



Roj: **STSJ CAT 5513/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:5513**

Id Cendoj: **08019330052017100547**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **23/06/2017**

Nº de Recurso: **226/2014**

Nº de Resolución: **516/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA RUBIRA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Rollo de apelación nº 226/2014

SENTENCIA Nº 516/2017

Ilmos. Sres.:

Presidente:

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

Magistrados:

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

DON EDUARDO PARICIO RALLO

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de junio de dos mil diecisiete.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación número 226/2014, interpuesto por la ASOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL DE CATALUNYA (AUDICA), representada por el Procurador DON FRANCISCO JAVIER MANJARÍN ALBERT y dirigida por el Letrado DON SERGI CHIMENOS, contra el **AYUNTAMIENTO DE BARCELONA**, representado por el Procurador DON JESÚS SANZ LÓPEZ y dirigido por la Letrada DOÑA MARIA ÀNGELS ORRIOLS.

Ha sido Ponente la Magistrada Doña ANA RUBIRA MORENO, quien expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 357/2012 tramitado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Barcelona, el 3 de febrero de 2014 se dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto contra la resolución dictada el 1 de junio de 2012 por el Regidor de Mobilitat del **Ayuntamiento de Barcelona**, actuando en virtud de la delegación del Alcalde de fecha 1 de julio de 2011.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte actora, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal.



TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose recibido el proceso a prueba en esta alzada ni dado trámite de vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo el día 22 de junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el recurso de apelación tiene por objeto la sentencia dictada 3 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Barcelona, que desestima el recurso interpuesto contra la resolución dictada el 1 de junio de 2012 por el Regidor de Mobilitat del **Ayuntamiento de Barcelona**, que actúa en virtud de la delegación del Alcalde de fecha 1 de julio de 2011, que establece medidas de mejora de la movilidad y estacionamiento y parada de vehículos en los alrededores de la Sagrada Familia, que entrarán en vigor el 5 de junio de 2012.

El recurso de apelación se sustenta en las siguientes consideraciones jurídicas: 1. La resolución recurrida tiene contenido regulatorio; 2. La resolución recurrida se ha dictado por órgano incompetente y por falta de delegación suficiente y no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido; 3. Falta de justificación de la resolución recurrida; 4. Medidas discriminatorias del transporte discrecional; 5. Vulneración de la libertad de empresa.

SEGUNDO.- Como se expresa en el fundamento de derecho primero de la sentencia apelada, la resolución recurrida establece las siguientes medidas:

1. A) prohibir la circulación de autobuses y autocares por las siguientes calles:

-a Cerdeña en el tramo comprendido entre las calles Roselló y Valencia.

-b Marina en el tramo entre Valencia y Roselló.

-c Provenza en el tramo entre Lepanto y Sicilia.

-d Mallorca en el tramo entre Lepanto y Sicilia.

B) Autorizar la circulación de autobuses de transporte urbano colectivo de viajeros del art 67 de la Ley 2/2003 y del epígrafe 3 del decreto por las calles a), b), c), y d), a excepción de los que tengan finalidad cultural y turística, solo permitida en la calle d).

2. Implantar catorce nuevas plazas de encochamiento y desencoamiento de autocares con las siguientes condiciones:

Avenida Diagonal entre las calles Lepanto y Cerdeña 12 plazas de 10 minutos

En la calle Marina plaza de la Hispanidad 2 plazas de 10 minutos.

3. Crear una reserva para el encochamiento y desencoamiento programados de autocares que transportes escolares y personas con movilidad reducida cuando cuenten con la previa entrada en grupo al templo en el siguiente lugar:

El tramo de la calle Marina entre las calles Mallorca y Provenza.

4. Establecer que la distribución de plazas de estacionamiento para los autocares en los alrededores de la Avenida Diagonal y de la estación del norte será la siguiente: (...).

5 Prohibir el estacionamiento de motos en la acera entorno al templo.

6 Promover y ordenar la señalización específica de orientación para los viandantes a los efectos de marcar itinerarios a través de las calles Cerdeña y Marina".

TERCERO.- En el fundamento de derecho segundo la sentencia apelada hace tratamiento del motivo de impugnación recogido en la demanda relativo a la consideración de la actuación recurrida como una disposición general, rechazando el planteamiento defendido por la actora con sustento en lo establecido en el artículo 39.2 de la LBRL y el artículo 7.a) del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, poniendo de relieve que la resolución recurrida no regula los usos de las vías urbanas sino el tráfico en un punto de la ciudad, facultad reconocida en el artículo 1.3 de la Ordenanza municipal, tomando en consideración el artículo 16 del citado Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo, sin adoptar medidas restrictivas de derecho o que impongan obligaciones, con mención de una sentencia de este Tribunal Superior de Justicia y rechazo de la toma en consideración de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que cita la actora por versar sobre un supuesto que nada tiene que ver con el tratado en el caso de autos. Tras precisar que los



anexos que acompañan a la resolución recurrida no puede determinar la naturaleza jurídica de la resolución recurrida, concluye que no cabe apreciar defecto en el procedimiento seguido para su adopción.

En el recurso de apelación se vuelve a defender el contenido regulatorio del acto recurrido, la aplicación del artículo 7.b) del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por contener la regulación del uso de unas vías de circulación, con vocación de permanencia, no medidas de ordenación del tráfico.

El hecho de que en la propia resolución recurrida se incluya mención del artículo 7 Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que prueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y del artículo 93 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, que aprueba la Carta Municipal de Barcelona, no resulta relevante a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la actuación recurrida, sino que se debe estar a su contenido, sin que quepa apreciar defecto en la sentencia apelada por el hecho de que no incluya mención de un artículo de la Ordenanza municipal citado en la demanda, ya que es constante la jurisprudencia en la indicación de que la motivación jurídica de la sentencia no debe replicar a cada uno de los argumentos aducidos ni es exigible que responda exhaustivamente a todas las alegaciones realizadas por los litigantes, pues la congruencia requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación pero no de los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones sino el discurso lógico jurídico de las partes (STS de 30 de marzo de 2006).

No se contiene en el recurso de apelación razón en la que sustentar que la resolución recurrida, contrariamente a lo recogido en la sentencia apelada, tenga un contenido normativo por regular los usos de unas vías urbanas.

La resolución recurrida no merece la consideración de disposición general sino de acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, pues no incorpora, propiamente, un contenido normativo que se integre en el ordenamiento jurídico, con el establecimiento de derechos y obligaciones, sino que lo que hace es fijar medidas de ordenación del tráfico en varias vías públicas urbanas, en atención a lo establecido en el artículo 7.a) del del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en cuanto atribuye a los municipios la ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas de su titularidad. Se adopta en atención a lo establecido en el artículo 16 del citado Texto refundido en cuanto dispone que "cuando razones de seguridad o fluidez de la circulación lo aconsejen, podrá ordenarse por la autoridad competente otro sentido de circulación, la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos o usuarios, el cierre de determinadas vías, el seguimiento obligatorio de itinerarios concretos, o la utilización de arcones o carriles en sentido opuesto al normalmente previsto", añadiendo que "para evitar entorpecimiento a la circulación y garantizar la fluidez de la misma, se podrán imponer restricciones o limitaciones a determinados vehículos y para vías concretas, que serán obligatorias para los usuarios afectados", precepto desarrollado por el artículo 37 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación. Aunque tiene trascendencia con proyección general esa regulación no necesita contenerse en una Ordenanza municipal en los términos del artículo 7.b) del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, ya que no determina el uso de las vías urbanas que se cita el tráfico por las mismas.

En el recurso de apelación se defiende que es aplicable el criterio recogido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se citaba en la demanda, que declara que la regulación se dicta en ejercicio de la competencia municipal establecida en el artículo 7.b) de la Ley de Tráfico, pero olvida la apelante que el contenido de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia no crea jurisprudencia.

Por consiguiente, no cabe apreciar defecto en el procedimiento tramitada para la adopción de la resolución recurrida ni la falta de competencia del órgano que la dicta.

CUARTO.- En el escrito de demanda se oponía la falta de publicación de la delegación del Alcalde a favor del Regidor que adopta el acto recurrido y la falta de publicación en el BOP de la resolución recurrida, cuestiones sobre las que la sentencia apelada resuelve atendiendo al contenido del documento nº 1 aportado con la contestación a la demanda (publicación en la Gaceta municipal de la delegación) y a las notificaciones del acto recurrido que constan en el expediente administrativo.

El Decreto de delegación del Alcalde a favor del Regidor de Mobilitat, de fecha 1 de julio de 2011, fue publicado, además de en la Gaceta municipal, en el BOPB de 18 de julio de 2011, delegación que comprendía el establecer prohibiciones de circulación por la vías de la ciudad delante de situaciones excepcionales, como puede ser la habida en el zona de la Sagrada Familia de Barcelona que se pone de manifiesto en el expediente administrativo.



Como ya se hiciera en el escrito de conclusiones de la actora, en el recurso de apelación se opone la falta de publicación de la resolución recurrida en los términos establecidos en los artículos 57 y 59.6 de la LPAC y 39 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre .

Por la sola cita de los preceptos de la LPAC que se estiman infringidos no cabe apreciar que se haya introducido, improcedentemente, un nuevo motivo de impugnación en el escrito de conclusiones. Respecto del artículo 39 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, sí ya que se utiliza para defender la competencia de la Jefatura Provincial de Tráfico para la adopción del acto recurrido, con necesidad de su publicación conforme a lo previsto en el apartado 4 del citado precepto.

Según dispone el artículo 59.6.a) de la LPAC , la publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada.

Si bien el artículo siguiente, al que remite, dispone que "los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente", en el caso de autos no cabe apreciar la concurrencia de ninguna de esas situaciones, pues la ordenación del tráfico que comprende la resolución recurrida debe plasmarse en las señales de tráfico que se instalen en las citadas vías urbanas, para el conocimiento no solo de las personas interesadas, como pueden ser los miembros de la asociación apelante, a la que según consta en el expediente administrativo le fue notificado el acto recurrido, o los vecinos de la zona, sino por cualquier persona que se desplace al lugar, que deberá someterse a esa ordenación del tráfico establecida.

QUINTO.- Sobre la falta de justificación y motivación de la resolución recurrida resuelve la sentencia apelada en su fundamento de derecho tercero, poniendo de relieve que "la potestad plasmada en el contenido de la resolución no es otra que la facultad discrecional que se reconoce a la Administración en la ordenación del tráfico, siempre dentro del ámbito que la ley marca. La potestad o dicha facultad se reconoce en sentencia del TS de 7 de julio de 2000 que expone en diversos pasajes de la misma prescripciones que así lo atestiguan", e indicando que "es indudable que el ejercicio de esas facultades se desarrolla dentro del ámbito de la potestad discrecional de la Administración, en cuanto a su concreta aplicación, derivada de la necesidad de ponderar los complejos intereses puestos en juego a través de la regulación del tráfico viario en una ciudad de importantes dimensiones, necesidad que requiere conocimientos técnicos especializados y que no puede ser sustituida por los criterios particulares y meramente subjetivos de los ciudadanos" recogiendo el criterio constante de la jurisprudencia sobre la materia, para seguidamente atender al contenido del expediente administrativo, con mención de las quejas vecinales, los informes de los servicios técnicos, del estudio obrante en el folio 5 y siguientes del expediente administrativo y de las reuniones con representantes del sector, entre los que se encontraba la recurrente, poniendo de relieve que la parte actora no concreta el tipo de informe que falta.

En el recurso de apelación se vuelve a insistir sobre la falta de justificación técnica y jurídica de las medidas adoptadas, con graves consecuencias en los servicios de transporte y turísticos, poniendo de relieve que el estudio obrante en el folio 5 y siguientes del expediente administrativo no está firmado, y remitiendo al folio 22 del expediente administrativo en el que el Director de Serveis de Mobilitat reconoce que no existe ningún informe por no ser necesario en un cambio viario.

No se aporta en el recurso de apelación ningún elemento nuevo del que poder deducir, contrariamente a lo recogido en la sentencia apelada, la falta de motivación y justificación de la resolución recurrida. La potestad de ordenación del tráfico es discrecional y los hechos determinantes de la ordenación contenida en la resolución recurrida, que se concretan en los primeros folios del expediente administrativo y que sirven de fundamento al ejercicio de esa potestad, no se han visto desvirtuados con la demanda ni con el recurso de apelación.

SEXTO.- Sobre la nulidad de la resolución recurrida por ser discriminatoria resuelve la sentencia apelada en su fundamento de derecho cuarto y tras referir la definición del transporte discrecional y del transporte regular, pone de relieve que se vulneraría el principio de igualdad si habiendo quedado acreditado que esos transportes generan los mismo problemas, cosa que como decimos no se ha hecho, se impusiese esas limitaciones solo respecto de unos determinados sujetos. No puede estimarse la pretendida vulneración de la igualdad cuando partimos de la base que los supuesto de hecho no son idénticos. Por tanto resulta evidente la existencia de elementos diferenciadores entre los autobuses discretionales, los interurbanos de línea regular cuyo servicio y finalidad pública a fin de garantizar el desplazamiento de las personas por la ciudad es sobradamente conocido por todos y con los turísticos de línea regular definidos en el Decreto 363/2006 y, teniendo en cuenta lo anterior, resuelve en el sentido de que no cabe apreciar la pretendida desigualdad y trato discriminatorio ni para los



actores, ni tampoco para los usuarios de los mismos, cuyo único inconveniente puede ser el que no se les deje a los pies mismos de la Sagrada Familia si no en puntos un poco más alejados. Por último la introducción de excepciones o creación de parada específica para menores y personas con movilidad reducida se justifica sobradamente en función de unas especiales características que son suficientes para justificar una regulación específica e incluso más favorable tendente a eliminar precisamente esa desigualdad que su situación puede generar.

Tampoco aquí se introduce en el recurso de apelación ningún elemento nuevo del que poder deducir la vulneración del principio de igualdad, máxime cuando el término de comparación aportado no es válido, como se expresa en la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- En el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada se resuelve sobre la alegada vulneración del principio de libertad de empresa y libre competencia, poniendo de relieve que no se acredita por la actora el régimen de competencia que existe entre los autobuses de líneas discrecionales con los regulares, negando su vulneración.

Es constante la jurisprudencia en su indicación de que el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado viene recogido como derecho no fundamental en el artículo 38 de la Constitución, que hasta para los fundamentales fija límites, tanto derivados de los derechos de los demás como de otros bienes y derechos igualmente protegidos por ella, de manera que tal principio no tiene carácter ilimitado y absoluto (STS 14 de febrero de 1997), ni es sinónimo de "economía de libre empresa", sino que impone ciertas limitaciones a ésta, y se refiere a un sistema económico a implantar dentro del cual la libertad empresarial es un factor importante, pero no el único, de suerte que lo cierto y manifiesto es que la libertad de empresa aparece matizada por limitaciones o exigencias de la economía general (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1986 y 30 de octubre de 1987).

El núcleo esencial de dicha libertad constitucional se circunscribe a la facultad de iniciar cualesquiera iniciativa empresarial y a desarrollar la consiguiente actividad económica, pero la misma no resulta vulnerada por el sometimiento de dicha actividad a una determinada regulación legal y reglamentaria. Ello es tanto más notorio en lo que respecta a las actividades económicas que afectan a intereses generales y que, pese a desarrollarse bajo el principio de la libre competencia, están sometidas a un régimen de intensa regulación (STS de 29 de mayo de 2013).

El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias tiene declarado que el propio artículo 38 de la Constitución limita la libertad de empresa con las exigencias de la economía general y de la planificación, limitación que encuentra su cauce en los artículos 128.1 y 33.2 de la Constitución (SSTC. 83/1984 , 37/1987 , 227/1993 y 331/1998). Las medidas de intervención que ejercen las administraciones públicas sobre la libre iniciativa privada se justifican en la necesidad de proteger otros derechos igualmente dignos de protección, como son los de los consumidores y usuarios (artículo 51), o el deber de atender al desarrollo y modernización de todos los sectores económicos (artículo 130.1), o la custodia de los recursos naturales (artículo 45.2). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva tiene otra objetiva o institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, ejerciéndose dentro de un marco general configurado por las reglas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos (STC 331/1998).

Ese Alto Tribunal en la sentencia 53/2014, de 10 de abril, ha declarado que la libertad de empresa «viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad» (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15). Lo anterior es plenamente compatible con la afirmación de que «el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho» (SSTC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15, y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5) y «derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado» (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 ; 109/2003, FJ 15, o 112/2006, de 5 de abril, FJ 8).

En estos términos este motivo de impugnación debe ser rechazado, como también los han sido los anteriores, procediendo por ello desestimar el recurso de apelación.

OCTAVO.- Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que en segunda instancia se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas, razón por la cual procede imponer las costas a la parte apelante al no advertir la concurrencia de circunstancia alguna que justifique su no imposición a la misma. No obstante se considera procedente en este supuesto limitar hasta 1.200 euros la cantidad que,



por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte favorecida por dicho pronunciamiento.

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

FALLO

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

PRIMERO. Desestimar el recurso de apelación formulado por la Associació d'Empresaris de Transport Discrecional de Catalunya contra la sentencia dictada el 3 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Barcelona .

SEGUNDO. Imponer a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia, cuya cuantía máxima se fija en mil doscientos (1.200) euros.

Contra esta sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al artículo 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el artículo 86 y siguientes LJCA .

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

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