fin perseguido por la Directiva es eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de quienes presten servicios en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a las personas destinatarias como a las prestadoras de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado.

En relación con la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, la Directiva establece la posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori.

La legislación de los Estados miembros relativa al acceso o ejercicio de una actividad de servicios no podrá contener una serie de requisitos prohibidos, listados en el artículo 14 de la Directiva, y deberá justificarse la exigencia de otros, listados en su artículo 15, atendiendo a los criterios señalados en el párrafo anterior. Además, la Directiva establece, con carácter general, en su artículo 5 la simplificación de los procedimientos.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, responde a esta situación, al establecer una serie de principios de aplicación general para la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio dentro de la Unión Europea. Como régimen general fija el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español y regula como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones estas actividades. Señalando como objeto de la misma en el Preámbulo “establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos... Ahora bien -sigue diciendo-, es importante destacar que para la mejora del marco regulador del sector servicios no basta con el establecimiento, mediante esta Ley, de las disposiciones y los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios. Por el contrario, será necesario llevar a cabo un ejercicio de evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conforme a los principios y criterios que esta Ley establece y, en su caso, modificar o derogar esta normativa”. Estableciendo la Disposición Final Quinta “1. En el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, se proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley. 2. A fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el art. 44 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, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las Entidades Locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente Ley”.

La modificación de la normativa estatal se realizó mediante Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, lo que produjo la redacción de nuevos preceptos en distintas leyes estatales. En la Comunidad Autónoma de Aragón se dictó el Decreto Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE que, en lo que aquí interesa, modificó la Ley de Administración Local de Aragón -LALA-, la Ley 7/2006 de Protección Ambiental de Aragón y la Ley 11/2005, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 17).

La referida Ley 17/2009, en el artículo 4.1 dispone “Los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley”; y en el artículo 5 “La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social. b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general -definiéndose en el artículo 3.11. «Razón imperiosa de interés general» como: entre otros, y por lo que lo que se refiere a títulos competenciales para la intervención municipal, “... la protección del medio ambiente y del entorno urbano,..., la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.- 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.”. Y el artículo 11.1, en relación a los requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa, establece que “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, de conformidad con el art. 5 de esta Ley, no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados”.

Partiendo de tales previsiones, y dada la indudable competencia municipal en los términos expuestos, la cuestión de autos se centra en determinar si la regulación contenida en la Ordenanza municipal a examen, que lo ha sido para actividades reguladas en la Ley 11/2005, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, carece de la justificación suficiente, de forma general y sin relación concreta con cualquiera de

los artículos que contiene, como lo ha planteado la recurrente, para determinar la nulidad de la misma.

Ni de la normativa expuesta ni de la jurisprudencia comunitaria que interpreta la libertad de establecimiento puede deducirse que no puedan establecerse limitaciones específicas en cuanto a distancias y horarios de establecimientos, y no es extraño que al respecto nada indique la Directiva de Servicios ni las normas de transposición, puesto que, cuando el Artículo 38 de la CE garantiza la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, contempla su limitación y potencial inaplicación en los supuestos previstos por las leyes y los reglamentos que las desarrollen, precepto constitucional que, al igual que otros, debe ser interpretado, según constante jurisprudencia constitucional, en conjugación con otros principios y preceptos constitucionales -subordinación de toda riqueza a los intereses generales, 128.1; derecho a la obtención de un medio ambiente adecuado...-, declarando en las SSTC 225/93, de 8 de julio y 227/93, de 9 de julio que la libertad de empresa no ampara entre sus contenidos “ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes -un derecho incondicionado a la libre instalación de cualquiera establecimientos y en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normas -estatal, autonómica y local- que disciplina múltiples aspectos”.

Las restricciones introducidas por la Ordenanza en cuestión, ubicadas en el marco establecido por la Ley 11/2005 no se consideran por el Tribunal que sean límites, requisitos y condiciones ilegales, arbitrarios, desproporcionados o inidóneos en relación con la finalidad medioambiental a obtener, ni que existan medidas distintas de las adoptadas para conseguir la misma finalidad y, contrariamente a lo sostenido por la actora en la limitación de horarios no subyace ninguna prohibición genérica de ejercicio de actividad, ni la esencia de las zonas saturadas constituye una prohibición absoluta de ejercicio de las actividades en un determinado ámbito territorial. Del Expediente; de la contestación a las distintas alegaciones o sugerencias presentadas en el periodo de información pública, muchas de ellas dirigidas a la proporcionalidad de la regulación de un artículo concreto sobre horarios o distancias mínimas y zonas saturadas, y de la propia Norma, no se deduce que las medidas de restricción no estén justificadas o no sean el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que persigue, y tampoco que existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, manifestaciones éstas de la recurrente que no han sido acreditadas.

Por todo ello, ha de concluirse que las restricciones cuestionadas con carácter general establecidas para salvaguardar el interés público que se intenta preservar, se hallan debidamente justificadas, no se ha vulnerado el principio de jerarquía normativa y procede desestimar el motivo de impugnación alegado.

CUARTO.- Respecto a la nulidad de la Ordenanza suscitada por falta de comunicación previa de la aprobación de la Ordenanza a la Comisión Europea según lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta y artículo 11.2 de la Ley 17/2009 no puede prosperar, dado que en todo caso una eventual ausencia de tal remisión afectaría únicamente a la eficacia y no a la validez de la Ordenanza.

Por último, pese a lo solicitado por la actora, no es necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por inexistencia real de una cuestión interpretativa cuya solución sea imprescindible para el enjuiciamiento del fondo del asunto.

QUINTO.- Procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo impugnado, sin que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional, existan circunstancias que justifiquen una expresa imposición de costas.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente:

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la mercantil D., S.L., contra el Acuerdo indicado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.