

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 668/2016

SENTENCIA NUMERO 43/2018

ILMOS./A. SRES./A.
PRESIDENTE:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

MAGISTRADO/A:
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA
DOÑA MARÍA DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintinueve de enero de dos mil dieciocho.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso registrado con el número 668/2016 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en Sesión de 30 de junio de 2016, por el que se decidió aprobar definitivamente la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante el establecimiento de una nueva zonificación y la introducción de los oportunos cambios en su regulación, sobre todo, en el Capítulo I de sus Normas Urbanísticas, conforme al texto elaborado por el Área de Planificación Urbana, como resultado de la aceptación parcial de las alegaciones presentadas sobre el proyecto aprobado inicialmente, publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 137, de 19 de julio de 2016.

Son partes en dicho recurso:

-Demandante: Autoridad Vasca de la Competencia, Organismo Autónomo de Gobierno Vasco, representado por el procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo y dirigido por el letrado don Pablo Figueroa Regueiro.

-Demandado: Ayuntamiento de Bilbao, representado y dirigido por Letrado Municipal.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Ángel Ruiz Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de octubre de 2016 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, actuando en nombre y representación de la Autoridad Vasca de la Competencia, Organismo Autónomo de Gobierno Vasco, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en Sesión de 30 de junio de 2016, por el que se decidió aprobar definitivamente la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante el establecimiento de una nueva zonificación y la introducción de los oportunos cambios en su regulación, sobre todo, en el Capítulo I de sus Normas Urbanísticas, conforme al texto elaborado por el Área de Planificación Urbana, como resultado de la aceptación parcial de las alegaciones presentadas sobre el proyecto aprobado inicialmente, publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 137, de 19 de julio de 2016; quedando registrado dicho recurso con el número 668/2016.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que declare no ser conforme a Derecho y anule el Acuerdo de 30 de junio de 2016 adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, condenado a la Administración demandada en costas.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso presentado, declarando la corrección y conformidad a Derecho del acuerdo municipal impugnado, con imposición de costas a la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 20 de febrero de 2017 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- El procedimiento no se recibió a prueba en base a los razonamientos que obran en al Auto de fecha 24 de febrero de 2017.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 16/01/18 se señaló el pasado día 23/01/18 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

La Autoridad Vasca de la Competencia, organismo autónomo del Gobierno Vasco, recurre el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en Sesión de 30 de junio de 2016, por el que se decidió aprobar definitivamente la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante el establecimiento de una nueva zonificación y la introducción de los oportunos cambios en su regulación, sobre todo, en el Capítulo I de sus Normas Urbanísticas, conforme al texto elaborado por el Área de Planificación Urbana, como resultado de la aceptación parcial de las alegaciones presentadas sobre el proyecto aprobado inicialmente.

El acuerdo plenario recurrido se publicó en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 137, de 19 de julio de 2016.

SEGUNDO.- Contenido normativo, sobre el que se debate, del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo.

Como cabecera de lo que se ha de exponer, obligado punto de partida es tener presente el contenido, en lo necesario, de la normativa del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 137, de 19 de julio de 2016.

<< Artículo 23.-Uso comercial y de servicios terciarios.

1. Este uso comprende los tipos de actividad que se enumeran a continuación, junto con su correspondiente identificación o ejemplos orientativos:

A. Establecimientos de pública concurrencia, sujetos a un sistema de autorización por zonas, conforme a la siguiente clasificación:

a) establecimientos de hostelería, son todos los comprendidos en la Ordenanza municipal correspondiente;

b) entidades de crédito y agencias de seguros;

c) actividades de juego o recreativas; y

d) comercios de alimentación en régimen de autoservicio; .

(.).

B. Establecimientos restantes, no sujetos a un sistema de autorización por zonas:

a) comercios en general, no incluidos en el apartado A, tales como los del sector textil, artículos de piel, complementos, etc.

b) comercios de alimentación en régimen de atención personalizada;

c) uso de servicios, tales como sastrerías, estudios de fotografía, mecánicos dentistas, masajistas, peluquerías, etc.

d) pequeñas actividades artesanales;

e) academias y análogos;

f) talleres y pequeñas industrias; y

g) aparcamientos y trasteros.

2. A fin de proteger el entorno urbano y el medio ambiente, los usos comprendidos en el apartado A están sujetos al régimen de autorización previsto en los artículos 24 al 28, para las distintas zonas en que conforme a su respectivo grado de densificación, se divide el ámbito del PER, según se detallan en el artículo siguiente (.).

3. Los usos incluidos en el apartado B quedan regulados en los artículos 29 al 33.

Artículo 24.-División por zonas para la implantación de usos de pública concurrencia. Reglas generales.

1. El Plan delimita un total de cinco zonas (plano Anexo 16), más cuatro (4) espacios singulares dentro de ellas, atendiendo a las diferentes realidades urbanísticas (estructura urbana y tipología de los edificios) y a las distintas mezcla y densidad de usos (residencia y establecimientos de pública concurrencia) que convergen en su ámbito de aplicación. Las áreas en cuestión, junto con sus respectivas denominaciones, son las siguientes:

A. Zonas:

- zona 1, Catedral;
- zona 2, Ribera;
- zona 3, Somera-Iturribide;
- zona 4, Esperanza-Sendeja; y
- zona 5, superficie restante.

B. Espacios singulares:

- Plaza Nueva y su entorno (zona 1-a);

- Plaza Unamuno (zona 3-a); y.
- Muelle Marzana (zona 5-a).
- La Naja (zona 5-b).

2. Además, dentro de la zona, 1 se identifican unos corredores comerciales, con la delimitación que se refleja gráficamente en el plano del Anexo 16 que se corresponden con los ejes o calles que han mantenido el modelo de implantación de usos y actividades que el PER pretende preservar, en coherencia con los objetivos planteados desde su primera redacción:

- corredor comercial 1, eje Correo-Tendería;
- corredor comercial 2, eje Bidebarrieta-Carnicería Vieja;
- corredor comercial 3, eje Askao-Artekale;
- corredor comercial 4, eje Ribera.

3. Esta división territorial queda reflejada en el plano del Anexo 16, junto a sus correspondientes cuadros y cálculos explicativos. El ámbito del espacio singular La Naja (zona 5-b), se corresponde con el de la antigua estación ferroviaria, en los términos en que fue transmitida por la Administración estatal.

Artículo 25.-Uso de hostelería. Reglas generales.

1. La implantación de nuevos establecimientos hosteleros, así como, en su caso, la ampliación de los existentes, se regirá por lo dispuesto en el presente artículo y siguientes, y sólo de forma supletoria por la Ordenanza Local sobre Establecimientos de Hostelería (OLEH).

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4, para poder instalar o ampliar establecimientos de hostelería del Grupo II de la Ordenanza en los distintos ámbitos enunciados en el artículo 24, deberá cumplirse el requisito de la **distancia mínima** respecto de otro, del mismo Grupo, ya instalado dentro del perímetro del PER, conforme al régimen establecido en el artículo siguiente.

3. En las zonas que se consideran densificadas por existir un exceso de este tipo de actividades, **no podrán instalarse nuevas ni tampoco ampliar las existentes**.

4. Los establecimientos incluidos en los Grupos I (degustaciones, heladerías, etc. y otros locales sin venta ni consumición de bebidas alcohólicas) y C o Complementario de la OLEH, al igual que los de los Subgrupos II-R y II-T, no están sujetos al requisito de las distancias mínimas

ni a las limitaciones de las zonas densificadas. Sin embargo, los del Subgrupo II-D quedan sometidos al régimen general de los precedentes apartados 2 y 3.

5. Los accesos a los locales de hostelería de cualquier grupo sólo podrán dar frente a viales de al menos 5 metros de anchura. Las anchuras de los viales quedan reflejadas en el plano que figura en el Anexo 17.

6. La instalación de terrazas y veladores vinculados a estos establecimientos se sujetarán a los criterios recogidos en el Anexo 19.

Artículo 26.- Régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros.

1. Las distancias mínimas a que se refiere el artículo 25.2 quedan fijadas de la forma siguiente:

- a) en las zonas 1 y 5 será de 25 metros;
- b) en las zonas 2, 3 y 4 y en los espacios singulares 1-a (Plaza Nueva) y 3-a (Plaza Unamuno), no se admiten nuevas actividades, dada su densificación (artículo 25.3);
- c) en los cuatro corredores comerciales, será de 40 metros; y
- d) en los espacios singulares 5-a (Muelle Marzana) y 5-b (La Naja) se estará a lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo.

2. El cálculo de la distancia mínima se efectuará de forma radial, conforme se establece en el artículo 8 de la OLEH, si bien sólo afectará al vial público (calle, plaza, .) a que dé frente la fachada con acceso del local, así como al perpendicular a aquél, y únicamente tendrá efectos dentro del ámbito (zona, espacio singular o corredor comercial) en que se ubica el establecimiento sin incidir en los respectivos ámbitos colindantes, según queda reflejado en los gráficos explicativos del Anexo 18.

3. En los locales con fachada de acceso al muelle, situados en el espacio singular 5-a (Muelle de Marzana), se admite un número máximo de 10 establecimientos del Grupo II, comprendidos los ya existentes tanto de este Grupo, como del III, y en el espacio singular 5-b (La Naja) sólo se admite uno del Grupo II. En ambos supuestos, regirá lo dispuesto en el artículo 25.4.

4. En cuanto a los establecimientos encuadrados en el Grupo III de la OLEH, quedan sometidos a la regulación de la misma y del Plan General. No obstante, la distancia mínima para instalar un establecimiento del Grupo II respecto de otro ya existente del III, sea cual sea el emplazamiento de éste, será la señalada en el apartado 1.

Artículo 27.-Reubicación de actividades hosteleras en las distintas zonas.

1. Se podrá autorizar que una actividad hostelera del Grupo II, ubicada en una zona que se halle densificada, pase a desarrollarse en otra que no lo esté, salvo en los corredores comerciales, y en el ámbito circundante a la Plaza Nueva, (señalado como 1-b en los planos del Anexo 16), conforme a los siguientes términos:

a) la reubicación nunca podrá suponer un aumento del número de licencias ni de establecimientos, por lo que las personas titulares de los permisos vigentes para ejercer estos usos de hostelería, dentro de la zona densificada, deberán renunciar a los mismos, y cesar en las actividades correspondientes, antes de acceder a las nuevas autorizaciones;

b) no se exigirá el cumplimiento del requisito de las distancias mínimas en el nuevo emplazamiento;

c) el nuevo local podrá tener, como máximo, una superficie útil de un veinte por ciento (20%) superior a la del antiguo; y

d) el número de nuevos locales en la zona no densificada no podrá superar el de uno (1) por cada tramo de calle.

2. Asimismo, se permitirá que una actividad de dicho Grupo, ubicada en alguna de las zonas densificadas (2, 3 y 4) se desarrolle en otro establecimiento hostelero, con licencia vigente, dentro de la misma zona, siempre que este cambio de emplazamiento tenga como resultado la supresión de una actividad de los Grupos II o III, o la conversión de una del III en una del II, así como de la correspondiente licencia o habilitación (CPA). Si el establecimiento que desaparece se encuadra en el Grupo III, no se exigirá el límite de superficie a que se refiere el apartado anterior.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será igualmente aplicable a los casos en que sea aplicable el sistema de comunicación previa (CPA).

Artículo 28.-Usos comerciales.

1. Comprende las actividades de compraventa, reventa, permuta y/o exposición de mercancía al público -a pequeños usuarios en general-, englobando el almacenamiento de las mercancías destinadas a tal fin, y la propiedad o derecho a disponer de ellas, así como establecimientos de servicios. Las agencias de viaje y actividades análogas se asimilan a los usos comerciales.

2. La implantación de los usos enumerados en el artículo 23.1.A), sin perjuicio de lo ya indicado para la hostelería, queda sujeta al requisito de

distancias mínimas entre las actividades respectivas, tal y como se detalla a continuación:

a) Entre las **entidades tanto de crédito como de seguros**, la distancia mínima ordinaria será de 40 metros, salvo en los corredores comerciales que se ampliará a 50.

b) Entre las **actividades tanto de juego como recreativas**, será de 100 metros.

c) Entre los **comercios de alimentación en régimen de autoservicio**, será asimismo de 100 metros.

d) En los espacios singulares, y en los corredores comerciales no se contempla la instalación ni la ampliación de establecimientos dedicados a actividades recreativas o de juego ni a comercios de alimentación en régimen de autoservicio.

3. Las distancias mínimas entre los usos comerciales se calcularán, al igual que para las actividades hosteleras, conforme se establece en el artículo 26.2.

4. Se podrá autorizar que una entidad de crédito o de seguros se instale en un emplazamiento que no cumpla el requisito de la distancia mínima respecto a otra entidad de cualquiera de los citados tipos, siempre que se garantice que en el local de origen no se implante otra de ninguna de esas dos modalidades.

5. En cuanto al resto de actividades o usos no comprendidos en el apartado anterior, se establece lo siguiente:

a) Aparte de en los solares asignados al uso comercial señalados en la documentación del Plan, se autorizan estos usos en las plantas bajas y primeras de los edificios susceptibles de usos privatizados, y en los sótanos de los edificios a los que el Plan no hubiera asignado otro uso, como actividades complementarias de las desarrolladas en planta baja.

b) Los usos comerciales en planta primera deberán disponer de acceso independiente, que en el caso de actividades complementarias de las desarrolladas en planta baja, se producirá por comunicación directa entre ambas.

c) En las zonas verdes y espacios libres y viarios se autorizan estos usos con carácter provisional (ferias, mercadillos, etc.).

d) Se autoriza el uso de servicios en las plantas bajas y primeras de los edificios sobre solares aptos para usos privatizados.

e) Los comercios adosados a la Catedral frente a las calles Tendería-Correo, tendrán el carácter de usos tolerados durante un período de cuatro años, transcurridos los cuales se considerarán prohibidos procediéndose a su expropiación, si para entonces no han completado obras conjuntas de adecentamiento y reforma que garanticen la integridad constructiva y formal de las fachadas de la Catedral en las zonas afectadas por los mismos, así como una correcta integración.

Artículo 29 Uso de Oficinas.

1. Se incluyen en este uso las actividades abiertas al público o privadas en las que predomine el carácter de servicio profesional, administrativo o burocrático, con exclusión de entidades de crédito y compañías de seguros. [...] >>

TERCERO.- La demanda.

Interesa que se estime el recurso, para declarar no conforme a Derecho y anular el acuerdo recurrido.

I.- En su introducción, comienza dejando constancia del centro del debate desde el punto de vista de la Autoridad Vasca de la Competencia, en cuanto precisa que del acuerdo recurrido, aprobado por el Ayuntamiento de Bilbao, se derivan obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, para enlazar con la justificación para la interposición del recurso contencioso administrativo.

Anticipa que el acuerdo recurrido es contrario a las disposiciones sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de los arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como vulneración 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, la Directiva de Servicios, e igualmente contrario a los arts. 33 y 38 de la Constitución Española y art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Ello soportado en que en el Plan Especial recurrido establece restricciones contrarias a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, restricciones que afectan a los establecimientos de hostelería, de alimentación en autoservicio y de juego y recreativos, así como las entidades financieras y de seguro.

Anticipa que las restricciones aprobadas por el acuerdo recurrido responden a objetivos puramente sectoriales o económicos, como conseguir o mantener un determinado modelo de equilibrio comercial mediante el establecimiento de barreras para la implantación de determinadas actividades económicas, anticipando que no existe en la Memoria explicativa ningún análisis detallado respecto a la manera en que las restricciones aprobadas son necesarias y adecuadas para perseguir tales objetivos.

Recalca que las restricciones que se exponen, por separado y en conjunto, implican multiplicidad de efectos negativos y antijurídicos que la normativa referida persigue en impedir, destacando: en primer lugar, que se produce una contracción de la oferta al dificultarse el acceso al mercado de nuevos competidores o la expansión de los existentes; en segundo lugar, se confiere una posición privilegiada a los operadores ya instalados en el Casco Viejo de Bilbao, los llamados incumbentes; en tercer lugar, existe un riesgo cierto de generación de un mercado de licencias de segunda mano; en cuarto lugar se produce una afectación general en la economía y, en quinto lugar, las limitaciones que contiene el acuerdo constituyen limitaciones desproporcionadas en el derecho de propiedad de los propietarios de los locales.

Con consideraciones complementarias, destaca que el acuerdo recurrido, como el informe antecedente, guarda silencio sobre la infracción de las disposiciones de la Unión Europea y Estatal a las que nos hemos referido, para destacar que el informe que acompañó al acuerdo recurrido, en relación con las alegaciones de la Autoridad Vasca de la Competencia, se limitaba a reiterar los objetivos que el acuerdo decía perseguir, por ello urbanismo y protección del medio ambiente, aunque destaca que la mera invocación de tales objetivos no puede servir de justificación de cualquier restricción a las libertades de comercio, de establecimiento y de prestación de servicios.

Anticipa la Autoridad Vasca de la Competencia que no pretende que el Ayuntamiento de Bilbao renuncie a sus potestades en materia urbanística o medioambiental, aunque se dice son potestades que debe ejercitarse conforme a Derecho, por lo que se considera el acuerdo recurrido renuncia a ello.

Tras ello la demanda se centra en el ámbito del debate; respecto al contenido del acuerdo recurrido se detiene en las modificaciones incorporadas en el Plan Especial, contenidas en tres categorías de restricciones.

(i) En primer lugar, en relación con los establecimientos de hostelería, en cuanto el acuerdo introduce tres regímenes diferentes, en primer lugar en ciertas zonas se establece la total prohibición de apertura de tal tipo de establecimientos, en otro se limita las aperturas a un número determinado de licencias y, en el tercer grupo, se aumentan los metros de distancia mínimos entre locales de este tipo, insistiéndose en que lo es sin justificación, con remisión respectivamente a los arts. 25, 27 y 26.

(ii) En segundo lugar, se detiene en las modificaciones que prevén dos regímenes diferentes en relación con los establecimientos de alimentación en autoservicio y los establecimientos de juego y recreativos, para señalar que en un primer grupo de supuestos se establece una distancia mínima de 100 m. entre este tipo de locales, recalando también sin justificación alguna y, en segundo grupo de supuestos, en los que se establece la total prohibición de apertura de este tipo de establecimientos, con remisión respectivamente a los arts. 28.b) y 28.d).

(iii) En tercer lugar, en relación con las entidades financieras y de seguros, precisa que las modificaciones incorporan una distancia mínima de 50 m. entre dichas

entidades, sin justificación alguna, con remisión al art. 28.a). Tras ello la demanda se remite al contenido de la Memoria explicativa, para insistir en que abunda en argumentos de naturaleza puramente económica para justificar las restricciones aprobadas.

II.- Tras ello, para soportar la pretensión anulatoria que se ejercita, en la fundamentación jurídico material de la demanda, se incorporan argumentos varios, ya anticipados.

Alude a la violación de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios contenidas en los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a.- En el primer ámbito, destaca la incompatibilidad del acuerdo recurrido con las prohibiciones previstas en los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Se remite a su contenido, para enlazar con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Gebhard* [- es la del Pleno, sentencia de 30 Nov. 1995, Asunto C-55/1994, apartado 25 -] para insistir en lo que implican dichos preceptos del Tratado de Funcionamiento, además de precisar que el informe soporte del acuerdo municipal recurrido no niega que se haya producido restricción de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, señalando que se reconoce expresamente por el Ayuntamiento, por lo que se viene a justificar la decisión tomada por ser una medida de carácter urbanístico y medioambiental que inevitablemente incide en la libertad de comercio, defendiendo el Ayuntamiento que a ello no puede renunciar.

b. En segundo lugar destaca la imposibilidad de que las restricciones de los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento puedan ser justificadas por satisfacer supuestos objetivos de interés general.

Enlaza con las conclusiones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando reitera que las medidas nacionales que restringen las libertades contenidas en dichos artículos deben reunir una serie de requisitos para que sean considerados compatibles con tales disposiciones, remitiéndose nuevamente a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del asunto *Gebhard*, para resaltar que el Tribunal de Justicia ha reiterado que los objetivos de carácter meramente económicos no puede constituir razones imperiosas de interés general para justificar restricciones a las libertades de establecimiento y prestación de servicios, remitiéndose en este ámbito a la sentencia de 15 de abril de 2010, asunto C-96/08, así como a la sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00.

Se dice que estamos ante un supuesto en el que supuestamente se justifican objetivos nunca explicitados medioambientales y urbanísticos, de forma de protección del comercio textil frente a la supuesta competencia del sector hostelero, insistiendo en que se persiguen objetivos de naturaleza económica, esto es, protección de determinados comercios minoristas, ello en contravención de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de restricciones a la libertad de establecimiento y la libre

prestación de servicios.

Insiste en reiterar que la consecución de fines medioambientales no se indica, considerando no dudoso que se haya adoptado una medida adecuada para tal fin.

Añade que los sectores de hostelería y textil no compiten directamente entre sí, porque de haber perdido demanda la distribución al pormenor del producto textil y del calzado, presumiblemente lo ha sido frente a otros establecimientos de distribución. Además de insistir en que no se indica la vinculación de la apertura de un determinado tipo de establecimiento, así, bancario, de seguros o alimentación de autoservicio, y el impacto sobre el medio ambiente o la calidad del entorno urbano.

En este ámbito también se insiste en que el Ayuntamiento guardó silencio sobre la existencia de medidas menos restrictivas a las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

c.- En tercer lugar, razona sobre la vulneración de la Directiva de Servicios.

Se remite a lo que persigue, destacando que según ella los Estados miembros solo pueden supeditar el acceso y el ejercicio de una actividad de servicios a un régimen de autorización cuando no sea el régimen discriminatorio, la autorización esté justificada por razón imperiosa y de interés general, y cuando el objetivo que persiga la autorización no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, enlazando con los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y remitiéndose a la STS de 3 de septiembre de 2015, recurso de casación 3408/2014, y la de 3 de septiembre de 2015, recurso de casación 3687/2014, ello en relación con la adecuación a la Directiva de Servicios del Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y equipamientos comerciales del País Vasco, aprobado por Decreto 262/2004, respecto a las dimensiones máximas de cada equipamiento comercial, dependiendo del municipio en el que estaba establecido, retomando de la primera de las sentencias, de sus FJ 3º, el siguiente razonamiento:

<< [...] las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscritas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, mientras que el Plan Territorial Sectorial, que el Consejo del Gobierno Vasco ha considerado que no precisa de acomodación a la Directiva de servicios 2006/123/CE, acude a criterios económicos para imponer las limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales, y así, en su capítulo 7, fija como objetivo de esas limitaciones superficiales un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos

comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales, ambos, evidentemente, de naturaleza económica, por lo que dicho Plan Territorial Sectorial ha utilizado criterios económicos para limitar las dimensiones de las superficies comerciales a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone. [...] >>.

d.- En cuarto lugar desarrolla lo que considera violación de las disposiciones sobre libertad de empresa y libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio contenidas en la Constitución y en la Ley de libre acceso a las actividades de servicios.

Ello con remisión a los arts. 33 y 38 de la Constitución y arts. 5, 10 y 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio, enlazando con el art. 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, por lo que destaca que se violan tales disposiciones de derecho nacional, porque se restringe y somete a licencia previa la apertura de cierto tipo de establecimientos y entidades, fundamenta las restricciones únicamente sobre un criterio económico, existiendo una motivación insuficiente en cuanto a la justificación por razones de interés general, remitiéndose a pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Hace cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de septiembre de 2013, recurso 174/2011, en relación con el Plan Especial de equipamientos comerciales y alimentarios de Barcelona.

En el ámbito del País Vasco nuevamente se remite a la STS de 3 de septiembre de 2015, recurso 3408/2014 a la que antes nos referíamos.

También tiene presente la STC de 21 de noviembre de 2013, recurso 5491/2012, y es a su FJ 7º, en relación con la modificación del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales de Cataluña, por el art. 114 de la Ley 9/2011.

Se remite a la STC de 22 de septiembre de 2016, recurso 5272/2015, en relación con Modificación del citado Decreto Ley 1/2009 de Cataluña por el Decreto Ley 7/2014.

Trae a colación la STC de 8 de octubre de 2015, recurso 1133/2014, en relación con la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, que establecía un régimen de autorizaciones administrativas previas para plazas de alojamiento turístico en Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife.

Con ello se ratifica la vulneración de los arts. 33 y 38 de la Constitución y arts. 11, 10 y 5 de la Ley de libre acceso a las actividades de servicios, y el art. 6 de la Ley de ordenación del comercio minorista.

e.- Con ese punto de partida la demanda pasa a recalcar los obstáculos

derivados del acuerdo recurrido en cuanto al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, conforme a los arts. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y art. 3.4 de la Ley de Autoridad Vasca de la Competencia.

Insiste en que incide en el acuerdo plenario recurrido del Ayuntamiento de Bilbao en cuanto a las limitaciones a la apertura de establecimientos de hostelería, de alimentación en autoservicio y establecimientos de juego y recreativos y entidades financieras y de seguro.

Limitaciones que va a recalcar tiene numerosos efectos sobre la competencia, que se califican de indeseados, así:

- (i) Se produce una contracción en la oferta.
- (ii) Se confiere una posición privilegiada de los operadores incumbentes, con riesgo de colusión entre los mismos.
- (iii) Existe riesgo cierto de generación de un mercado de licencias de segunda mano.
- (iv) Por producirse una afectación general en la economía y, en quinto lugar, y como se dice, independientemente del principio de libertad de empresa, al subrayar que las limitaciones como las referidas generan serias implicaciones en los propietarios de los locales y en las posibilidades de uso que pueden ofrecer a los mismos.

La demanda acaba ratificando, a modo de conclusión, que las restricciones que impone el acuerdo plenario recurrido persiguen objetivos de naturaleza económica, y por ello en contravención con la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de restricciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicio; asimismo, se dice que son restricciones desproporcionadas por inadecuadas para la consecución de los fines que se dice perseguir, con remisión a lo que recoge el Ayuntamiento cuando alude a “entorno e imagen urbana (además del medio ambiente)”; por último, por ser restricciones desproporcionadas por innecesarias, por existir medios menos restrictivos de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios.

CUARTO.- Contestación del Ayuntamiento de Bilbao.

Interesa la desestimación del recurso y confirmación del acuerdo plenario recurrido.

La Administración se remite a los antecedentes y justificación del acuerdo plenario recurrido, enlazando con las peculiaridades del Casco Viejo de Bilbao, vinculado a la rehabilitación del mismo, para destacar lo que al respecto recogió la Memoria en cuanto a que el favorecimiento del constante proceso rehabilitador requeriría de un esfuerzo por actualizar la regulación urbanística de los establecimientos de hostelería y su vinculación con la ocupación del espacio público, así como de otros usos que puedan

poner en cuestión la evolución sostenible y equilibrada de la combinación de usos y actividades en orden a preservar los valores comerciales, culturales y residenciales del Casco Viejo, que han de caracterizar la calidad del entorno urbano protegido por el PER vigente.

Destaca que la Modificación se centró en la regulación de los usos que tenían un mayor efecto sobre la calidad del entorno urbano y del medio ambiente, para concluir en normas que limitan el establecimiento de determinados usos en base a distancia, y así, como ya refería la demanda, en cuanto a los establecimientos de hostelería, de alimentación en régimen de autoservicio, de juego y recreativos y entidades financieras y de seguro.

Se remite a que se produjo comunicación oficial a la Comisión Europea en cumplimiento de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 17/2009, con remisión al informe que se acompañó, resaltando que no constaba en el expediente que la Comisión Europea hubiera puesto traba o incompatibilidad a la Modificación propuesta en relación con los objetivos de la Directiva de Servicios 2006/123/CE.

También tiene presente las alegaciones presentadas, para destacar de ellas, como conclusión, que la Modificación del PER del Casco Viejo tenía apoyo de amplia representación vecinal personada en el expediente, así como aceptación sin reparos tanto de los actuales operadores de mercado implantados en el Casco Viejo como de los potenciales, porque ni unos ni otros habían rechazado la nueva regulación, con remisión a alegaciones de 600 personas físicas residentes en el Casco Viejo y de sus asociaciones vecinales, alegaciones de la sección de Comerciantes del Casco Viejo así como del Banco Popular.

Precisa que la única alegación de las recibidas que se opuso frontalmente a la inclusión del requisito de distancias mínimas para los establecimientos referidos fue la alegación de la Autoridad Vasca de la Competencia, trasladando que se fundó en lo que ya ahora incorpora con la demanda.

I.- Se remite al contenido y alcance de la Modificación, a su modificación y legitimación, para dejar constancia como cuestión previa que en relación con el contenido del acuerdo plenario recurrido, el ámbito del recurso, estando a la demanda, se limita a las modificaciones incorporadas en los arts. 25 a 28, únicos en los que se regulan las distancias que deben respetarse para la apertura de determinados tipos de establecimientos, que es por lo que defiende se debe limitar el objeto del recurso.

II.- Tras tener presente el contenido de la modificación, defiende su motivación y legitimación.

Destaca que está soportada en la adecuada protección a los espacios que dentro del ámbito están calificados como singulares, así como la necesidad de adoptar medidas de protección del medio ambiente, el entorno urbano, seguridad pública y salud, como consecuencia de las afecciones que la evolución de usos había desvelado que podían derivarse para los residentes, así como para la conservación de los valores sociales y

culturales que configuran la idiosincrasia del Casco Viejo, origen de la villa de Bilbao, desde que fuera fundada en el año 1300.

También tiene presente que, por ello, por preservar los valores culturales, arquitectónicos, sociales, etc., el casco histórico de Bilbao fue declarado como bien cultural calificado con la categoría de conjunto monumental por Decreto del Gobierno Vasco 543/1995, de 29 de diciembre, publicado en el BOPV de 16 de enero de 1996, calificación que implicaba limitaciones y cargas para los vecinos y agentes de todo tipo que desarrollaban la actividad, que tenía la finalidad de proteger y defender su patrimonio cultural estando al art. 2 de la Ley 7/1990, de Patrimonio Cultural del País Vasco, y enlazado con la regulación recogida en el Decreto de calificación cultural, esto es, sobre la previsión de implantación de nuevos usos en edificaciones existentes, siempre que no pongan en peligro la conservación de sus valores históricos y arquitectónicos, para extraer conclusiones de toda la normativa legal de protección del patrimonio cultural, singularmente en relación con la Ley de Patrimonio Cultural del País Vasco, que va remitir a los instrumentos de planeamiento urbanístico la regulación de la protección adecuada a los fines perseguidos, destacando el contenido favorable del informe de la Dirección de Patrimonio Cultural obrante a los ff. 117 a 118 del expediente, para defender con ello que el régimen de usos puede tener importantes consecuencias para la adecuada conservación del patrimonio cultural en el área protegida del Casco Viejo.

En cuanto a la legitimidad de la decisión, destaca que la función más representativa del urbanismo según el art. 2 de la Ley 2/2006, de suelo y urbanismo, consiste en ordenar la utilización o uso del suelo, con remisión a los principios que se establecen en sus arts. 3 a 9, así destacando precisiones sobre el principio de desarrollo sostenible, el principio de subordinación al interés público y del principio de competencia, para detenerse en la regulación sobre los planes especiales.

En este ámbito ya se destaca por el Ayuntamiento que la regulación del uso hostelero recogida en el documento recurrido no pretende limitar su implantación para favorecer otro tipo de comercio minorista, destacando que lo relevante fueron los enormes perjuicios que la invasión del entorno del Casco Viejo por el uso hostelero estaba provocando en la convivencia vecinal, motivación que se dice está encuadrable en la protección más básica del interés público, con remisión a que así se expresó espontáneamente por los vecinos en la fase de alegaciones.

Rechaza que se esté procurando un determinado tipo de comercio minorista, porque ni se impide, ni se limita el establecimiento de cualquier tipo de negocio compatible con el principal, señalando que se está ante una Modificación que pretende con su ordenación que los usos aludidos para favorecer la mezcla con la que poder mantener el equilibrio adecuado al mantenimiento de las características particulares del centro histórico.

Destaca que no se contiene ninguna modificación, ni incidencia, ni limitación alguna sobre la cantidad de establecimientos que puede haber de cada uno de los usos regulados, no limitándose la oferta porque no se restringe la implantación de nuevos negocios ni se limita la entrada de nuevos operadores, para destacar que lo único que se

pretende con la regulación recurrida, de carácter estrictamente urbanístico, es salvaguardar el entorno del casco histórico, moderando la concentración del uso hostelero por ser fuente de perturbaciones a la salud y favoreciendo el mantenimiento de la mezcla o mixtura de usos, para que la zona mantenga las características comerciales que han perdurado en el tiempo, convirtiéndose en parte de su valor histórico, enlazando con el mantenimiento sostenido del esfuerzo rehabilitador, que depende de la permanencia del interés residencial y comercial.

III.- Tras ello pasa a razonar sobre la Modificación a la luz de la que se identifica como legislación sectorial aplicable.

Inicia con remisión al art. 33 de la Constitución, para señalar que su correcto entendimiento ha de ponerse en relación con la Ley 2/2006, de suelo y urbanismo, con su art. 18, así como la regulación hoy recogida en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, R.D. Leg. 7/2015, de 30 de octubre, con lo que se plasma en su art. 3, en relación con los objetivos en los que debe centrarse la autoridad urbanística.

(i) Sobre la legislación de medio ambiente y el sector hostelero, se hacen consideraciones en relación con la Ley 3/1998, de 26 de febrero, de protección general del medio ambiente del País Vasco, así como en relación con la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, destacando la regulación sobre la prevención y corrección de la contaminación acústica, como medida preventiva que está por delante de cualquier acción en dicho ámbito, enlazando con el mandato dirigido a los instrumentos de planificación territorial.

En este ámbito, incluso señala que la regulación basada en el establecimiento de distancias para la apertura de nuevos establecimientos de hostelería no es novedad, porque el régimen de distancias entre establecimientos de hostelería viene siendo desde hace mucho tiempo establecido en los municipios a través de las ordenanzas de hostelería, con remisión a la validación por sentencia de esta Sala 261/2013, de 8 de mayo, a que en su FJ 7º se razonó, con remisión al FJ 4º del Auto del Tribunal Constitucional recaído en la cuestión de inconstitucionalidad 6998/2011.

(ii) En cuanto a la legislación del juego, sobre los establecimientos de juego y recreativos, se remite a la Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, a su art. 50 sobre limitaciones sobre la actividad del juego, junto al establecimiento de medidas orientadas a limitar la disponibilidad de los juegos de azar, en relación con el objetivo plasmado en el art. 1 de dicha Ley.

En este ámbito enlaza con la regulación vigente en la Comunidad Autónoma, en la Ley 4/1991, de 8 de noviembre, que fue afectada por la Ley 7/2012, de adaptación de la Directiva 2006/123/CE y por el Decreto 120/2016, de 26 de julio, que aprobó el Reglamento general del juego en la Comunidad Autónoma de Euskadi, normativa que recoge medidas preventivas del juego patológico en base a lo previsto en el art. 50 de la Ley 1/2016, medidas de entre las que por su vinculación al asunto de autos se detiene en la regulación recogida en el art. 12 del Reglamento del juego en cuanto a distancias entre locales de juego, con remisión al Anexo I, donde se establece un límite de 210 el número

máximo de salones de juego en la Comunidad Autónoma, así como se establece una distancia entre los salones de juego igual o superior a 500 m. medida radialmente, y una distancia igual o superior a 150 m. medida radialmente con respecto a otros locales de juego de distinta naturaleza, exceptuando los casinos.

Ello para destacar que la normativa municipal inserta en el PER recurrido debe ceder en relación con la regulación del Reglamento del juego del Gobierno Vasco, que es la normativa autonómica, posterior a la aprobación definitiva del PER, y que se dice de carácter mucho más restrictivo.

III.- A continuación el Ayuntamiento razona sobre la improcedencia de la impugnación relativa a las condiciones de emplazamiento a la luz de la Directiva de Servicios y normativa de trasposición.

Ello tras razonar sobre la potestad normativa de las entidades locales y la necesidad de no incurrir en desviación de poder en relación con la finalidad de toda actividad administrativa, considerando que en ello se centra el objeto de controversia, en concreto, ver si la Modificación del PER está justificada en razones de interés general, y por ello poder superar las prohibiciones al establecimiento de límites a la libertad de establecimiento en relación con las pautas normativas que refiere la demanda. En este ámbito se señala que la demanda está huérfana de todo apoyo probatorio, porque se limita a manifestar consecuencias que bajo el particular punto de vista de la demandante pudiera conllevar el régimen de distancias establecido, lo que para el Ayuntamiento no dejarán de ser sino suposiciones sin prueba, que además se califica de imposible, así como cuando se afirma que para alcanzar los objetivos pretendidos por el Ayuntamiento existían otro tipo de medidas, sin que se indiquen cuáles.

En relación con los pronunciamientos jurisprudenciales que refiere la demanda, considerar el Ayuntamiento que no sirven al caso, porque o bien se trata de supuestos de discriminación por razones de carácter personal para el ejercicio de una actividad en otro Estado miembro distinto del de la nacionalidad, con remisión a la sentencia del caso Gebhard, C-55/94, o sobre el derecho a utilizar en un proceso penal una lengua distinta de la lengua principal del Estado en que se sustancia la causa, sentencia asunto C-274/96, o por el establecimiento de prohibiciones absolutas para la implantación de grandes establecimientos comerciales a fin de promover comercio minorista, con remisión a la sentencia del Tribunal de Justicia C-400/08.

También se dice que lo mismo ha de señalarse en relación con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que refiere la demanda, que enjuician la incompatibilidad de diversas leyes autonómicas de ordenación comercial, así, catalana y de establecimientos hosteleros de Canarias, por imponer limitaciones abstractas, genéricas y no encontrar fundamento en razones urbanísticas de interés general.

Se detiene en la STS de 3 de septiembre de 2015, recurso 3408/2014, que se dice determina la incompatibilidad con la Directiva de Servicios, causada porque tiene como única finalidad adoptar medidas de favorecimiento del pequeño comercio y repartir el territorio entre marcas comerciales.

Con ello se ratifica que son precedentes que no guardan relación con la ordenación del territorio que desde la Modificación del PER se ha llevado a cabo, que se insiste obedece a razones de interés general basadas en el urbanismo, medio ambiente, protección de la salud y protección del conjunto monumental.

Tras ello se detiene en la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-400/08, citado en la demanda, para concluir que una normativa nacional que establezca limitaciones en cuanto a ubicación y tamaño de grandes establecimientos comerciales puede resultar compatible con el derecho comunitario, en la medida en que supere el test de compatibilidad *Cassis de Dijon*, señalando que en aplicación de tal doctrina se hace cita de la STS de 14 de febrero de 2012, recurso de casación 1049/2009, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de las normas urbanísticas para imponer restricciones a determinados usos, siempre que estén suficientemente motivados. Destacando de dicha sentencia que la restricción absoluta puede producir una invasión de las competencias sectoriales de otro orden, la limitación parcial por razones jurídicas puede encontrar adecuado encaje en la potestad reglamentaria municipal.

También se remite a la STS 2259/2016, recaída en el recurso 2625/2015, en relación con Plan Especial del municipio de Sabadell, para retomar lo que razonó en su FJ 13º a modo de conclusión.

Tiene presente la sentencia de esta Sala recaída en el recurso 1041/2009, en relación con la Ordenanza Municipal reguladora de la ubicación de establecimientos públicos y actividades recreativas del Ayuntamiento de San Sebastián, sentencia 59/2011, de 27 de enero.

Destaca que todas las sentencias referidas entienden justificadas las distancias entre establecimientos similares a las que se prevén con la Modificación del PER objeto de autos.

Tras ello pasa a razonar sobre la Directiva de Servicios y la legislación derivada, la Ley 17/2009, para insistir en que en el presente caso la imposición de las distancias entre prestadores viene justificada por razones de protección del medio ambiente, protección de la salud, del entorno urbano del conjunto monumental y conservación del patrimonio histórico y artístico, que se consideran supuestos subsumibles dentro del concepto jurídico indeterminado razones imperiosas de interés general, para enlazar con la justificación normativa e insistiendo en que no hay límite en el PER recurrido para implantar los usos, únicamente se ordena su disposición en base a un régimen de distancias que permita conservar unos valores comerciales característicos del entorno, y así dirigidos a la recuperación del conjunto monumental, evitando la atrofia degenerativa hacia la que se estaba encaminando esta parte singular de Bilbao, perjudicando su uso residencial y liquidando su especial caracterización fruto de los usos y costumbres que componen su valor histórico.

Destaca que no se está ante medidas discriminatorias.

V.- Concluye la contestación con remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en casos análogos, de establecimiento de régimen de distancias mínimas entre prestadores de servicios por razones imperiosas de interés general.

En este ámbito se tiene presente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de junio de 2010, asunto caso José Manuel Blanco Pérez y otros contra la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, supuesto en el que se discutía la adecuación a Derecho comunitario de las distancias mínimas establecidas entre oficinas de farmacia en la Comunidad Autónoma de Asturias, en respuesta a cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, para destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió justificadas tales restricciones en base a una razón imperiosa de interés general, de protección de la salud en este caso, retomando lo que razonó en sus apartados 70 a 80.

Destaca el Ayuntamiento de dicha sentencia que justifica la imposición de medidas restrictivas, como era la imposición de distancias mínimas, solo por la existencia de un riesgo de escasez de farmacias en determinadas zonas del territorio, y sin necesidad de que dicho riesgo haya sido comprobado en la práctica, diciendo que son trasladables las consideraciones al presente caso, en el que la distancia entre establecimientos hosteleros se establecen para preservar legítimos objetivos que afectan al medio ambiente y a la protección de la salud, para evitar la proliferación de actividades con incidencia negativa respecto a los valores a preservar, señalando que se realizan no en base a simples riesgos sino a realidades ya constatadas por las experiencias anteriores, previas a la regulación de los locales de hostelería.

Señala que tampoco merecen mayor atención las limitaciones a los establecimientos de salones recreativos, porque se dice más restricción se contiene en una norma de carácter general posterior a la aprobación del PER.

En cuanto a la regulación de las entidades financieras, de seguros y establecimientos de alimentación de autoservicio, se dice que no se contiene en el plan ninguna limitación en cuanto a su número, pudiéndose establecer tantos locales como puedan ocupar, respetando únicamente las distancias entre unos y otros, señalando que es una medida absolutamente inocua desde el punto de vista del mercado de la competencia. Precizando que permitir que este tipo de establecimientos llegara a ser dominante en las calles más comerciales, constituía una alteración que comportaría la desertización del núcleo central de la ciudad, fuera de los horarios de los servicios y el entorno urbano de zonas de preponderancia comercial, que se convierten en ámbito de paseo para peatones.

Reconoce que no hay proporciones teóricas ideales establecidas entre servicios y comercio en zonas de carácter comercial, pero se dice que la experiencia recomienda que los servicios no superen 1/3 de los establecimientos en planta baja de una calle.

Destaca la relevancia del estudio de comportamiento de los entornos urbanos en función de la implantación de usos, considerando decisiva la regulación de distancias

para su establecimiento para preservar y conservar el equilibrio comercial que de antiguo viene caracterizando el Casco Viejo de Bilbao, lo que se dice determina el mantenimiento del esfuerzo rehabilitador, cuya pérdida conllevaría a una más que probable degradación del entorno histórico.

QUINTO.- Precisiones previas; ámbito de la pretensión anulatoria ejercitada con la demanda y marco normativo del debate.

Entrando a responder a las pretensiones ejercitadas con la demanda, si conforme o no a Derecho fue, en el ámbito en el que se debate, la Modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo de Bilbao objeto del presente recurso jurisdiccional, debemos partir de la completa exposición que se ha hecho por las partes, tanto en la demanda de la Autoridad Vasca de la Competencia, como en la contestación del Ayuntamiento de Bilbao, nos remitimos a lo recogido en los previos FF JJ 3º y 4º.

1.- No está en cuestión la legitimación activa de la parte demandante, como organismo autónomo del Gobierno Vasco, porque expresamente la tiene reconocida para impugnar actos y acuerdos de las administraciones públicas ante la jurisdicción contencioso administrativa, sobre lo que nos remitimos al art. 13.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, así como a la Ley Vasca 1/2012, de 2 de febrero, de la autoridad vasca de la competencia, a su art. 3.4, en el que se reproduce la legitimación para impugnar los actos sujetos al derecho administrativo y las disposiciones generales de la administración pública, autonómica, foral y local de esta comunidad autónoma.

2.- Tras ello, debemos precisar que aunque la demanda ejercita una pretensión anulatoria general o total del acuerdo plenario recurrido de 30 de junio de 2016, el recurso debe quedar limitado a concretos preceptos, en relación con las limitaciones que se establecen, por lo que inicialmente debe considerarse relevantes la precisión del punto 2 del art. 23 cuando estableció:

<< A fin de proteger el entorno urbano y el medio ambiente, los usos comprendidos en el apartado A están sujetos al régimen de autorización previsto en los artículos 24 al 28, para las distintas zonas en que conforme a su respectivo grado de densificación, se divide el ámbito del PER, según se detallan en el artículo siguiente (.) >>.

Asimismo, en relación con los establecimientos hosteleros el planteamiento impugnatorio de la demanda incide en el contenido de sus arts. 25 y 26, que recordaremos plasmaron, en lo que interesa, lo que sigue:

<< Artículo 25.-Uso de hostelería. Reglas generales.

1. La implantación de nuevos establecimientos hosteleros, así como, en su caso, la ampliación de los existentes, se regirá por lo dispuesto en el presente artículo y siguientes, y sólo de forma supletoria por la Ordenanza Local sobre Establecimientos de Hostelería (OLEH).

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4, para poder instalar o ampliar establecimientos de hostelería del Grupo II de la Ordenanza en los distintos ámbitos enunciados en el artículo 24, deberá cumplirse el requisito de la distancia mínima respecto de otro, del mismo Grupo, ya instalado dentro del perímetro del PER, conforme al régimen establecido en el artículo siguiente.

3. En las zonas que se consideran densificadas por existir un exceso de este tipo de actividades, no podrán instalarse nuevas ni tampoco ampliar las existentes.

4. Los establecimientos incluidos en los Grupos I (degustaciones, heladerías, etc. y otros locales sin venta ni consumición de bebidas alcohólicas) y C o Complementario de la OLEH, al igual que los de los Subgrupos II-R y II-T, no están sujetos al requisito de las distancias mínimas ni a las limitaciones de las zonas densificadas. Sin embargo, los del Subgrupo II-D quedan sometidos al régimen general de los precedentes apartados 2 y 3.

[...]

Artículo 26.- Régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros.

1. Las distancias mínimas a que se refiere el artículo 25.2 quedan fijadas de la forma siguiente:

- a) en las zonas 1 y 5 será de 25 metros;
- b) en las zonas 2, 3 y 4 y en los espacios singulares 1-a (Plaza Nueva) y 3-a (Plaza Unamuno), no se admiten nuevas actividades, dada su densificación (artículo 25.3);
- c) en los cuatro corredores comerciales, será de 40 metros; y
- d) en los espacios singulares 5-a (Muelle Marzana) y 5-b (La Naja) se estará a lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo.

[...] >>.

En relación con el resto de actividades, en las que también incide la demanda, entidades de crédito y seguros, actividades de juego y recreativas y comercios de alimentación en régimen de autoservicio, debemos estar al art. 28, a su punto 2, cuando plasmó:

<< La implantación de los usos enumerados en el artículo 23.1.A), sin perjuicio de lo ya indicado para la hostelería, queda sujeta al requisito de

distancias mínimas entre las actividades respectivas, tal y como se detalla a continuación:

a) Entre las entidades tanto de crédito como de seguros, la distancia mínima ordinaria será de 40 metros, salvo en los corredores comerciales que se ampliará a 50.

b) Entre las actividades tanto de juego como recreativas, será de 100 metros.

c) Entre los comercios de alimentación en régimen de autoservicio, será asimismo de 100 metros.

d) En los espacios singulares, y en los corredores comerciales no se contempla la instalación ni la ampliación de establecimientos dedicados a actividades recreativas o de juego ni a comercios de alimentación en régimen de autoservicio >>.

Enlazando con ello debemos tener presente el art. 29.1, por la singularidad de que, al regular el uso de oficinas, expresamente excluye de su régimen jurídico a las entidades de crédito y a las compañías de seguro, lo que en el fondo implica ratificar las limitaciones impuestas por el art. 28.2.a).

3.- A continuación debemos recuperar, resumidamente, los motivos de impugnación que incorpora la demanda; bajo el amparo de la violación de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios contenidas en los arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los desarrolla en los siguientes cinco apartados:

(i) Incompatibilidad del acuerdo recurrido con las prohibiciones previstas en los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

(ii) Imposibilidad de que las restricciones de los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento puedan ser justificadas por satisfacer supuestos objetivos de interés general.

(iii) Vulneración de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

(iv) Violación de las disposiciones sobre libertad de empresa y libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, contenidas en la Constitución y en la Ley de libre acceso a las actividades de servicios.

(v) Obstáculos derivados para el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, conforme a los arts. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y art. 3.4 de la Ley de Autoridad Vasca de la Competencia.

4.- La cabecera de su argumentación enlaza con la regulación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en sus arts. 49 y 56, donde se recogen las prohibiciones de restricciones a la libertad de establecimiento, en concreto las prohibiciones de restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea, lo que ha de ponerse en relación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, enlazando con el ordenamiento jurídico interno español, sobremanera la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, de trasposición de la citada Directiva, que enlaza con lo recogido en el ámbito interno con la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, que en su ámbito, en su art. 4, se remite a la Ley 17/2009, para excluir expresamente los requisitos prohibidos en el art. 10 de la Ley 17/2009, así como las actuaciones que limiten la libertad de establecimiento y libertad de circulación del art. 8 de la Ley 20/2013, garantía de la unidad de mercado, ello en relación con la redacción vigente, con las modificaciones posteriores a su aprobación inicial.

5.- Para enmarcar la respuesta que ha de dar la Sala, debemos partir de recuperar la STS 2259/2016, de 19 de octubre, recurso de casación 2625/2015, también en el ámbito del control del planificador urbanístico, bajo el marco normativo que venimos refiriendo, que razonó en sus FF JJ 9º a 12º como sigue:

<< 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.

Decimoprimer.- [...]

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, latén 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.

Decimosegundo.-

En cuanto al segundo motivo, según la recurrente, la sentencia "Al realizar una interpretación de la discrecionalidad administrativa en materia de planeamiento que no exige que la concurrencia de los intereses generales que justifican la modificación del mismo no se encuentren debidamente acreditados, razonados y justificados en la documentación que obra en el expediente (y singularmente en la memoria), y que no exige que el análisis de la proporcionalidad de las medidas adoptadas (especialmente cuando nos encontramos ante disposiciones normativas que posibilitan la extinción de títulos habilitantes de determinadas actividades) incluya la consideración de alternativas menos restrictivas de la libertad de empresa, la interpretación realizada por el Tribunal sentenciador es determinante del fallo, al no apreciar las vulneraciones de los artículos 9.3, 38, 103".

A este respecto y con carácter general, debemos partir de una primera afirmación, según la cual, la Administración goza de cierta discrecionalidad a la hora de planificar, gracias a las prerrogativas que le confiere la normativa urbanística. De esta forma, la única condición que, en principio, se le va a exigir a la Administración será la de motivar de forma suficiente y adecuada las decisiones que tome en relación con el planeamiento urbanístico de la ciudad.

Esta facultad o potestad de la administración, tiene su razón de ser en la propia finalidad del planeamiento, la cual no es otra que dar respuesta a las necesidades sociales que van surgiendo a lo largo del tiempo, de lo que se deriva que los instrumentos de planeamiento no sean documentos estáticos, sino todo lo contrario, documentos dinámicos que sean capaces de dar respuesta razonable y de forma eficaz a las nuevas necesidades que el propio devenir de la ciudad hagan imprescindibles.

En esta materia, se ha afirmado con reiteración que la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el "ius variandi" que en este ámbito se reconoce a la Administración. No obstante, esta potestad de innovación del planeamiento debe ponerse en relación directa con las

exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente, no arbitrariamente, y siempre con observación de los principios contenidos en el art. 103 de la Constitución.

Como se señala en la Sentencia de 30 septiembre 2011, (Recurso de Casación 1294/2008): "Son acertadas, pues, las consideraciones que se contienen en la sentencia del Tribunal a quo sobre la necesidad de que las potestades de planeamiento estén subordinadas y encaminadas a la consecución del interés general ...", añadiendo que "las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales, de manera racional, evitando la especulación".

En parecidos términos, la Sentencia de 29 febrero 2012 (Recurso de Casación 6392/2008), señala que: "... la potestad de planeamiento, aun siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución " >>.

6.- Tras ello la Sala precisará que la respuesta la dará de forma diferenciada partiendo de diferenciar dos ámbitos de la regulación recogida en el Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, de la modificación aprobada por Acuerdo Plenario de 30 de junio de 2016, dentro de la regulación sobre el uso comercial y de servicios terciarios recogida en el art. 23, en su punto 1, apartado A), que recoge los establecimientos de pública concurrencia sujetos o no a sistemas de autorización por zonas, y la clasificación que se establece para recoger, por un lado, los establecimientos de hostelería y, por otro, las entidades de crédito y agencias de seguro, actividades de juego y recreativas y comercios de alimentación en régimen de autoservicio.

Todo ello porque, por lo que la Sala va a razonar, confirmará la regulación del uso de hostelería, sobre el régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros recogido en el art. 26 al que nos remitimos, porque si bien estamos ante una restricción cuantitativa de establecimientos, al exigirse distancia mínima entre prestadores, expresamente prohibido por el art. 11.1.a) de la Ley 17/2009, traslación de la Directiva de Servicios, nos encontramos con que dicho precepto, en su punto 2, prevé que excepcionalmente se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios, o a su ejercicio, al cumplimiento de alguno de los requisitos que el previo apartado 1, cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

Exigiéndose en tal supuesto la notificación a la Comisión Europea, con remisión a la D.A.4ª de la Ley 17/2009, debiendo señalar que en este caso el expediente refleja, nos remitimos al f. 130, que el Ayuntamiento dio curso a dicha exigencia, para cumplimentar la notificación a la Comisión Europea, por lo que no está en cuestión dicho requisito, en ello no incide la demanda.

SEXTO.- Régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros; conformidad a derecho.

En este ámbito el debate está en si existe justificación imperiosa de interés general, además de si estamos ante una decisión no discriminatoria y proporcionada.

Lo que son razones imperiosas de interés general se encuentra recogido en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, retomando la Directiva de Servicios, que identifica como relación definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, incorporando una relación de supuestos, entre ellos la protección del medio ambiente y del entorno urbano.

En nuestro supuesto debemos ratificar que en ese ámbito se debe considerar justificada la limitación, la exigencia de distancias recogida en el Plan Especial, enlazando con la justificación y motivación que se dio en el curso del expediente de la Modificación del Plan Especial, que lleva a ratificar que, además de no estar ante una exigencia discriminatoria, es proporcionada.

La Sala debe recuperar lo que ya razonó en su sentencia 261/2013, de 8 de mayo de 2013, recaída en el recurso 1128/2010, que tuvo por objeto recurso dirigido contra el acuerdo plenario, también del Ayuntamiento de Bilbao, de 24 de junio de 2010, que aprobó definitivamente la Ordenanza sobre establecimientos de hostelería, recordando que a dicha ordenanza se remite el art. 23.1.A) a) del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, sentencia que también dio respuesta a debate que planteó la allí demandante, la Asociación de Comerciantes de Hostelería del País Vasco, sobre las limitaciones a los establecimientos por el régimen de distancias.

En dicha sentencia la Sala, con remisión a previos precedentes que habían recaído con anterioridad a la normativa derivada de la Directiva de Servicios 2006/123/CE, de 12 de diciembre y de la Ley 17/2009, con la complementaria Ley 25/2009, tuvimos presente la sentencia 256/2013, de 16 de mayo, del recurso 1801/2010, recaída en relación con Ordenanza municipal de establecimientos públicos de hostelería, en este caso del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

Aquí y ahora, como en la previa sentencia, debemos recuperar lo que se razonó en el FJ 4º de esta última, así:

<< [...]

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

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:

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.

En todo caso, la concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada a la Comisión Europea según lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta y deberá estar suficientemente motivada en la normativa que establezca tales requisitos.

Disposición Adicional Cuarta. Notificación a la Comisión Europea

El órgano administrativo competente comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, antes de su aprobación y en los términos y por los cauces que se establezcan reglamentariamente, cualquier proyecto de norma legal o reglamentaria en el que se prevean requisitos del art. 11.1 de esta Ley, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del art. 11.2, o requisitos del art. 12.2, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del art. 12.3, para su posterior notificación a la Comisión Europea.

Según se expone por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se realizó la tramitación legal para la aplicación de la excepción ante la Unión Europea, a través del Gobierno del Reino de España, y el Ministerio de Asuntos Exteriores informó que la Comisión Europea no había emitido en contra, aceptando las excepciones de distancia existentes en la ordenanza.

Efectuada esta precisión, queda claro que la normativa se dicta al amparo del régimen de excepcionalidad que posibilita el art. 11.2 de la Ley 17/09, lo que necesariamente lleva a controlar si las medidas restrictivas que nos ocupan, cumplen o no con el supuesto previsto en la norma: que no sean discriminatorias, que sean proporcionadas, y que se justifiquen por una razón imperiosa de interés general.

Por la Asociación recurrente se alega, en términos generales, que no se justifica la "no discriminación", preguntándose por qué unos

establecimientos, y no otros. En realidad se trata de una pregunta retórica, puesto que, precisamente, la clasificación de los locales (art. 5.04.02 de la Ordenanza), se ajusta a los grupos establecidos en el Decreto 296/97 de 16 de diciembre, por el que se establecen los horarios de los espectáculos públicos y actividades recreativas y otros aspectos relativos a estas actividades en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y en cuya E.M. se dice: " la continua dinámica de las relaciones sociales y costumbres, que no siempre se acomodan a las necesidades de descanso de otros sectores de la población, conlleva que la Administración introduzca una serie de limitaciones a fin de garantizar la convivencia y la paz social, compatibilizando las legítimas actividades de ocio con el necesario respeto a los derechos de todos los ciudadanos.

Finalmente, la experiencia en la aplicación de normativas anteriores aconseja establecer unos horarios y grupos de actividad claramente diferenciados, a fin de permitir una adecuada vigilancia y control de dichas actividades."

La Ordenanza, por lo tanto, sigue los grupos de clasificación del Decreto autonómico, que fija horarios límite de cierre, según las actividades que se desarrollan en los locales o instalaciones permanentes de hostelería y de espectáculos públicos, tratando de cohesitar la actividad empresarial, con la necesidad de preservar el descanso y la tranquilidad de los demás ciudadanos.

La razón por la que se establecen distancias mínimas o restricciones en lo relativo a la ubicación de unos establecimientos de hostelería y no de otros, es la misma por la que el Decreto autonómico las diferencia; porque no todas las actividades que se desarrollan tienen el mismo impacto desde la perspectiva medio ambiental y/o urbanística. La vulneración del principio de no discriminación, presupone que se da un trato desigual a lo que es igual. Pero, en este caso, se atiende a las distintas actividades cuando no se establecen restricciones para la instalación de actividades de la categoría A), grupo 1 del Decreto; y, p.e., se prohíben las instalaciones de las actividades encuadradas en la categoría C), en edificios de uso residencial.

En cuanto a la proporcionalidad el argumento no se desarrolla, limitándose a una reflexión general, cuando se afirma que se "está hablando del medio de vida de muchas personas, empresarios y trabajadores". El establecimiento de restricciones y límites no significa que no se puedan desarrollar las actividades. El análisis del argumento hubiera exigido un planteamiento más desarrollado, en relación con la propia normativa que se contempla en la Ordenanza, y que es casuística, diferenciando entre las distintas actividades, y los tipos de suelo donde pueden implantarse.

Respecto de la razón de interés general, resulta en primer lugar del ejercicio de competencias municipales, que no se cuestiona, como son las relativas al control de las actividades clasificadas, y puesto que se trata de normativas que se han venido sucediendo, se trata de evitar o controlar que existan zonas saturadas con determinadas actividades que constituyen focos potenciales de inmisiones sonoras, y excesiva alteración del entorno de acuerdo con el uso del mismo, lo que resulta determinante cuando se trata de un suelo de uso residencial. Esto explica que no se establezcan distancias para la instalación de una chocolatería, pero sí la instalación de un bar (50 metros), o de una discoteca (200 metros), respecto de otra preexistente.

Aunque por la Asociación recurrente se afirma que debe primar la libertad de establecimiento, frente a "difusas razones de medio ambiente". No obstante, no puede considerarse como un interés menor. Precisamente el art. 6 de la Ley 37/2003 de 17 de noviembre, del Ruido, establece que: "Corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta ley. Asimismo, los ayuntamientos deberán adaptar las ordenanzas existentes y el planeamiento urbanístico a las disposiciones de esta ley y de sus normas de desarrollo.". Y la relevancia constitucional viene explicada, entre otras, en la STC 29.9.11 (rec. 5125/2003), STC 15.6.09 (rec. 4404/2005).

Procede, por ello, rechazar la pretensión impugnatoria en relación con estos preceptos >>.

En el ámbito estricto de la hostelería, debemos partir de la justificación que recogió el informe de 1 de septiembre de 2015 que obra en la cabecera del expediente administrativo, del Jefe de la Subárea de Planeamiento del Ayuntamiento de Bilbao, que sirvió de propuesta para la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, informe del que conviene recuperar lo que sigue:

<< El Ayuntamiento de la ciudad se ha planteado realizar una actualización de la regulación urbanística vigente en el ámbito ordenado por el Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, con el fin de adecuar sus contenidos a los principios inspiradores del desarrollo urbano sostenible que deben extenderse tanto al desarrollo de las actividades económicas, en todas sus modalidades, como al desarrollo territorial equilibrado. Y todo ello en un marco de respeto y defensa del medio ambiente y del entorno urbano capaz de asegurar la implantación de los usos y de su mezcla, de tal forma que se aseguren la pervivencia de los valores patrimoniales y urbanos que ha mantenido ésta zona de la ciudad.

Desde esta perspectiva resulta imprescindible analizar el proceso de implantación de las actividades que configuran el paisaje urbano cotidiano de las calles del Casco Viejo, que no es otro que el configurado por sus edificios (en un estado de rehabilitación continuado) y por sus establecimientos y usos de concurrencia pública (en un estado de

transformación y evolución continuados). Son precisamente estos últimos los que intervienen de una forma decisiva en la modelización de la mayor ó menor calidad del entorno urbano y de la capacidad de mantener el doble atractivo que ha caracterizado el núcleo histórico de la ciudad como polo de referencia tanto por sus interés cultural como comercial.

Sin embargo, el entorno socio-urbanístico ha venido sufriendo, a lo largo de los últimos años, una transformación importante.

Por un lado, como consecuencia de la crisis económica que ha caracterizado este período de los 7 últimos años (2.008-2.015).

Por el otro, como consecuencia del proceso de "desregulación" derivado de las Directivas europeas y de sus correspondientes transposiciones a la legislación estatal, a la autonómica, y en última instancia, a las Normas Urbanísticas y a las Ordenanzas Municipales, y más en concreto a la "Ordenanza Local sobre Establecimientos de Hostelería".

Tanto la sociedad instrumental municipal -Bilbao Ekintza-, como la sociedad urbanística de rehabilitación -Surbisa-, han venido analizando la evolución que han experimentado las diversas zonas de la ciudad en lo que a la implantación de la actividad comercial se refiere.

En el Anexo I se incorpora un cuadro comparativo de la evolución experimentada por los establecimientos analizados por tres ámbitos: Bilbao ciudad, Casco Viejo y resto ciudad.

Por otro lado, en el Anexo II se incorporan los cuadros que analizan la evolución de las series anuales en el período 2008 a 2015 para los ámbitos de Bilbao ciudad y Casco Viejo.

De los datos aportados por los respectivos estudios se pueden obtener las conclusiones siguientes:

- En el período 2.008-2.015 el conjunto del municipio ha perdido 361 establecimientos respecto del total implantado en la ciudad en el año de referencia. Esta pérdida representa un porcentaje del -3,5%.
- Por su parte, y para el mismo período, el Casco Viejo ha tenido una pérdida de 43 actividades o establecimientos, con un índice porcentual de -4,6%.
- El resto del municipio, por su parte ha sufrido una reducción de 318 establecimientos, lo que representa un porcentaje de un -3,4% con respecto al nivel de actividades existentes en el año origen del estudio.

Estos datos ofrecen, a primera vista, una evolución similar en los tres ámbitos comparados: la ciudad en su conjunto, el Casco Viejo en particular y el resto de la ciudad por otro.

Sin embargo, los datos relativos a la evolución de los diversos

subsectores muestran un resultado muy diferente al comparar la evolución en el conjunto de municipio y en la zona del Casco Viejo.

Una primera agrupación de los establecimientos en "comercio minorista" por un lado, y "hostelería", por otro, ofrece el siguiente balance:

- En el conjunto de la ciudad la pérdida de establecimientos ha afectado a 271 actividades del comercio minorista, y a 90 de hostelería, representado el primer grupo una reducción porcentual de -3,8% y del -2,9% el segundo.

- En el resto del municipio (excluido el Casco Viejo) el comportamiento ha sido muy similar, con una pérdida de 192 establecimientos de comercio minorista y 126 de hostelería, con unos valores porcentuales con respecto al año origen (2.008) de -3% en el primer grupo (comercio minorista) y de -4,4% en el segundo grupo (hostelería).

- Sin embargo, el Casco Viejo ha experimentado una evolución muy desigual. La pérdida de establecimientos de "comercio minorista" ha sido muy superior a la experimentada por el resto de la ciudad, habiéndose reducido su número en 79 unidades, con un valor porcentual del -11,3%, triplicando el efecto" experimentado en el conjunto de la ciudad.

- Por su parte, la evolución de la hostelería en el Casco Viejo ha experimentado un crecimiento de 36 locales que representa un +15,2% de incremento sobre el número de locales' que existían al comienzo de la crisis.

Si se analiza la evolución del peso de los establecimientos de hostelería con' respecto al conjunto de la actividad comercial se obtienen las siguientes conclusiones:

- En el conjunto de la ciudad la evolución del peso de la "hostelería" respecto al total se ha mantenido en unos parámetros muy similares: 30,34% en 2.008, frente a 30,54% en 2.015.

- En el resto de la ciudad (excluyendo el Casco Viejo) se ha producido una evolución muy similar ya que se ha pasado de un 30,85% a un 30,54%.

- Por contra el Casco Viejo ha experimentado una evolución muy diferente ya que el peso de la "hostelería" ha pasado de tener un 25,24% a un 30,47%, en tanto que el subsector de "textil-calzado" ha pasado de ostentar el mayor peso, con un 29,18% en 2.008, a estar claramente por detrás de la "hostelería" con un 23,66%, lo que pone de manifiesto una tendencia que obliga a reflexionar en orden a la adopción de las medidas necesarias para contener, en la medida de lo posible, esta tendencia y evitar su prolongación en el tiempo.

- Como dato complementario se puede añadir que del total de establecimientos del subsector "textil-calzado" que ha perdido la ciudad en el período analizado (142), más del 40% se localizan en el Casco Viejo.

Es innegable que uno de los factores que venían identificando al Casco Viejo era su "potencia" comercial apoyada en una alta concentración de actividades de "comercio minorista" en torno a una especialización en el subsector de "textil y calzado".

Los datos apuntados indican una evolución orientada a lo que podría llegar a convertirse, en el caso de no adoptarse medidas, en un "cambio del modelo" de los usos urbanos del Casco Viejo, lo que en definitiva estaría en contradicción con los objetivos perseguidos por el Plan Especial vigente, que en su Memoria señala:

- "(...) la actividad económica generada en el Casco Viejo de Bilbao, área objeto de estudio, presenta unas peculiaridades que la diferencian de las otras zonas de la ciudad y que confieren a aquél unas características, fundamentalmente derivadas de su importancia como centro comercial, que inciden con especial intensidad sobre la problemática aquí planteada, es decir, la de la rehabilitación del Casco Viejo de la Villa de Bilbao.

(...)

Cualquier programa de rehabilitación del Casco Viejo, que quiera tener visos de lograr sus objetivos, debe intentar en buena lógica plantear algunas propuestas que contemplen la actividad económica de la zona como un elemento fundamental en la dinamización del barrio y en la configuración del tejido social que la sustente, tanto desde el punto de vista habitacional como desde la perspectiva de la demanda de servicios generada en otras áreas de la ciudad."

Al trasladar el análisis de la implantación de actividades al enfoque del "paisaje urbano", con el fin de valorar la mayor o menor afección al entorno urbano de las consecuencias de la evolución, se puede observar cómo del entramado de calles que componen el núcleo central de Casco Viejo, el grado de concentración de establecimientos hosteleros ha ampliado su extensión, siendo 14 de las 36 calles estudiadas, esto es casi un 40%, las que ofrecen un ratio de porcentaje de locales de hostelería respecto al total de establecimientos superior al 25%.

En el Anexo III se incluye un gráfico de barras en el que se agrupan, por calles, los porcentajes de locales vacíos y de locales destinados a hostelería sobre el total de locales existentes.

Por otro lado, no debe de obviarse el hecho de que los efectos de esta concentración se están sintiendo con un mayor impacto visual y con mayor presión sobre la utilización del espacio público, en la medida en que los usos sociales y las restricciones al consumo de tabaco en los locales públicos, han incrementado la demanda de terrazas de hostelería.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que resulta absolutamente necesario llevar a efecto una actualización de la regulación urbanística de

establecimientos de hostelería, y de su vinculación con la ocupación del espacio público, así como, en su caso, de otros usos que puedan poner en cuestión la evolución sostenible y equilibrada de la combinación de usos y actividades en orden a preservar los valores comerciales, culturales y residenciales del Casco Viejo que han caracterizado la calidad del entorno urbano protegido por el PER vigente >>.

Siguiendo con la justificación o motivación del Acuerdo Plenario recurrido, nos encontramos con el trámite de información pública, en el que la Autoridad Vasca de la Competencia, en sus alegaciones contraías a la propuesta, que han de ponerse en relación con lo que se defiende con la demanda, trasladando al Ayuntamiento, resumiendo su posición, las cuatro conclusiones que siguen:

<< Primera. El Ayuntamiento está sujeto a la normativa de competencia en los mercados y en el ejercicio de sus potestades administrativas para la consecución del interés general. Sin embargo, las medidas propuestas en la modificación del PER generan barreras a la iniciativa que no se justifican por razones de imperioso interés general sino por razones económicas.

Segunda. De las experiencias comparadas se deduce que medidas como las propuestas producen numerosos efectos indeseados como el incremento de los costes, la eliminación de nuevos entrantes y, por tanto, una reducción de la oferta. Estos efectos se trasladan a los precios; la variedad y calidad de los productos y servicios, y la reducción de la creación de empleo produciendo un empeoramiento en el bienestar de los ciudadanos.

Tercera. Las medidas propuestas colocan a los establecimientos ya instalados en las zonas afectadas en una posición privilegiada en detrimento de entrantes que pueden ser más eficientes. Igualmente, se genera un riesgo de aparición de un "mercado de licencias" al favorecer a los operadores ya instalados e impedir la competencia potencial.

Cuarta. Las medidas propuestas por el Ayuntamiento no se consideran adecuadas para conseguir el mantenimiento del modelo comercial de cercanía existente en el Casco Viejo y existen otras medidas menos restrictivas de la competencia que pueden servir para corregir los efectos negativos de ciertas actividades económicas >>.

El informe que dio respuesta a las alegaciones de la Autoridad Vasca de la Competencia, plasmó lo que sigue:

<< [...] el informe remitido por el AVC, cuyo contenido está centrado, como era de esperar, en razones de orden exclusivamente económico (dificultades para la libre competencia, mercado de licencias de segunda mano, etc.) sin tener en cuenta el entorno e imagen urbana (además del medio ambiente) que se quiere proteger y en el que inciden, sin lugar a dudas, los grupos de actividades comerciales instaladas y el notorio desequilibrio entre ellas, razón por la que -quizás de forma excesivamente reduccionista- se ha dado en llamar "modelo comercial". Olvida, asimismo,

la AVC que la restricción no afecta a todas las actividades hosteleras, y que el resto de las otras sujetas a limitación puede seguir implantándose aunque de forma controlada. Estamos, pues, ante una medida de clara carácter urbanístico y medioambiental que, inevitablemente, incide en la libertad de comercio (como lo hace, al fin y al cabo, cualquier regulación), pero a la que el Ayuntamiento no puede renunciar >>.

Tras ello es importante remitirnos a la Memoria explicativa y justificativa que, retomando el contenido del previo informe de 1 de septiembre de 2015, ya referido, va a añadir lo que sigue:

En cuanto a la metodología, que:

<< [...] En materia de usos se han analizado la alimentación en su doble variante de autoservicio y atención personalizada, la hostelería, la moda, la estética y salud, el juego y los bancos y agencias de seguros. Finalmente, se han regulado aquellos que tienen un mayor efecto sobre la calidad el entorno urbano y del medio ambiente. Se ha elaborado una norma definida en base a distancias, cuya regulación parte de la aplicación de las densidades para cada cien (100) metros de calle.

[...] >>.

Tras ello en el apartado referido a los grupos analizados, plasmó lo que sigue:

<< El estudio de actividades desarrolladas en las plantas bajas no se ha limitado al uso hostelero. El análisis se ha completado con datos referentes a bancos y agencias de seguros, locales con actividades de juego y recreativas (loterías y apuestas), centros de estética y salud (farmacias, ópticas, productos para la tercera edad y ortopedia), alimentación con atención personalizada (carnicería, charcutería, comida para llevar, fruterías y verdulerías, panadería y pastelería, pescadería, productos selectos y vinotecas y establecimientos de bacalao), alimentación en régimen de autoservicio (supermercados, congelados, productos dietéticos y ecológicos), locales comerciales de moda, textil, piel y complementos (bisutería, bolsos y complementos, joyería y relojería, lencería, mercería, moda deportiva, moda infantil y juvenil, moda nupcial, telas y tejidos, moda y complementos, piel calzados y marroquinería, moda de bebés).

El resultado de esta investigación se refleja en las tablas anejas, donde cada uno de los usos definidos se estudia pormenorizadamente, llegando a concretar la cantidad de locales por cada cien (100) metros de calle en cada una de las zonas y espacios singulares definidos.

Para la regulación se han definido dos grupos diferenciados. Por un lado, los usos sujetos a regulación de distancia (Grupo A) como consecuencia del resultado de la densidad, y por otro, el conjunto de usos no sujetos a regulación (Grupo B).

Constituyen el Grupo A los usos siguientes: a) Establecimientos de

hostelería, excepto el Grupo I (sin venta de alcohol) y Grupo II-R (restaurantes sin barra); b) Entidades de crédito y agencias de viajes; c) Actividades de juego y recreativas; y d) Alimentación en régimen de autoservicio.

Constituyen el Grupo B el resto de los usos regulados en el P.E.R.: a) Comercio en general, textil, piel y complementos; b) Alimentación en régimen de atención personalizada; c) Pequeñas actividades artesanales; d) Academias y análogos; e) Talleres y pequeñas industrias no molestas; y f) Aparcamientos y trasteros >>.

Con ello la Sala tiene que ratificar que tenemos justificación, de la exigencia de distancias entre establecimientos hosteleros, en lo que debe considerarse protección tanto del medio ambiente, como del entorno urbano, por las singularidades concurrentes en el ámbito del Casco Viejo de Bilbao, al margen de su protección cultural, como conjunto monumental, porque la justificación incide en lo que se consideran incidencias sobre el grado de concentración de los establecimientos de hostelería, con los datos y porcentajes que hemos trasladado del contenido del expediente, por lo que incluso se llega a considerar que la concentración de establecimientos de hostelería, a parte de un mayor impacto visual y mayor presión sobre la utilización del espacio público, por las incidencias y consecuencias que ha tenido, agudiza la afección medioambiental negativa.

En este ámbito, respondiendo a la queja central de la demanda, en relación con los distintos motivos a los que nos hemos venido refiriendo, a los que de forma conjunta se da respuesta en esta sentencia, no estamos ante un supuesto en el que en exclusiva se establezcan restricciones al desarrollo de las actividades de hostelería, justificadas en razones económicas, en concreto con fines económicos vinculados a la viabilidad económica de otros prestadores de servicios, porque tenemos que ratificar que concurre la razón imperiosa de interés general que hemos considerado, que no puede considerarse aquí que encubra exclusivamente un requisito de planificación económica, por ello no estamos ante un supuesto como el que resolvió la STS de 3 de septiembre de 2015, casación 3408/2014, al que se refiere la demanda, en este caso en relación con el Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y equipamientos comerciales del País Vasco, en concreto en relación con la ampliación de grandes superficies comerciales, debiendo recordar lo que, en ese ámbito, el Tribunal Supremo razonó en su FJ 3º:

<< La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, desestimó la acción ejercitada por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente al entender y considerar que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública del Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, no precisaba ser revisado, contrariamente a lo que había ordenado la Disposición Final Tercera de la Ley del Parlamento vasco 7/2008, de 25 de junio, porque las limitaciones que, en cuanto a emplazamiento y tamaño, dicho Plan Territorial Sectorial impone a los equipamientos comerciales tienen como finalidad el interés general, al estar basadas en razones de ordenación del territorio y protección del medio ambiente, resultando por ello necesarias y proporcionadas.

No compartimos nosotros este parecer del Tribunal a quo, al considerar, por el contrario, que las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscritas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, mientras que el Plan Territorial Sectorial, que el Consejo del Gobierno Vasco ha considerado que no precisa de acomodación a la Directiva de servicios 2006/123/CE, acude a criterios económicos para imponer las limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales, y así, en su capítulo 7, fija como objetivo de esas limitaciones superficiales un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales, ambos, evidentemente, de naturaleza económica, por lo que dicho Plan Territorial Sectorial ha utilizado criterios económicos para limitar las dimensiones de las superficies comerciales a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone.

Esta Ley 17/2009 exige, además, que las restricciones a la implantación de equipamientos comerciales deben motivarse suficientemente en la ley que las establezca (artículo 5), obligaciones o requisitos ambos que no se cumplen en el Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno autonómico, ya que ni tiene rango de ley ni justifica suficientemente el cumplimiento de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, repite lo que, a su vez, había declarado en su previa sentencia de fecha 15 de octubre de 2013, pronunciada en el recurso contencioso-administrativo número 237 de 2011, que ha sido también impugnada en casación ante esta Sala del Tribunal Supremo, estando señalada su votación y fallo para el mismo día, en las que recoge con detalle y rigor los preceptos aplicables y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien no es cierta la premisa de la que la Sala sentenciadora deriva la desestimación de la acción de nulidad ejercitada por la entidad mercantil recurrente, cual es que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, ha justificado suficientemente la necesidad de establecer ese límite máximo a las superficies de los establecimientos comerciales para cada municipio, la no discriminación y su proporcionalidad, además de no ser dicho Plan Territorial el instrumento legal adecuado para establecer ese régimen, sin que se encuentre inspirada esa limitación, en contra del parecer de dicha Sala de instancia, en razones imperiosas de interés general encaminadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, sino en razones económicas para favorecer una mayor competitividad empresarial incentivando la implantación de equipamientos comerciales, y, por tanto, al haber infringido la sentencia recurrida los preceptos de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, citadas por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente en los motivos de casación primero y segundo que esgrime, estos motivos de casación, como ya anticipamos, deben prosperar >>.

No pueden considerarse trasladables esos razonamientos, por las singularidades del supuesto al que nos referimos, porque, enlazando con lo ya razonado, debemos recordar que estamos ante un ámbito superficial muy singular, el Casco Viejo de Bilbao, declarado conjunto monumental, en un ámbito superficial que debe considerarse reducido, unido a que se está regulando un ámbito en el que inciden no solo usos comerciales y de servicios, sino también el residencial, que es lo que hace a este supuesto claramente diferente del que tuvo presente la citada sentencia del Tribunal Supremo, que arroja la justificación que se dio, y que la Sala asume, en relación con el precedente que ya hemos referido respecto al régimen de distancias, cuando la Sala analizó las ordenanzas respectivas de los municipios de Vitoria-Gasteiz y de Bilbao.

Regulación de distancias que implica, obviamente, la limitación de la posibilidad de asentar establecimientos de hostelería, que a los efectos que nos ocupan se configura lo que debe entenderse como razón imperiosa de interés general, el supuesto específico de protección del medio ambiente y del entorno urbano.

Recordaremos, una vez más, la singularidad del entorno urbano en el que aquí nos encontramos, lo que no puede perderse de vista, como así ya consideró la Administración desde el origen de la propuesta de modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, sin necesidad de incidir en lo que significa la propia naturaleza de dicho instrumento de planeamiento.

Con lo que llevamos razonado, en este ámbito, la Sala tiene que rechazar que estemos ante previsión incompatible con los mandatos que derivan de los arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, rechazando que estemos ante una limitación, soportada en el régimen de distancias, que tenga exclusivamente naturaleza económica, ratificando la distinción de este supuesto con el que valoró la sentencia del Tribunal Supremo que hemos referido de 3 de septiembre de 2015, en relación con el Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas, que aprobó el Gobierno Vasco por Decreto 262/2004.

Tampoco se considera que estemos ante un desconocimiento del derecho a la libertad de empresa, en los términos recogidos en el art. 38 de la Constitución, vinculado al derecho de la propiedad, a su art. 33, que ha de ponerse en relación con el marco normativo que hemos referido, como hace la demanda, con los arts. 5, 10 y 11 de la Ley 17/2009, y en el ámbito de la ordenación del comercio minorista el art. 6 de la Ley 7/1996, sin que se pueda concluir que estemos ante una previsión contraria a los postulados que se exigen para el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, que es en lo que incide la remisión que hace la demanda al art. 13.2 de la Ley de defensa de la competencia y al art. 3.4 de la Ley de la Autoridad Vasca de Competencia.

Ámbito en el que llega a defender, como efectos del acuerdo plenario recurrido, [- nos limitamos ahora a las limitaciones en relación con los establecimientos hosteleros -], que se producirá una contracción en la oferta, que se confiere una posición privilegiada

a los operadores incumbentes, con riesgo de colusión entre los mismos, la generación de mercado de licencias de segunda mano, con afección general a la economía, así como respecto a la incidencia en los propietarios de locales, en relación con las posibilidades de uso de los mismos.

En este ámbito, en respuesta a lo trasladado por la demanda, [- remitiéndonos a lo razonado en la STS 259/2016, de 19 de octubre de 2016, casación. 2625/2015, que parcialmente hemos trasladado en nuestro FJ 5º 5, sobre la incidencia de la ordenación del territorio y el urbanismo -], debemos señalar que cualquier régimen jurídico sobre los usos, materia propia del planeamiento urbanístico, tiene incidencia en las actividades que se pueden desarrollar en los distintos locales, lo que sin más no implica que se incida en actuaciones contrarias a la normativa en defensa de la competencia, dado que el planteamiento extremo que se deriva de lo que defiende la demanda, implicaría excluir todo tipo de regulación sobre los usos, lo que no puede ser así, sin perjuicio de que, obviamente, tenga consecuencias también económicas, en concreto desde el punto de vista de la propiedad de los locales, porque un local, cuantas más actividades se puedan en él desarrollar, en principio tendrá mayor atractivo comercial, por ello mayor valor de mercado.

Asimismo, al estar limitadas las licencias, los locales con licencia tienen un valor añadido, lo que, insistimos, no puede implicar excluir, en lo que ahora interesa, el régimen de distancias respecto a los establecimientos de hostelería, con la justificación que hemos valorado y la Sala ratifica.

No existe, en concreto, una prohibición general, y en todo el ámbito regulado, de que se asienten nuevos usos, sin perjuicio del cumplimiento del régimen de distancias, y por ello es una previsión que ha de considerarse, como dice el Ayuntamiento, que se mueve en el ámbito estrictamente urbanístico, enlazando con las previsiones la Ley 2/2006, de suelo y urbanismo del País Vasco, teniendo presente aquí la singularidad que ya hemos referido de estar ante un entorno, el Casco Viejo de Bilbao, calificado como bien cultural, como conjunto monumental.

No pueden considerarse acreditada la existencia de alternativas, útiles y efectivas, para alcanzar el objetivo perseguido por la modificación de Plan.

Todo lo razonado, lleva a rechazar las pretensiones de la demanda en cuanto inciden en el régimen de distancias, respecto a los establecimientos hosteleros, recogido en la Modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo.

SÉPTIMO.- Régimen de distancias entre entidades de crédito y seguros, entre entidades de juego y recreativas y entre actividades referidas a comercios de alimentación en régimen de autoservicio; disconformidad a derecho.

Si esa debe ser la conclusión en relación con el régimen de distancias de los establecimientos hosteleros, distinta tendrá que ser la que deba alcanzar la Sala respecto al resto de usos comerciales en los que incide el debate, el régimen de distancias para las entidades de crédito, seguros, entidades de juego y recreativas y actividades referidas a

comercios de alimentación en régimen de autoservicio, respecto al régimen de distancias entre ellos establecido en el art. 28.2 del Plan Especial.

Ello debe ser así por la necesidad de precisa y concreta justificación que se ha de dar en el curso del expediente, enlazando con las pautas normativas y jurisprudenciales que hemos dejado recogidas, sobre el régimen de distancia, para superar la exclusión de las restricciones al régimen de distancias mínimas plasmado en el art. 11.1 de la Ley 17/2009, en el régimen de la excepción que plasma su punto 2, en relación con la imposición de régimen de distancia mínima entre establecimientos, que no sean discriminatorio, que esté justificado por una razón imperiosa de interés general y que sea proporcionada.

Aquí es importante tener presente que el informe que referíamos, que desencadenó como antecedente de la modificación del Plan Especial, el de 1 de septiembre de 2015 del Jefe de la Subárea de Planeamiento, al que ya nos hemos referido, no recogía una expresa y precisa referencia desarrollada sobre los usos distintos a los hosteleros, dado que en él se concluía:

<< [...] que resulta absolutamente necesario llevar a efecto una actualización de la regulación urbanística de establecimientos de hostelería, y de su vinculación con la ocupación del espacio público, así como, en su caso, de otros usos que puedan poner en cuestión la evolución sostenible y equilibrada de la combinación de usos y actividades en orden a preservar los valores comerciales, culturales y residenciales del Casco Viejo que han caracterizado la calidad del entorno urbano protegido por el PER vigente >>.

Ello ha de ponerse en relación con la Memoria explicativa y justificativa del Plan Especial, que en su apartado de antecedentes en el fondo reproduce el previo informe, para reiterar lo que en él se concluyó, añadiendo en el apartado referido a la metodología, que:

<< Se han analizado las circunstancias relativas a la implantación de los usos que en un primer momento se han identificado como usos que podrían afectar negativamente a la imagen urbana vinculada al modelo comercial del ámbito del PER, asociado a la singularidad comercial del Casco Viejo. Esta afección negativa, se ha analizado tanto desde la posible concentración, como desde el efecto "desertizador", que pudiera producirse respecto al concepto tradicional de "mall" o continuo comercial >>.

Tras ello, en el apartado 1.4, respecto a grupos de usos analizados, recoge la Memoria lo que sigue:

<< El estudio de actividades desarrolladas en las plantas bajas no se ha limitado al uso hostelero. El análisis se ha completado con datos referentes a bancos y agencias de seguros, locales con actividades de juego y recreativas (loterías y apuestas), centros de estética y salud (farmacias, ópticas, productos para la tercera edad y ortopedia), alimentación con atención personalizada (carnicería, charcutería, comida para llevar, fruterías y verdulerías, panadería y pastelería, pescadería, productos selectos y vinotecas y establecimientos de bacalao), alimentación en régimen de autoservicio (supermercados, congelados, productos dietéticos y ecológicos), locales comerciales de moda, textil, piel y complementos (bisutería,

bolsos y complementos, joyería y relojería, lencería, mercería, moda deportiva, moda infantil y juvenil, moda nupcial, telas y tejidos, moda y complementos, piel calzados y marroquinería, moda de bebés) >>.

La Sala no encuentra una justificación que cumpla las exigencias legales que hemos ido refiriendo, respecto a la limitación a través del régimen de distancias, en relación con los usos que venimos refiriendo, partiendo de la precisión ya plasmada en la Memoria, a la que se refiere la contestación del Ayuntamiento, en cuanto al efecto desertizador, pero sin que incorpore una justificación suficiente a los efectos que nos ocupan.

Ello asimismo teniendo presente, en relación con el régimen de distancias entre actividades de juego, que el Ayuntamiento incluso llega a señalar que se ha establecido un régimen de distancias menos restrictivo que el establecido por el ordenamiento jurídico sectorial específico, con remisión al Reglamento General del Juego en la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por Decreto del Gobierno Vasco 120/2016, de 27 de julio, sobre lo que nos debemos remitir al artículo 12 y a su Anexo I, sobre planificación de los juegos, lo que no excluye la ausencia de justificación en relación con el marco normativo que hemos referido, el régimen de distancias que el Plan Especial establece, tanto respecto a las actividades de juego como recreativas, recordando ese reglamento es posterior al acuerdo aquí recurrido, sin que alusión alguna se hiciera en su momento a la regulación previa, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del referido Reglamento General del Juego en la Comunidad Autónoma de Euskadi de 2016, como normativa sectorial.

Todo ello al margen de la finalidad que también late como justificación de la Modificación, vinculada al apoyo al denominado pequeño comercio, en concreto del pequeño comercio tradicional del Casco Viejo, que ha sido identificado como actividades de comercio minorista, de forma singularizada, en el entorno del Casco Viejo, el identificado como subsector de textil y calzado, por haber pasado de una importancia cuantitativa relevante, a perderla, ello en relación con el informe y antecedentes justificativos de la memoria del Plan Especial, cuando se compara con el sector de la hostelería, al reflejar que ha pasado de ostentar un mayor peso en 2008 a estar por detrás del sector de la hostelería, por lo que ya el informe desencadenante de la Modificación de 1 de septiembre de 2015 consideró que se plasmaba una tendencia que obligaba a reflexionar en orden a la adopción de las medidas necesarias para contener en la medida de lo posible tal tendencia y evitar su prolongación en el tiempo.

En relación con las actividades a las que ahora nos referimos, esa justificación, al margen de la valoración que pueda merecer en otros ámbitos, no puede sino considerarse singularmente de naturaleza económica, destacando que lo es al margen de que, en concreto, en relación con las actividades de juego, la legislación sectorial pueda incidir directamente en el régimen de distancias, superando, en el ámbito en que así lo sea, las exigencias normativas del Plan Especial aquí recurrido.

Añadiremos que la sentencia que refiere el Ayuntamiento, la nº 59/2011, 27 de enero de 2011, recurso 1041/2009, resolvió impugnación dirigida contra la Ordenanza

municipal reguladora de la ubicación de establecimientos públicos y actividades recreativas del Ayuntamiento de San Sebastián, ordenanza aprobada el 29 de mayo de 2009, con carácter previo a la eficacia directa de la Directiva de Servicios y a las pautas que recogió la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Por ello, no es un pronunciamiento relevante a nuestros efectos, con independencia de que se tenga que ratificar lo que en ella se razonó en sus FF JJ 6º y 7º, sobre la potestad reglamentaria, ejercicio y control jurisdiccional, y sobre las pautas que se derivan del derecho a la igualdad en la norma, según la doctrina del Tribunal Constitucional.

Añadiremos que la STJUE de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, que refiere el ayuntamiento, por el objeto en el que incide, distancia mínima entre las oficinas de farmacia, no es trasladable a nuestro supuesto, por estar implicado el derecho a la salud, lo que lleva a concluir en la necesidad de garantizar una atención farmacéutica adecuada, reiterando, en el apartado 90, que << la libertad de establecimiento de los operadores económicos debe ponderarse en relación con los imperativos de la protección de la salud pública y que la importancia de los objetivos perseguidos en este ámbito puede justificar restricciones que tengan consecuencias negativas, incluso considerables, para algunos operadores >>, así con remisión a la sentencia de 17 de julio de 1997, Affish, C-183/95, Rec. p. I-4315, apartados 42 y 43.

En conclusión debemos desestimar el recurso en relación con el régimen de distancias entre establecimientos de hostelería, y estimarlo en relación con el régimen de distancia entre otros usos comerciales, entre las entidades de crédito y seguros, entre las actividades de juego y recreativas y entre los comercios de alimentación en régimen de autoservicio, lo que lleva a declarar la disconformidad a Derecho del art. 28.2 y 3, y en cuanto incide en él el art. 23.2, pronunciamiento que así mismo afectará a la referencia en el art. 29.1 a la entidades de crédito y compañías de seguros.

OCTAVO.- Costas.

Estando a los criterios en cuanto a costas del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, al estimarse parcialmente las pretensiones ejercitadas, no se hará expreso pronunciamiento.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Estimamos parcialmente el **recurso 668/2016** interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia, Organismo Autónomo de Gobierno Vasco, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en Sesión de 30 de junio de 2016, por el que se decidió aprobar definitivamente la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante el establecimiento de una nueva zonificación y la introducción de los oportunos cambios en su regulación, sobre todo, en el Capítulo I de sus Normas Urbanísticas, conforme al texto elaborado por el Área de Planificación Urbana, como resultado de la aceptación parcial de las alegaciones presentadas sobre el proyecto aprobado inicialmente, publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 137, de 19 de julio de 2016, y debemos:

1º.- Declarar la nulidad del artículo 28.2 y 3, de la referencia al artículo 28 recogida en el artículo 23.2 y la referencia en el art. 29.1 a las entidades de crédito y compañías de seguros.

2º.- Desestimar el recurso en cuanto exceda del anterior pronunciamiento, y por ello ratificar el artículo 26, regulador del régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros.

3º.- No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas.

4º.- Publicar en el Boletín Oficial de Bizkaia el pronunciamiento 1º.-.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0668 16, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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

RECURSO: Procedimiento ordinario 668/2016
SECCIÓN: 2ª- TRP
DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA: SENTENCIA

DILIGENCIA DE COMUNICACIÓN FUERA DE SEDE TRIBUNAL
CON EFECTO ART. 151.1 LEC

En Bilbao, a _____

La extiendo yo, el/la Auxiliar de la Administración de Justicia, para hacer constar que me constituyo en la sede de LETRADO DEL AYUNTAMIENTO DE BILBAO, con objeto de llevar a efecto el acto de comunicación acordado en las actuaciones de referencia.

Teniéndole presente, le hago entrega del documento que se indica en el encabezamiento de esta diligencia, en el que consta el recurso que cabe contra el mismo, el plazo y el órgano ante el que debe interponerse.

Realizado el acto de comunicación expresado, firma conmigo el receptor.

Firma del receptor

Firma del funcionario