

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Recurso nº 231/2013

Partes: "Josel, S.L." c/ Ayuntamiento de Barcelona

SENTENCIA nº 566/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON EMILIO BERLANGA RIBELLES

MAGISTRADOS

DON MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

DON FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ

DOÑA ISABEL HERNÁNDEZ PASCUAL

DON HÉCTOR GARCÍA MORAGO

DON EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA

En la ciudad de Barcelona, a quince de septiembre de dos mil diecisiete.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN TERCERA), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo número 231/2013, interpuesto por "Josel, S.L.", representada por el Procurador D. Ivo Ranera Cahís, y dirigida por el Letrado D. Lluís Saura Lluvià, contra el Ayuntamiento de Barcelona, representado por Procurador D. Jesús Sanz López, y dirigido por el Letrado D. Ignasi Gual. Es Ponente D. EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA, Magistrado de esta Sala, quien expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora, por escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, interpuso recurso contencioso administrativo contra Acuerdo del Plenario del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 24 de julio de 2013, por el que se aprueba definitivamente, de conformidad con el art. 68 de la Carta Municipal de Barcelona, la Modificación del Pla Especial d'establiments de concurrència pública, hoteleria i altres activitats a Ciutat Vella, de iniciativa municipal, con las modificaciones a que hace referencia el informe de la Direcció de Planejament, y resolver las alegaciones presentadas en el trámite de información pública de la aprobación inicial de conformidad con el informe de la citada Direcció, de valoración de las alegaciones; informes, ambos, que constan en el expediente y a efectos de valoración se incorporan al acuerdo. La citada disposición fue publicada en el BOPB de 16 de septiembre de 2013.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta Jurisdicción. La actora dedujo demanda en la que, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo a bien, interesa sentencia por la que se acuerde la anulación del Plan Especial impugnado en cuanto a los preceptos que "imposen restriccions a les activitats concretament a la limitació que obliga a la prèvia renúncia pel mateix titular a una llicència actual equivalent en nombre de places al nou ús hoteler o ampliació que es vulgui demanar (art. 14 que regula les condicions per la implantació de determinades activitats en els seus apartats 3 i 4, 7 i 8 i art. 20.c.2)".

TERCERO.- La Administración demandada en la contestación a la demanda solicitó la desestimación del recurso.

CUARTO.- Se prosiguió el trámite correspondiente y se pasó al trámite de conclusiones sucintas.

Por escrito de 11 de enero de 2016 la actora trajo a autos la sentencia del Tribunal Supremo (Sección 5ª), de 17 de diciembre de 2015, recaída en el recurso de casación nº 2696/2014, en cuya virtud se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia de esta Sala, de 2 de abril de 2014, recaída en el recurso nº 380/2010, habiendo tenido la recurrida ocasión de alegar respecto al contenido de la misma.

Se señaló finalmente votación y fallo del recurso para el día el 11 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto Acuerdo del Plenario del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 24 de julio de 2013, por el que se aprueba definitivamente, de conformidad con el art. 68 de la Carta Municipal de Barcelona, la Modificación del Pla Especial d'establiments de concurrència pública, hoteleria i altres activitats a Ciutat Vella (en adelante, en su caso, MPE), de iniciativa municipal, con las modificaciones a que hace referencia el informe de la Direcció de Planejament, y resolver las alegaciones presentadas en el trámite de información pública de la aprobación inicial de conformidad con el informe de la citada Direcció, de valoración de las alegaciones; informes, ambos, que constan en el expediente y a efectos de valoración se incorporan al acuerdo.

La actora despliega las siguientes consideraciones en orden a la estimación del recurso deducido:

-la actora es propietaria de diversas fincas en el Distrito de Ciutat Vella, adquiridas con el propósito de rehabilitarlas y dedicarlas a actividad hotelera, quedando incluidas en el ámbito de la MPE;

-manifiesta conexión del presente con el recurso nº 380/2010, resuelto por esta misma Sala;

-el recurso tiene por principal objeto la pretensión de anulación de la obligación de obtener la baja de una o varias licencias existentes de plazas hoteleras en número igual o superior a la nueva actividad hotelera;

-por decreto de la alcaldía, de 7 de octubre de 2013, se modifica el manual operativo previsto en la DF1ª de la MPE, que detalla la aplicación de la condición de renuncia de licencia o título habilitante de actividad para las actividades hoteleras, en el sentido de que el solicitante ha de incorporar en la solicitud la documentación que acredite que es titular o que se le transmite la licencia o título habilitante correspondiente a la actividad a dar de baja y la renuncia simultánea a ésta;

-las fincas de la actora quedan comprendidas en la zona específica ZE-5ª, en que la MPE admite el uso hotelero en todas sus categorías, si bien afectado por la exigencia de dar de baja licencias de actividad hotelera por igual o superior número de plazas a las que se soliciten;

-la citada exigencia dificulta la efectiva implantación de nuevos hoteles, si no la hace imposible, haciéndose prohibitiva e inviable económicamente la citada implantación, pese a tratarse de un uso admitido por el planeamiento;

-la imposición al solicitante de la obligación de comprar y renunciar licencias de otras actividades adquiridas a terceros carece de cobertura legal, amparándose la recurrida en el ejercicio de la potestad urbanística, de acuerdo con el art. 67.2 de la Carta Municipal de Barcelona;

-en sentencia de esta Sala, recaída en el recurso nº 380/2010, ha quedado sentado que no es admisible, por ser una extralimitación, sin cobertura legal, que por la vía del planeamiento se acuerde la exigencia de adquirir a terceros para renunciar posteriormente licencias en un número de plazas hoteleras igual o superior;

-la MPE reitera una medida de intervención que condiciona directamente los derechos de los particulares, y afecta a la esfera de las relaciones privadas, creándose un mercado de licencias, para su amortización;

-la concesión de aquellas licencias es una potestad eminentemente reglada;

-en la normativa de la MPE nada ha cambiado respecto del supuesto enjuiciado en la sentencia recaída en aquel recurso;

-subsidiariamente, y pese a tratarse de argumento descartado en anterior sentencia de esta Sala, a los efectos de éxito de la pretensión de nulidad, el sistema de rescate de licencias es contrario a la Directiva de Servicios, y a la Ley 17/2009, pues nada es más contrario al objetivo definido por el ordenamiento de suprimir las barreras que restringen injustificadamente el acceso y el ejercicio de actividades de servicios que obligar al futuro prestador a dar de baja licencias existentes de su titularidad para acceder a una nueva, como condición necesaria, aun cuando las normas de ordenación territorial y urbanística queden excluidas del ámbito de la Directiva. El mecanismo de rescate de licencias no está ligado específicamente al establecimiento físico en que se pretende llevar a cabo la actividad, carece de apoyo por razón de escasez de recursos o impedimento técnico, conculca los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva en el otorgamiento de un número predeterminado de autorizaciones, comporta una ventaja para personas especialmente vinculadas con el prestador de servicios cesante, no obedece a razón imperiosa de interés general, al no coadyuvar a la protección del entorno urbano, y no es proporcionado.

El Ayuntamiento recurrido sostiene las siguientes razones en orden a la desestimación del recurso:

-las prescripciones afectan a la actividad hotelera, imponiendo como condición para implantar un nuevo hotel o ampliar el existente la renuncia a licencia equivalente en número de plazas de alojamiento;

-el Plan de usos de 2013 es menos restrictivo que el Plan de usos de 2010, en cuanto prevé la posibilidad de que se implanten en todas las zonas si se cumple la condición 7ª de las normas urbanísticas, condicionándose la implantación a la baja de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero, de manera que en principio se habría de mantener la oferta en el Distrito, no se amplía el número de plazas hoteleras, y se

mantiene la justificación que en el Plan de 2010 obligó a adoptar las medidas restrictivas;

-se posibilita la relocalización de las plazas hoteleras en casi todo el ámbito, sin ampliarlas, ni concentrarlas en zonas determinadas, favoreciéndose la distribución proporcionada en todo el ámbito;

-el objetivo es compatibilizar el desarrollo del barrio desde el punto de vista ciudadano, manteniendo los porcentajes de población residente frente a la flotante, garantizando la convivencia de dos dinámicas vitales diferentes, vacacional y cotidiana;

-las limitaciones impuestas en el Plan de 2010 eran muy exigentes en orden a conseguir la renovación y modernización de los establecimientos hoteleros, cuando la posibilidad de traspasar la licencia solo se hacía en emplazamientos muy determinados del Distrito;

-con la ampliación de las zonas se permite una mayor agilidad en la renovación y modernización de los establecimientos;

-la sentencia recaída en el recurso 380/2010 seguido ante esta Sala anulaba los arts. 14.3, 14.7, 14.8 y 20B.2 en cuanto imponían la condición de renuncia a licencias existentes equivalente al número de plazas de uso hotelero que se quisieran implantar o ampliar;

-la sentencia entendió que el carácter reglado de las licencias se conculcaba con la previsión de renuncia de licencias;

-existe una diferencia sustancial entre el régimen del Plan de 2010 y el de 2013: si en los artículos anulados del primero la condición exigía la renuncia a una licencia anterior plenamente vigente, la regulación actual lo que exige es la baja;

-renuncia y baja son conceptos diferentes, en cuanto la primera vulnera aquel carácter reglado al obligar a renunciar a un derecho adquirido plenamente eficaz y en funcionamiento para poder obtener una nueva licencia en otro emplazamiento pese a reunir todos los requisitos objetivos exigidos por la normativa, introduciéndose un componente subjetivo que colisiona con aquel carácter reglado; en tanto que el concepto de baja supone introducir un nuevo parámetro objetivo de densidad en determinados subsectores, como es un máximo de plazas hoteleras

coincidente con las existentes, dada la saturación de los sectores que integran el Distrito de Ciutat Vella;

-se trata de un parámetro de densidad totalmente objetivo, que no puede ir contra el carácter reglado de las licencias, siendo precisamente una de las reglas exigidas para obtener licencia, no superar el número de plazas hoteleras máximas;

-los objetivos perseguidos son de todo punto urbanísticos (convivencia ciudadana, demografía, densidad de población, relación entre población flotante y residencial, optimización de la utilización de los espacios públicos, medio ambiente y movilidad), no de política económica ni turística, concentrando el Distrito de Ciutat Vella, pese a suponer el 4,5% de la superficie de la ciudad, un 35% de sus establecimientos hoteleros, y siendo en el mismo la relación entre población flotante, alojada en hoteles, y la residente, del 8,55%, más de cuatro veces superior a la ratio del conjunto de la ciudad;

-conviene frenar nuevas implantaciones de establecimientos que generen un aumento de la población flotante en detrimento de la residente, generándose conflictividad en la convivencia social, y una paulatina expulsión de la segunda del núcleo histórico de Barcelona, que se convierte en un parque temático, con excesiva movilidad en tejidos urbanos no adecuados, estrechos y con mucha dinámica de viandantes;

-se trata de racionalizar la actividad sin incrementar su peso específico en Ciutat Vella;

-la propia sentencia que se aduce de contrario considera que las anteriores circunstancias justifican suficientemente la intervención municipal, en cuanto se trata de objetivos de carácter urbanístico plenamente ligados a la exigencia de desarrollo sostenible, del art. 3.3 TRLUC;

-se trata de un marco objetivo que impone limitaciones a la implantación o ampliación de plazas hoteleras, estableciendo en la ordenación del Plan de usos parámetros de carácter urbanístico, que no pueden ser solamente los habituales de calificación urbanística, alturas, ocupación de parcela, separaciones o índice de edificabilidad, sino otros necesarios para alcanzar los objetivos, como distancia entre establecimientos o, como en el caso

presente, densidad, estableciendo un número máximo de plazas hoteleras por ámbito;

-inexistente vulneración de los principios de libertad de establecimiento de actividades de servicios contenidos en la Directiva 2006/123 y en la Ley 17/2009, pues los objetivos perseguidos son de carácter urbanístico, no siendo de aplicación el anterior bloque normativo, ni, conforme a la Exposición de Motivos de la Directiva, la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios es absoluta o ilimitada, fijando, entre otros, el planeamiento urbanístico, las condiciones para su ejercicio; y

-las normas de rango legal, tanto sectoriales (Llei d'Urbanisme y Llei de Turisme) como especiales (Carta Municipal de Barcelona) prevén expresamente que a través del Plan especial se pueda limitar, restringir, o imponer condiciones a la realización de determinados usos, no teniendo las medidas adoptadas causa económica o de mercado.

SEGUNDO.- En nuestra sentencia de 2 de abril de 2014 (rec. 380/2010), declarando la nulidad de los arts. 14.3, titulado "condición de renuncia de licencia en la propia zona específica (condición 3)", 14.7, titulado "condición de renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero (condición 7)", 14.8, segundo inciso, titulado "admisión de remodelación con ampliación del uso hotelero con renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero (condición 8)", "en cuanto impone para la remodelación y ampliación del uso hotelero la renuncia de una o varias licencias del mismo titular de los epígrafes H y P con el número de plazas hoteleras iguales o superiores al incremento proyectado" y 20.B.2, amén de la Sección 5ª del Capítulo IV, "en cuanto regule de forma complementaria o detallada las anteriores condiciones anuladas", del Plan Especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del Distrito de Ciutat Vella, aprobado por acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 23 de julio de 2010, razonábamos, en lo que aquí importa, del modo que sigue:

"(...) QUINTO. Denuncia la actora, respecto de las fincas de su propiedad situadas en la zona ZE-5 del plan especial, donde se admite el uso hotelero en todas sus categorías con las condiciones de su artículo 15 que, ello no obstante, las exigencias impuestas por el plan dificultan enormemente y

hacen prohibitiva y económicamente inviable la construcción de nuevos hoteles, junto con la condición específica de densidad que para la zona específica ZE-5 se establece en el 14.2.b).

Los artículos 14.2.b), 14.3 y 14.7 del plan especial cuya anulación se interesa en la demanda con carácter subsidiario son del tenor literal siguiente:

"Artículo 14.2.b). Condición de densidad B. Se define como ámbito de densidad limitada B (ADLB) aquella zona resultante de considerar el punto medio de la puerta principal de acceso al local de nueva actividad, como el centro geométrico de un círculo de 100 metros de radio, donde se compatibilizarán todos los locales existentes de las clases correspondientes (incluyendo el de nueva creación) que tengan cualquier acceso incluido total o parcialmente dentro de este perímetro. A estos efectos, se tendrán en consideración y computarán igualmente los establecimientos y los usos ubicados en zonas específicas contiguas."

"Artículo 14.3. Condición de renuncia de licencia en la propia zona específica (condición 3). Los nuevos locales se admitirán siempre y cuando se aporte renuncia de una o más licencias del mismo titular respecto de actividad o actividades de los epígrafes especificados individualmente en el artículo 15 que se desarrollen en la propia zona específica o bien en las zonas ZE-4, ZE-7 o ZE-8.

La equivalencia en metros cuadrados de superficie destinada al público entre el nuevo local y el que es objeto de la renuncia será como máximo de 1'2 a 1 o bien de 1'3 a 1 si el local proviene de las zonas ZE-4, ZE-7 o ZE-8. En las operaciones internas de altas y bajas producidas en cada una de las zonas ZE-4, ZE-7 o ZE-8 sólo será de aplicación una equivalencia de 1'1 a 1. La regulación complementaria de esta condición se establece en la Sección 5ª del Capítulo IV de la presente normativa."

"Artículo 14.7. Condición de renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero (condición 7). 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 (epígrafes H y P) que se desarrollen 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."

"Artículo 14.8. Admisión de remodelación con ampliación del uso hotelero con renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero (condición 8). Se admite la remodelación del uso hotelero con aumento de superficie a 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 el número 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."

"Artículo 20.b.2. Se deberá renunciar a una o varias licencias existentes, indistintamente de alguno de los epígrafes H y P, con un número de plazas hoteleras igual o superior a la nueva actividad proyectada. La diferencia de plazas, si la hubiera, no da lugar a compensación de ningún tipo."

Por su parte, el artículo 15 regula las condiciones de emplazamiento en las zonas específicas que enumera, mientras que el 20 regula las condiciones, entre ellas la antes indicada, que se habrán de cumplir para la nueva implantación y/o modificación de los establecimientos de los epígrafes H y P.

SEXTO. En lo referido a las restricciones impuestas a la mera ubicación física de establecimientos en función de densidades o distancias entre ellos establecidas en el artículo 14.2.b) del plan especial de autos, sin perjuicio de reiterar el contenido del artículo 67 de la Carta Municipal, esta Sala se ha pronunciado, entre otras en su sentencia número 459, de 16 de mayo de 2.007, en el sentido de considerar absolutamente razonable la persecución

de un coherente sistema de medición de distancias entre los propios establecimientos de concurrencia pública y entre estos y otros establecimientos, de forma que se evite su proliferación y concentración en un mismo lugar. Habiendo señalado la jurisprudencia que para la imposición de distancias entre establecimientos tiene competencia la administración local con fundamento en el artículo 25.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, relativo a la protección del medio ambiente, pudiendo establecer limitaciones al respecto no sólo mediante medidas correctoras de los ruidos y vibraciones, aplicables a cualquier actividad que los produzca, sino también para evitar los efectos aditivos, sin perjuicio de los de otra naturaleza concurrentes.

El indicado precepto, además de plenamente justificado y no desvirtuado probatoriamente en cuanto a su corrección, no puede suponer una restricción del derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, recogido como derecho no fundamental en el artículo 38 de la Constitución, que hasta para los fundamentales fija límites, tanto derivados de los derechos de los demás como de otros bienes y derechos igualmente protegidos por ella; de manera que tal derecho ni tiene un contenido tan absoluto como la actora pretende, ni es sinónimo de "economía de libre empresa", viniendo a referirse, como ha señalado el Tribunal Supremo, a un sistema económico a implantar dentro del cual la libertad empresarial es un factor importante, pero no el único, de suerte que la libertad de empresa aparece siempre matizada por exigencias de la economía general.

El mismo Tribunal Constitucional en numerosas sentencias tiene declarado que el propio artículo 38 de la Constitución limita la libertad de empresa con las exigencias de la economía general y de la planificación, limitación que encuentra su cauce en los artículos 128.1 y 33.2 de la Constitución (STC. 83/1.984 y 37/1.987). Las medidas de intervención que ejercen las administraciones públicas sobre la libre iniciativa privada se justifican en la necesidad de proteger otros derechos igualmente dignos de protección, como son los de los consumidores y usuarios (artículo 51), o el deber de atender al desarrollo y modernización de todos los sectores económicos (artículo 130.1), o la custodia de los recursos naturales (artículo 45.2). Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las leyes, corresponde a los poderes públicos competentes delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, siendo evidente que corresponde a la libertad de empresa una función social equivalente. En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva tiene otra objetiva o institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, ejerciéndose dentro de un marco general configurado por las reglas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos. Habiendo señalado el propio Tribunal Constitucional con reiteración que no hay un contenido esencial del derecho a la libertad de empresa para cada tipo de actividad empresarial, pues el derecho del artículo 38 de la Constitución no es el de acometer cualquier empresa, sino el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. De donde se desprende la no existencia de un derecho absoluto a la libertad de empresa, sino más bien de un condicionamiento de tal derecho, no sólo en el plano constitucional, sino, con fundamento en la Constitución, en normas legales o reglamentarias que perfilen su ejercicio, cuya legalidad vendrá dada por referencia a sus normas de cobertura.

SÉPTIMO. Mejor suerte debe correr la queja derivada de la exigencia contenida en los apartados 3, 7 y 8 del artículo 14, como en el 20.b.2, antes transcritos, exigencia consistente en la previa renuncia a otra u otras licencias existentes antes de obtenerse una nueva o procederse a la remodelación con ampliación del uso hotelero y que, como sostiene la actora, constituye una prohibición de facto de nuevas implantaciones, cerrando el mercado de permutas para nuevos prestadores de servicios hoteleros, que no podrían renunciar a ninguna licencia previamente obtenida a menos que la adquiriesen de un tercero.

Sabido es que, a salvo los supuestos de licencias provisionales o a precario, la obligatoriedad de los planes implica que el uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto en ellos, debiendo por tanto otorgarse o denegarse las licencias con carácter general de forma reglada, según que la actuación que se pretenda llevar a cabo resulte adaptada o no a la ordenación urbanística, como previene el artículo 180.1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio. Carácter reglado que constituye un importante límite incluso para la característica discrecionalidad administrativa de planeamiento, impidiendo que el ordenamiento contenga preceptos tan vagos o vaporosos que subrepticamente introduzcan elementos discrecionales en la decisión de que se trata, sin perjuicio de la licitud de la utilización en algún caso de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, en cuanto estos, a diferencia de aquélla, sólo admiten una única solución justa. Con reiteración que excusa de toda cita viene declarando en tal sentido el Tribunal Supremo que la licencia urbanística es un acto administrativo de autorización reglada por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado, verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público, tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente, pues, si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad, es claro que este derecho ha de ejercitarse dentro de los límites y con cumplimiento de los deberes establecidos por el ordenamiento urbanístico, siendo la licencia de que se trata de naturaleza rigurosamente reglada, constituyendo un acto debido, en cuanto necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable.

Pues bien, la exigencia contenida en el plan especial referida a la previa renuncia a una o varias licencias de actividades anteriores ya existentes en la misma zona para poder solicitar una nueva, representa una ilícita intromisión tendente a la exigencia de extinción de derechos adquiridos regladamente con arreglo a la normativa anterior, derechos que han pasado a formar parte del patrimonio de los interesados, a quienes ahora se impone, sin habilitación alguna para ello ni desde el punto de vista de la normativa de planeamiento ni de la restante normativa de aplicación, la obligación de renunciar a licencias legalmente adquiridas para poder solicitar y obtener una nueva, cuando existen otros mecanismos urbanísticos para conseguir limitar o reducir el exceso de establecimientos de que se trata en el distrito de Ciutat Vella.

No menos grave es la situación en que se deja a quienes no sean titulares de una anterior licencia en la zona quienes, mediante el establecimiento de tal condicionado de renuncia para la obtención de una nueva licencia, se ven simplemente excluidos de su reglado derecho de solicitarla y obtenerla, salvo acudiendo a un mercado de venta o renuncia a su favor por parte de otras personas que sean efectivamente titulares de licencias en la zona. Por lo que tales condiciones deberán ser anuladas, estimándose así en parte el recurso interpuesto.(...)”

La citada sentencia del Alto Tribunal, de 17 de diciembre de 2015 desestima el motivo casacional invocado por el Ayuntamiento de Barcelona, al amparo del apartado c) del art. 88.1 LJCA, al considerar éste infringidos los arts. 33.1, 33.2 y 65 de la LJCA, resultando incoherente la sentencia impugnada en tanto que fundamentaba su fallo en el art. 180.1 del Decret 1/2005, de 26 de julio, (hoy, art. 188.1 del DLeg. 1/2010) que no habría sido objeto de controversia entre partes.

TERCERO.- Los preceptos del Plan Especial de autos concretamente impugnados son los siguientes:

"SECCIÓ 3a. REGULACIÓ DE LES CONDICIONS D'IMPLANTACIÓ I D'EMPLAÇAMENT DE LES ACTIVITATS SEGONS LES ZONES ESPECIFIQUES

Article 14. Condicions per la implantació de determinades activitats.

S'estableixen les següents condicions per la implantació de determinades activitats a les diferents zones específiques (ZE) establertes en aquest Pla d'usos:

(...) 3. Condició de baixa de llicència en la pròpia zona específica o en les zones ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8 (condició 3).

a. Els nous locals s'admetran sempre i quan s'aporti la baixa d'una o més llicències del mateix titular respecte d'activitat o activitats dels epígrafs especificats individualment en l'article 15 que es desenvolupa/en a la pròpia zona específica o bé en les zones ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8.

b. En les zones específiques ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8 només s'admetran baixes d'establiments de la pròpia zona.

c. L'equivalència en metres quadrats de superfície destinada al públic entre el nou local i el que és objecte de la baixa serà com a màxim de 1'3 a 1, o bé de 1'5 a 1 si el local prové de les zones ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8. En les operacions internes d'altres i baixes produïdes en cadascuna de les zones ZE-2C, ZE-4, ZE-7 o ZE-8 només els serà d'aplicació una equivalència de 1'2 a 1. La regulació complementària d'aquesta condició s'estableix a la Secció 5a del Capítol IV de la present normativa.

d. Per al compliment d'aquesta condició no s'admetran les baixes d'activitats complementàries que s'ubiquin dins dels equipaments, dins dels establiments culturals, docents, esportius i d'exhibició i dins dels recintes hotelers, segons l'article 7, atès que la seva implantació no està sotmesa a les condicions d'emplaçament.

e. A aquests efectes no s'admetran les baixes d'activitats dels establiments que es trobin en la ZE-10 i en zones (ZE) o àrees de tractament específic (ATE) que hagin estat alliberats de la condició de baixa en el moment de formalitzar la seva implantació durant la vigència del present Pla especial.

f. La baixa a que es refereix la condició 3 es centra en la llicència, o de forma més àmplia en l'habilitació municipal, que és el document que autoritza a desenvolupar l'activitat i que el districte té comptabilitzat com a vigent.

4. Condició de baixa de llicència en l'àmbit complet del districte de Ciutat Vella (condició 4).

a. Els nous locals s'admetran sempre i quan s'aporti baixa d'una o més llicències del mateix titular, respecte d'activitat o activitats dels epígrafs especificats individualment en l'article 15, que es desenvolupa/en en l'àmbit territorial del districte de Ciutat Vella, sigui quina sigui la zona específica en que s'ubiquen.

b. L'equivalència en metres quadrats de superfície destinada al públic entre el nou local i el que és objecte de la baixa serà com a màxim de 1'5 a 1 si la baixa es produeix a les zones específiques ZE-2B, ZE-4, ZE-7 o ZE-8 i de 1'3 a 1 en la resta de zones. La regulació complementària d'aquesta condició s'estableix a la Secció 5a del Capítol IV de la present normativa.

c. Per al compliment d'aquesta condició no s'admetran les baixes d'activitats complementàries que s'ubiquin dins dels equipaments, dins dels establiments culturals, docents, esportius i d'exhibició i dins dels recintes hotelers, segons l'article 7, atès que la seva implantació no està sotmesa a les condicions d'emplaçament.

d. A aquests efectes no s'admetran les baixes d'activitats dels establiments que es trobin en zones (ZE) o àrees de tractament específic (ATE) que hagin estat alliberats de la condició de baixa en el moment de formalitzar la seva implantació durant la vigència del present Pla especial.

e. La baixa a que es refereix la condició 4 es centra en la llicència, o de forma més àmplia en l'habilitació municipal, que és el document que autoritza a desenvolupar l'activitat i que el districte té comptabilitzat com a vigent.

(...) 7. Condició de baixa de llicència actual equivalent en nombre de places d'ús hotel·ler.

a. Els nous establiments s'admetran sempre i quan s'aporti baixa d'una o més llicències del mateix titular respecte d'activitat o activitats hoteleres dels epígrafs H.0.1, H.1, H.2, P i AT.1, que es desenvolupa/en en l'àmbit territorial del districte de Ciutat Vella. La regulació detallada d'aquesta condició s'estableix a la Secció 5a del Capítol IV de la present normativa.

b. A aquests efectes no s'admetran les baixes d'activitats dels establiments que es trobin en zones (ZE) o àrees de tractament específic (ATE) que hagin estat alliberats de la condició de baixa en el moment de formalitzar la seva implantació durant la vigència del present Pla especial.

c. Aquesta condició de baixa té dues modalitats:

- Condició 7a. La llicència o llicències que es donin de baixa poden estar situades en qualsevol de les ZE del districte.
- Condició 7b. La llicència o llicències que es donin de baixa han d'estar situades en la mateixa ZE on es situa el nou establiment.

8. Admissió de remodelació amb ampliació d'ús hotel·ler amb baixa de llicència actual equivalent en nombre de places d'ús hotel·ler (condició 8).

a. S'admet la remodelació d'ús hotel·ler amb augment de superfície als establiments dels epígrafs H.1, H.2 i P.1.1 per tal de millorar-ne les condicions de prestació del servei. La remodelació i ampliació pot suposar l'increment de places hoteleres sempre que s'efectuï la baixa d'una o varies llicències del mateix titular dels epígrafs H.0.1, H.1, H.2, P i AT.1 amb nombre de places hoteleres iguals o superiors a l'increment projectat. La regulació detallada d'aquesta condició s'estableix a la Secció 5a del Capítol IV de la present normativa.

b. A aquests efectes no s'admetran les baixes d'activitats dels establiments que es trobin en zones (ZE) o àrees de tractament específic (ATE) que hagin estat alliberats de la condició de baixa en el moment de formalitzar la seva implantació durant la vigència del present Pla especial.

SECCIÓ 5a. CONDICIONANTS PER A LA RENOVACIÓ DE LES ACTIVITATS A CIUTAT VELLA.

(...) Article 20. Condicions que s'hauran de complir per a la nova implantació i/o modificació dels establiments dels epígrafs H.1, H.2 i P.1.1.

El present Pla d'usos estableix tres modalitats:

(...) c. Condicionants per a la nova instal·lació d'establiments:

(...) 2. Quan així es determini en els condicionants d'emplaçament de l'article 15 el nombre de places hoteleres de la nova activitat s'hauran de compensar amb la baixa d'una o varies llicències existents, indistintament d'algun dels epígrafs H, P i AT.1. La llicència existent objecte de la baixa haurà de contenir un nombre igual o superior de places al del nou establiment projectat; la diferència de places, si existís, no dona lloc a compensació de cap mena."

CUARTO.- Como pone de relieve la actora en su escrito de demanda, ciertamente la regulación aquí cuestionada viene a ser trasunto, prácticamente literal, de la que mereció declaración judicial de nulidad en nuestra anterior sentencia recaída en el recurso nº 380/2010, a los

razonamientos de cuyo fundamento jurídico séptimo hemos, de entrada, de remitirnos.

Se aduce por el Ayuntamiento recurrido que se ha prescindido del término renuncia, para acuñar el de baja, se entiende de otras licencias o títulos habilitantes de actividades de los mismos epígrafes de aquélla para la que se insta titulación para nuevo establecimiento, o remodelación con ampliación o incremento de plazas. Así como que este último término se hallaría desprovisto del componente subjetivo del que lo precedió en la ordenación discutida, con su implicación de incidencia en derechos adquiridos en tanto que merecedores de título administrativo por su cumplido ajuste a la ordenación urbanística vigente al tiempo de la solicitud, dado aquél, por ello, en el ejercicio de una potestad escrupulosamente reglada.

Sobre este último extremo pocas dudas puede haber, en la medida en que la licencia urbanística constituye ejemplo por antonomasia de acto reglado, debido, en tanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación de rigor (SSTS de 19 de enero de 1987, 22 de septiembre, 16 de octubre y 13 de noviembre de 1989, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, u 8 de julio y 22 de septiembre de 1991). Habiendo igualmente la STS de 26 de octubre de 1989 declarado que:

"La concesión o denegación de una licencia de actividad es un acto reglado, tanto en su contenido como en su otorgamiento, lo que requiere un examen previo de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso concreto, su valoración y posterior determinación de conformidad con el ordenamiento jurídico, para, en el primer caso, concederla imperativamente y en el segundo, denegarla"

Decíamos que el Ayuntamiento recurrido defiende que el término empleado, desprovisto de lo que entiende componente subjetivo con indebido impacto en títulos habilitantes ya concedidos, al modo reglado dicho, que sí se daría en el de "renuncia", apunta a un parámetro urbanístico objetivo, de densidad, que en la regulación del uso correspondiente, vía planeamiento urbanístico especial, a la Corporación le es dado, conforme a su específico régimen (art. 67 de la Carta Municipal de Barcelona), establecer.

Frente a cuyas consideraciones, y sin desconocer, como ya hacíamos en nuestra anterior sentencia, que el objetivo de contener el uso hotelero en un distrito municipal saturado de él, hasta el punto de peligrar el equilibrio entre los distintos usos urbanísticos en un modelo de ciudad sostenible y armónico, necesitado de aquél, se revela, a falta de cualquier prueba en contrario, plenamente razonable y capaz de apoyar una ordenación urbanística enderezada a su consecución, no podemos dejar de hacer notar que, con la regulación traída a enjuiciamiento de esta Sala se trata, en verdad, de reproducir o resucitar la ya declarada nula, a base de mezclar indebidamente de nuevo la ordenación de parámetros urbanísticos tales como distancia entre establecimientos, calificación urbanística, ocupación de parcela, altura, intensidad edificatoria, y otros, a que el Ayuntamiento de hecho alude en su propio escrito de contestación, estimando su juego, sin acreditación mayor, insuficiente a los fines ordenadores pretendidos, con la imposición, de querer accederse a la titulación de actividad conforme a planeamiento, de la mal llamada baja de licencias, o títulos habilitantes, del mismo titular, además, excluyéndose del acceso a la titulación de la actividad a quien no lo sea previamente en el ámbito de que se trate, empujando a éste a un mercado paralelo y artificioso de licencias o títulos, referidas a la misma actividad, al menos, equivalentes a la nueva pretendida, o a la existente a ampliar, ya sea por referencia a la magnitud de superficie, ya a la de plazas hoteleras.

Hablamos de una mal llamada baja en la medida en que si el término renuncia, en las condiciones en que se disciplinaba para habilitar el acceso a nuevos títulos de actividad, era ya ilegal, por las razones que apuntábamos en nuestra anterior sentencia, el de baja merece, si cabe, mayor reproche de ilegalidad. En primer lugar, por su vulgaridad, en el sentido de no hallarnos ante concepto normativo alguno, viniendo en suma el planificador a combinar indebidamente condiciones de emplazamiento y parámetros reguladores de la actividad (Capítulo IV, en que se encuadran los preceptos discutidos) con una forzada claudicación sobrevenida de títulos otorgados conforme a la ordenación vigente a la fecha en que fueron solicitados. Nos hallamos así ante un concepto jurídico no indeterminado, sino directamente inescrutable, pues no se vislumbra si se está haciendo referencia a la pérdida de efectos por incumplimiento de condiciones, a la revocación por desaparición sobrevenida de circunstancias que motivaron el otorgamiento,

o por la aparición de otras que hubieren justificado la denegación, o por la adopción de nuevos criterios de apreciación, o aun a la anulación (art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). En suma, aquella baja viene a erigirse en una causa de pérdida sobrevenida de efectos de licencia otorgada, sin reconducirse a ninguno de los supuestos normativos en que aquélla puede tener lugar, a que alude igualmente el art. 88 del Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels Ens Locals, a propósito de la revocación y anulación de licencias, necesitada, por cierto, de procedimiento en cuyo seno se declare aquélla. Y revocación que, de obedecer, lo que aquí no resultaría excéntrico defender, a la adopción de nuevos criterios de apreciación, podría dar lugar a resarcimiento, que, raudo, el art. 20.c.2 aquí impugnado, en su último inciso, viene a vedar, y que aquí, por exceder el ámbito del presente enjuiciamiento, por referencia a las pretensiones y argumentos de las partes contendientes, no se prejuzga.

Insistimos, la indebida mezcla de parámetros real y estrictamente urbanísticos, tales como altura, índice de edificabilidad, ocupación de parcela, distancias, anchura mínima de vial, y aun la entera calificación urbanística, algunos de ellos, por lo demás, ya abordados en el Plan de autos, y en el mismo art. 14, incluso el llamado por la recurrida de densidad, como condición 2ª, desligada de la baja de licencias o títulos, con que ordenar un uso que al planificador le cabe encauzar en defensa de objetivos de desarrollo urbano equilibrado que a aquél le cabe, y debe, tutelar, con el régimen de licencias o títulos otorgados en el ámbito ordenado, vulnerando, además, éste, y el carácter reglado del otorgamiento de los títulos, tanto de aquéllos que fueron concedidos en el pasado, y cuya mal llamada baja, concepto cuya vulgaridad, generadora de manifiesta inseguridad jurídica, impide el control judicial de legalidad de la disposición impugnada, y, en el futuro, el de otorgamiento de nuevas licencias, como de los que hayan de ser, en su caso, otorgados bajo la vigencia de la MPE, es motivo de nulidad del régimen normativo aquí concretamente impugnado.

No sin dejar de notarse, a modo de cierre, que ni se entiende en qué medida, objetivable y motivada, o supuestos, le cabe a la recurrida dispensar las nuevas licencias concedidas de la condición de baja obligatoria (arts. 14.3.e), 14.4.d), 14.7.b) o 14.8.b) MPE), ni a qué sirve tal previsión, a no ser a convertir el mercado de licencias creado en más endogámico, si cabe, proyectando sobre las licencias precedentes al régimen de la MPE una

suerte de régimen claudicante, no comprensible, máxime cuando no se habla, en modo alguno, de títulos disconformes con los nuevos parámetros reguladores y condiciones de emplazamiento del Capítulo IV de la MPE.

En fin, tampoco escapa a este Tribunal que el juicio de ilegalidad que conducirá al fallo de la presente bien pudiera haberse proyectado, no necesariamente con ánimo de exhaustividad, por evidente conexión, sobre los arts. 14.9 ("Baixa de llicència d'habitatges d'ús turístic en edificis no exclusius") o 20.b.5 MPE ("Condicionants per a la renovació d'establiments existents amb augment de places hoteleres, amb o sense augment de superfície útil: (...) 5. Quan així es determini en els condicionants d'emplaçament de l'article 15 l'increment del nombre de places hoteleres de l'activitat comportarà necessàriament la baixa d'una o varies llicències existents, indistintament d'algun dels epígrafs H, P i AT.1. La llicència existent objecte de la baixa haurà de contenir un nombre igual o superior de places a l'ampliació projectada. La diferència de places, si existís, no dóna lloc a compensació de cap mena."), sin que haya lugar, a falta de uso del mecanismo procesal del art. 33.3 LJCA, a pronunciamiento alguno al respecto, vistos los estrictos términos del presente debate procesal, y el literal suplico del escrito de demanda de la actora.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede la condena de la recurrida en las costas de esta instancia, con el límite de 2500 euros, más el IVA que corresponda, por el concepto de dirección letrada de la adversa.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera, ha decidido:

Primero. Estimar el recurso contencioso administrativo deducido por la representación de "Josel, S.L." contra Acuerdo del Plenario del Consell

Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 24 de julio de 2013, por el que se aprueba definitivamente, de conformidad con el art. 68 de la Carta Municipal de Barcelona, la Modificación del Pla Especial de concurrència pública, hoteleria i altres activitats a Ciutat Vella, de iniciativa municipal, con las modificaciones a que hace referencia el informe de la Direcció de Planejament, y resolver las alegaciones presentadas en el trámite de información pública de la aprobación inicial de conformidad con el informe de la citada Direcció, de valoración de las alegaciones; informes, ambos, que constan en el expediente y efectos de valoración se incorporan al acuerdo, disposición que declaramos nula de pleno derecho en cuanto a sus arts. 14, apartados 3º, 4º, 7º y 8º, y 20.c.2.

Segundo. Condenar al Ayuntamiento recurrido en las costas de la presente instancia, con el límite indicado.

Firme que sea la presente sentencia, a los efectos del artículo 107.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, publíquese por la Administración recurrida la parte dispositiva de la misma en el mismo Diario Oficial en que se publicó la aprobación definitiva de la figura de planeamiento sobre la que recae pronunciamiento parcial de nulidad. Cúrsese el correspondiente oficio a la Administración recurrida 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.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación, conforme a los arts. 86 y ss. LJCA.

Así por esta nuestra sentencia, que será notificada a las partes, llevándose testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.