



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 5 de mayo de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2760/2012

SUMARIO:

Acción administrativa. Régimen jurídico de las Administraciones públicas. *Análisis de la legalidad de la ordenanza reguladora de las terrazas de veladores y quioscos de hostelería de Madrid, que transpone la Directiva Bolkestein.* Sujetar a diferente régimen, respecto de las terrazas con veladores, a las cafeterías, bares, restaurantes, bares-restaurantes, heladerías, chocolaterías, salones de té, tabernas, café bares o croisanterías, respecto de las discotecas, salas de fiesta y bares especiales, no resulta discriminatorio, injustificado ni desproporcionado, por lo que la ordenanza no se entiende nula cuando así lo establece. [Vid., en sentido contrario, STSJ de Madrid, de 19 de abril de 2012, recurso n.º 313/2011, que resuelve el recurso interpuesto contra esta sentencia].

PRECEPTOS:

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Servicios en el mercado interior), art. 10.

Ley 17/2009 (Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), arts. 9 y 10.

Constitución Española, art. 14.

PONENTE:

Doña María del Pilar Teso Gamella.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 2760/2012 interpuesto por la Letrada del Ayuntamiento de Madrid, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 19 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso contencioso-administrativo nº 313/2011, sobre ordenanza municipal.



www.civil-mercantil.com

Ha sido parte recurrida la "Asociación de Empresarios del Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid (Noche Madrid)", representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Díaz de la Peña López.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha seguido el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la parte ahora recurrida, contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid que adapta al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición 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.

Segundo.

La sentencia impugnada acuerda en el fallo lo siguiente:

<<Que estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Ana Días de la Peña López en nombre y representación la <<Asociación de Empresarios del Ocio Nocturno de Comunidad de Madrid (Noche- Madrid)>>.>> y en su virtud ANULAMOS la referencia a cafetería, bar, restaurante, bar-restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería contenida en el apartado 1 del artículo 2 y en el Artículo 14 de la ordenanza reguladora de las terrazas de veladores y quioscos de hostelería, de 21 de diciembre de 2006 modificada por el artículo 14 de la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Madrid por la que se adaptan al ámbito de la Ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición 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 aprobada por acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de marzo de 2011 y publicada en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 8 de abril de 2011>>.

Tercero.

Contra dicha Sentencia se prepara, primero ante la Sala "a quo" y se interpone, después, ante esta Sala, recurso de casación, en el que se solicita que se estime el motivo de casación invocado, se case la sentencia y se desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Mediante auto de la Sección Primera de esta Sala de 21 de febrero de 2013 , se admite el recurso de casación.

Quinto.

La recurrida presenta escrito de oposición, solicitando que se desestimen las pretensiones del Ayuntamiento recurrente, con imposición de costas a dicha Administración.

Sexto.

Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 29 de abril de 2014, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto, por la parte ahora recurrida "Asociación de Empresarios del Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid (Noche Madrid)", contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid que adapta al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición 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 .

Resulta necesario, antes de nada, acotar el alcance de la presente impugnación. Se cuestiona, únicamente, las razones que llevan a la sentencia recurrida a declarar la nulidad de los artículos 2.1 y 14 de la ordenanza reguladora de las terrazas de veladores y quioscos de hostelería , de fecha 21 de diciembre de 2006, cuando se refiere a " cafetería, bar, restaurante, bar- restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería ", que resulta modificada precisamente por el artículo 14 de la ordenanza recurrida en el recurso contencioso administrativo (de transposición de la Directiva 2006/123/CE). Teniendo en cuenta que la ordenanza recurrida tiene por objeto adaptar, en su extenso anexo, las diferentes ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Madrid a la indicada Directiva.

Segundo.

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Las razones que llevan a la Sala de instancia a estimar en esa concreta parte el recurso contencioso administrativo, además de la discriminación, se expresan en el fundamento de derecho séptimo cuando declara que <<pese a la argumentación del Ayuntamiento de Madrid de que por la propia naturaleza de las terrazas de veladores que es incompatible con la actividad realizada y que caracteriza cada uno de los establecimiento demandantes ha de indicarse que dicha motivación para que pudiera surtir efecto limitativo por mandato de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) debió incorporarse como motivación a su texto y por otra parte no resulta proporcionada. Los bares especiales, discotecas, salas de fiesta no son establecimiento esencialmente distintos de las cafeterías, bares, restaurantes, bares-restaurante, heladerías, chocolaterías, salones de te, tabernas, cafés bar o croisanterías, sino que ofrecen un plus de servicios a sus clientes fundamentalmente lo referido a la ambientación musical que exige una regulación especial que controle fundamentalmente las emisionesacústicas, pero en lo referido a la expedición consumo de bebidas no existe diferenciación sustancial. La interpretación del Ayuntamiento de Madrid que como los bares especiales no pueden servir bebidas para su consumo en el exterior del local, además resulta restrictiva en la medida que si las terrazas de veladores, en cuanto instalaciones accesorias a determinados establecimiento, no constituyen en sí mismas un uso urbanístico distinto o separado del uso del establecimiento principal, de manera que no son susceptibles de existir de forma independiente o aislada de los mismos, como indica la Exposición de Motivos de la Ordenanza reguladora de las Terrazas de Veladores y Quioscos de Hostelería el 21 de diciembre de 2006, la expedición de bebidas en las mismas ya no suponen que se vendan las bebidas para su consumo exterior pues la terraza o el velador constituye unainstalación accesoria y por lo tanto interior del establecimiento.>>

Tercero.

La presente casación se sustenta sobre un único motivo, en el que, por el cauce procesal que diseña el artículo 88.1.d) de nuestra Ley Jurisdiccional , se denuncia la infracción 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, el artículo 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , de Bases de Régimen Local, y artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales .

Sostiene el Ayuntamiento recurrente que la ordenanza impugnada no incurre en la discriminación que aprecia la sentencia recurrida respecto de los establecimientos dedicados a " cafetería, bar, restaurante, bar-restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería ", en relación con aquellos otros que se dedican a discoteca, salas de



www.civil-mercantil.com

fiesta o bares especiales, porque se trata de establecimientos pertenecientes a sectores diferentes, en los que se desarrollan actividades distintas.

Mientras que la Asociación recurrida considera que no se trata de diferentes sectores porque todos se encuentran regulados por la misma ley --" Ley 17/1997 de la Comunidad de Madrid de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas "--. Considera, por ello, que en las terrazas de veladores de tales establecimientos (discotecas, salas de fiesta y bares especiales) se realizará la misma actividad que en las demás terrazas, que consiste en servir consumiciones, bebidas y comidas.

Cuarto.

La sentencia recurrida al enjuiciar la legalidad de la Ordenanza que adapta al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición 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, considera que no incluir, respecto de las terrazas con veladores, a las discotecas, salas de fiesta y bares especiales es discriminatorio, injustificado y desproporcionado.

No podemos compartir la conclusión que alcanza la sentencia recurrida por las razones que seguidamente expresamos.

Ciertamente Directiva, conocida como "Directiva Bolkestein" tiene por objeto, según reza en sus considerandos, crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y circulación de servicios entre los Estados miembros (apartado 12), hacer de la economía de la Unión Europea una economía competitiva y dinámica, suprimiendo los obstáculos (apartado 4) que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio de esas dos libertades fundamentales del Tratado (apartado 5). Para ello la Directiva se refiere a una amplia gama de servicios, aunque solo incluye en su ámbito aquellos que se realizan por una contrapartida económica (apartado 17 y artículo 2.1), " sin descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad (...) y de sus respectivos sistemas de regulación " (apartado 7). Lo que se pretende, por tanto, es suprimir de forma prioritaria las barreras innecesarias alcanzando un auténtico mercado interior de servicios. Si bien la Directiva tiene en cuenta otros objetivos como la protección del medio ambiente, la seguridad pública y la salud (apartado 7 "in fine").



www.civil-mercantil.com

Lo anterior viene a cuento porque esa libertad de establecimiento no resulta ilimitada, sino sujeta a determinadas condiciones para la concesión de la autorización, según recoge el artículo 10.2 de dicha Directiva, que han de basarse en criterios que eviten la arbitrariedad, como sucede con la proscripción de la discriminación, no estar justificado por la concurrencia de una razón de interés general, y ser, efectivamente, proporcionados a dicho objetivo de interés general (artículo 10.2 apartados a, b y c).

Quinto.

Acorde con el marco anterior, la sentencia entiende que procede la nulidad de la norma impugnada al aplicar los citados criterios: no ser discriminatorios, ni injustificados o desproporcionados. También asumidos, como es natural, por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, concretamente en el artículo 9, toda vez que esta Ley, también invocaba como infringida, incorpora parcialmente al Derecho español la citada Directiva 2006/123/CE, ex disposición final segunda. Sin que venga al caso referirnos ahora a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, denominada "Ley Omnibus", que modificó la normativa estatal con rango de ley para su adecuación a los principios de la Directiva y Ley citadas.

Lo cierto es que sujetar a diferente régimen, respecto de las terrazas con veladores, a "cafetería, bar, restaurante, bar- restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería", respecto de las discotecas, salas de fiesta y bares especiales, no resulta discriminatorio, injustificado ni desproporcionado, como antes adelantamos y ahora desarrollamos.

Sexto.

No es discriminatorio porque se trata de establecimientos sustancialmente diferentes, en los que las diferencias esenciales se concentran en los horarios de apertura, en el impacto acústico que puede comportar, en el tipo de servicio que se presta en los diferentes establecimientos, y en la diferente actitud de los usuarios según el servicio que se presta en el interior del mismo. De manera que estas circunstancias son elementos diferenciadores que tienen indudable trascendencia jurídica, proporcionando al trato diferente de una justificación objetiva y razonable.

No puede predicarse una uniformidad en el régimen jurídico de aplicación, respecto de las terrazas de veladores, cuando las situaciones jurídicas contempladas son diferentes, haciendo tabla rasa, por tanto, de las diferencias que antes señalamos. La proscripción de la



www.civil-mercantil.com

discriminación, artículo 14 de la CE , impone que no pueda equipararse, confiriendo igual trato, a lo que es por su propia naturaleza diferente.

Séptimo.

No es injustificado , además de las razones expuestas respecto de la discriminación, porque precisamente el interés general avala el diferente trato que previene la ordenanza impugnada en la instancia. Recordemos que la justificación que exige el Derecho comunitario y el Derecho interno se refiere, en el artículo 10.2.b) de la Directiva 2006/123/CE y artículo 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a una justificación basada en el interés general.

No se trata, por tanto, de una motivación adicional que ha de contener la norma reglamentaria que se modifica e impugnada en la instancia, como parece sostener la sentencia recurrida. No. Se trata de una diferencia justificada porque resulta acorde con las razones que demanda el interés general. Y es este precisamente el que aconseja adoptar un criterio diferente en uno y otro tipo de establecimientos.

Octavo.

Tampoco es desproporcionado porque el principio de proporcionalidad que enuncian los citados artículos 10 de la Directiva y 9 de la Ley 17/2009 se refiere, como tradicionalmente corresponde a este principio, a la proporcionalidad respecto del " objetivo de interés general ".

Con carácter general, recordemos, el principio de proporcionalidad pone en relación la necesidad de una adecuación entre el fin perseguido por razones de interés público y los medios que se emplean para su consecución.

Acorde con dicha enunciación, la proyección de la proporcionalidad en este ámbito de intervención, como es la procedencia de terrazas de veladores en determinados establecimientos, ha de basarse en una interpretación acorde con el interés público concernido, que revela que la cita del tipo de establecimientos en los que se permite esta clase de terrazas, que omite la mención a las discotecas, salas de fiesta y bares especiales , se produce por las características cualitativamente diferentes de estos locales, respecto de los que cita la ordenanza (cafetería, bar, restaurante, bar-restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería), lo que necesariamente ha de condicionar la actividad administrativa, en lo relativo a la correspondencia entre medios empleados y fines que se persiguen.



www.civil-mercantil.com

En consecuencia, procede estimar el motivo alegado por el Ayuntamiento de Madrid y declarar haber lugar a la casación. Y situados en la posición que nos coloca el artículo 95.2.d) de la LJCA , procede desestimar el recurso contencioso administrativo.

Noveno.

Al declararse haber lugar al recurso de casación, no procede imponer las costas procesales (artículo 139 de la LJCA).

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que estimamos el motivo invocado y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Letrada del Ayuntamiento de Madrid, contra la Sentencia de 19 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso contencioso-administrativo nº 313/2011 .

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la "Asociación de Empresarios del Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid (Noche Madrid)", contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid que adapta al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición 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, que declaramos, respecto de los motivos impugnados, conforme a Derecho.

No se hace imposición de costas .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.