Roj: STS 2337/2021 - **ECLI:**ES:TS:2021:2337
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 7477/2019
Nº de Resolución: 779/2021
Fecha de Resolución: 02/06/2021
Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)
Ponente: WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY
Tipo de Resolución: Sentencia
Resoluciones del caso: STSJ CAT 9648/2019, ATS 2603/2020, STS 2337/2021

Cuestión:

Plan Especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona.

Resumen:

La Sala desestima el recurso. El plan de urbanismo como el de autos es un instrumento legítimo para someter a la previa autorización administrativa el ejercicio de una actividad de vivienda de uso turístico y que los preceptos del mencionado Plan que condicionan la concesión de la tal autorización es proporcionada y está suficientemente justificada por la salvaguarda de la razón imperiosa de interés general de facilitar la existencia de viviendas susceptibles de arrendamientos para residencia de los ciudadanos. Por tanto, la pretensión accionada en el proceso, en la forma en que ha quedado delimitada tras la sentencia de instancia, no puede ser acogida, dado que, si dicha pretensión es la nulidad de los preceptos del Plan, por estar en contradicción con lo establecido en los artículos de la Directiva y la Ley nacional sobre libertad de servicios, ya se ha concluido que no existe dicha contradicción.

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 779/2021

Fecha de sentencia: 02/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7477/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7477/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 779/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 2 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7477/2019 interpuesto por la ASOCIACIÓN DE APARTAMENTOS TURÍSTICOS DE BARCELONA, representada por el procurador D. Ignacio López Chocarro, bajo la dirección letrada de D. Javier García Trujillo contra la *sentencia nº 302/2019, de 4 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo nº 107/2016*, relativa al Plan Especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona. Han comparecido como partes recurridas el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador D. Vicente Ruigomez Muriedas y defendido por el letrado D. Ignacio Gual, APARTHOTEL APOLO SL, representada por la procuradora D.^a María Lourdes Madrid Sanz, bajo la dirección letrada de D. Pablo Camprubi Garrido y TIMBEL S.L., representada por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco, bajo la

dirección letrada de D.^a Gemma Solanas Romero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La representación procesal de la ASOCIACIÓN DE APARTAMENTOS TURÍSTICOS DE BARCELONA, interpuso ante la *Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso contencioso-administrativo nº 107/2016* contra determinados artículos del Acuerdo, de 1 de abril de 2016, del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por el que se aprobó el Plan Especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona.

La Sala de instancia lo estima en parte, por sentencia de 4 de abril de 2019, anulando los artículos 6.2.c, 6.2.d), 6.3, 7.1.f) y 7.1.g) del Acuerdo del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por el que se aprobó el Plan Especial urbanístico para la regulación, de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona, así como el 7.1.d) desde "se entiende..." hasta "desocupado", el art. 17.3 y la Disposición Transitoria segunda.

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

Notificada la sentencia a las partes personadas, la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE APARTAMENTOS TURÍSTICOS DE BARCELONA, ha preparado recurso de casación en el que denuncia que la sentencia impugnada infringe el *artículo 24 y 33 CE*, *art. 67.1 LJCA* y los *arts. 15.2 y 3 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, y el *artículo 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Alega que la Sala de instancia ha considerado suficiente en orden a avalar los límites impuestos al acceso a la actividad y su ejercicio una motivación genérica del Plan, infringiéndose el art. 15.3 de la Directiva de servicios en el mercado interior, por no venir justificados dichos límites, contenidos en los arts. 7, 11, 12, 13, 14 y 16 del Plan especial urbanístico para regulación de viviendas de uso turístico en Barcelona (consistentes en la condición de densidad máxima de viviendas de uso turístico limitada a las existentes, decrecimiento de habilitaciones de viviendas de uso turístico en las zonas específicas 1 y 4 del Plan, prohibición de implantar viviendas de uso turístico en entidades con uso de viviendas a 1 de julio de 2015 y el índice del 1,18% de densidad máxima de viviendas de uso turístico por manzana en las zonas específicas 2 y 3) por razones imperiosas de interés general, ni haberse analizado su proporcionalidad adecuación a la finalidad perseguida, ni su necesidad, produciéndose una restricción de la competencia y de la libre prestación de servicios.

Añade, que, aunque el Plan especial impugnado fue derogado y sustituido por el actual Plan especial para la regulación de los establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico de Barcelona, aprobado por acuerdo del Consejo municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 27 de enero de 2017, el nuevo Plan contiene las mismas limitaciones que el anterior. La Sala de instancia, al respecto, apunta que al

haber sido recurrido el Plan vigente, puede recobrar vigencia el anterior, por lo que no se ha producido la pérdida de objeto sobrevenida, entrando a resolver sobre el fondo del asunto.

Por lo que atañe a la justificación del interés objetivo casacional, se sostiene por la recurrente la concurrencia de los supuestos de interés casacional previstos en los *apartados a), b), c) y g) del artículo 88.2 LJCA* , así como la concurrencia de la presunción establecida en el *artículo 88.3.a) LJCA* .

Plantea, como cuestiones de interés casacional si las limitaciones referidas infringen el *art. 15.2 y 3 de la Directiva de Servicios* y *9.2 de la Ley 17/2009* , así como cuál es el grado de motivación y justificación que ha de exigirse a normas urbanísticas que supeditan el acceso a una actividad económica y a su ejercicio a requisitos contemplados en el *art. 15.2 de la Directiva 2006/123* .

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 18 de octubre de 2019, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de *la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 13 de mayo de 2020* , acordando:

<<1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 7477/2019 preparado por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE APARTAMENTOS TURISTICOS DE BARCELONA, contra la *sentencia, de 4 de abril de 2019, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo n. 107/2016* , deducido contra determinados artículos del Acuerdo, de 1 de abril de 2016, del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por el que se aprobó el Plan Especial urbanístico para la regulación, de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si una regulación como la contemplada en los arts. 7, 11, 12, 13, 14 y 16 del Acuerdo, de 1 de abril de 2016, del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por el que se aprobó el Plan Especial urbanístico para la regulación, de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona, resulta, o no, contraria a lo establecido por el *artículo, 15.2 y 3 de la Directiva 2006/123/CE* y *9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre* , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el *artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre* , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

3.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de la Asociación de Apartamentos turísticos de Barcelona con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico <<[...] tras los trámites de rigor, sin necesidad de la celebración de vista, dicte Sentencia, por la que: A) Se fije doctrina jurisprudencial en el sentido expuesto en la Alegación Tercera, apartado 1, del presente escrito de interposición. B) Se declare que la Sentencia recurrida infringe dicha doctrina jurisprudencial, y por tanto, se case y anule en parte. C) En consecuencia, se estime el recurso contencioso-administrativo de mi principal en el sentido de anular y dejar sin efecto también los arts. 11.2.b), 12.2.c), 13.2.c), 14.2.c) y 17, los arts. 11.2.c y 14.2.c, los arts. 12.2.b, 13.2.b y 7.1.c , y los arts. 12.2.d), 13.2.d) y 16 del Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona, aprobado definitivamente por el Acuerdo, de fecha 1 de abril de 2016, del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona.>>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a las representaciones procesales de las recurridas, por el Ayuntamiento de Barcelona se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: <<[...] desestime el recurso de casación y declare que la regulación contenida en los *artículos 7 , 11 , 12 , 13 , 14 y 16 del referido Plan no es contraria a lo establecido en los arts. 15.2 y 15.3 de la Directiva 2006/123/CE ni al artículo 9.2 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre* . -Estime el recurso y case la sentencia dictada por el Juzgado de instancia y declare que la reclamación formulada en solicitud de indemnización fue desestimada por silencio administrativo; y considere improcedente el pago de la indemnización al haber percibido de la Administración los salarios correspondientes a los días de baja, en los que se fundamenta la indemnización establecida en vía penal a cargo de un tercero.>> Por diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2020, no constando haberse presentado escrito alguno por el resto de recurridos, se tiene a los mismos por caducado el derecho y por perdido el trámite, sin perjuicio de lo dispuesto en el *art. 128 de la L.J.C.A* .

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 18 de mayo de 2021, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamento.

Se interpone el presente recurso de casación 7477/2019 por la representación

procesal de la "Asociación de Apartamentos Turísticos de Barcelona", en impugnación de la *sentencia 302/2019, de 4 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso-administrativo 107/2016* , que había sido promovido por la mencionada Asociación, contra el acuerdo del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, adoptado en su sesión de 1 de abril de 2016, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial Urbanístico para la regulación de las Viviendas de Uso Turístico (en adelante VUT) en la referida ciudad.

La sentencia de instancia estima en parte el recurso, anula parcialmente el mencionado acuerdo y declara la nulidad de los artículos 6.2º.c), d), 3º, 7º.1º.g), 17.3º y la Disposición Transitoria 2ª de la normativa urbanística y la nulidad parcial del artículo de dicha normativa 7.1º.d), rechazando declarar la nulidad de los restantes preceptos que se suplicaba en la demanda.

Los argumentos que llevan a la Sala sentenciadora para la expuesta declaración de nulidad, al tiempo que para rechazar otras suplicadas en la demanda, se contienen en los fundamentos tercero y siguientes de la sentencia, en los que se declara, a los efectos del debate de autos y de manera extractada, lo siguiente:

"Examinando detenidamente las alegaciones contradictorias formuladas por las partes contendientes en el presente proceso, a la luz de la prueba con que se cuenta -con especial mención de las obrantes en los correspondientes ramos de prueba prácticamente ceñida a la constancia del expediente administrativo-, debe señalarse que la decisión del presente caso deriva de lo siguiente:

"1.- Efectivamente nos hallamos en el ámbito del Plan Especial Urbanístico para la regulación de las Viviendas de Uso Turístico en la ciudad de Barcelona, figura de planeamiento especial que manifiesta tomar su cobertura en el *artículo 67 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto* , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y el *artículo 67 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona* , para planes especiales de usos, en cuanto establece:...

"Habida cuenta de la fecha de su ubicación temporal también resulta aplicable el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, como por lo demás se irá viendo pero en la medida que no resulte afectado por las disposiciones legales posteriores.

"2.- Aunque la parte actora sostiene la producción de modificaciones sustanciales que obligarían a un nuevo trámite de información pública, hasta con invocación del *artículo 112 del Decreto 305/2006, de 18 de julio* , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, esa conclusión dista mucho de poderse alcanzar...

"Pues bien, en el presente caso igualmente, por cuanto se defiende su vulneración, procede traer a colación el *artículo 112 del Decreto 305/2006, de 18 de julio de 2006* , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, que se entronca y procede examinar a la luz de esa doctrina en cuanto dispone:...

"Y es así que, además de las alegaciones de la parte actora, igualmente procede detener la atención en la Memoria de la figura de planeamiento derivada

impugnada al respecto en cuanto en su apartado 1.3 establece:

"Pues bien, este tribunal entiende que, todo lo más, sólo se cuenta con una incorporación de prescripciones a modo de ajustes que inclusive siguiendo los supuestos destacados por la parte actora, del tenor relacionado con anterioridad y sin pericial técnica en su apoyo, en su contenido no muestra la relevancia requerida por el precepto reglamentario referido ni por la doctrina establecida, máxime cuando todo conduce a pensar en pluralidad de pronunciamientos puntuales y de índole menor que se recogen finalmente, al punto que este tribunal ni alcanza el convencimiento necesario al respecto sobre su concurrencia ni se desvirtúa el posicionamiento de la figura de planeamiento a ese respecto.

"La conclusión a la que cabe llegar es que los esfuerzos que ha propiciado la parte actora sólo alcanzan a mostrar modificaciones concretas y específicas del planeamiento en trámite y, como se ha expuesto, por muy importantes y "sustanciales" que resulten para los propietarios de los terrenos afectados no se ha demostrado que sean relevantes desde la perspectiva del Plan, considerado en su conjunto.

"[...] Expuesto lo anterior y dada su mayor enjundia, procede examinar la alegada vulneración de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, al defenderse el establecimiento de condiciones de exclusión de una serie de actividades turísticas en determinadas zonas de la ciudad de Barcelona.

"Examen que solo puede obedecer a la órbita general que se presenta y se ha elegido por la parte actora lo que solo permite un análisis genérico sobre el ejercicio de la potestad de planeamiento en el plano genérico de las Viviendas de Uso Turístico en la ciudad de Barcelona e interesa reiterarlo sin otras alegaciones y probanzas que la documental prácticamente ceñida al expediente administrativo.

"Como se citan los artículos 11, 12, 13, 14 y 16 procede reproducirlos para la debida constancia del siguiente modo:

"Y debe indicarse, en sintonía, por todas, con *nuestra Sentencia nº 629, de 3 de julio de 2018*, y las que en ellas se citan, que en una primera aproximación a la temática planteada debe irse sentando lo siguiente:

"1.- Aunque la parte actora no diferencia debidamente, en aplicación del derecho comunitario, la libertad de establecimiento o/y la libertad de prestación de servicios en general y el concreto régimen de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, teniendo en cuenta la profundización incisiva que se opera en la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios, todo conduce a pensar que la perspectiva que se ha elegido por esa parte es la de la Directiva 2006/123/CE.

"No se va a descubrir la obviedad que representa el tan sobresaliente marco que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, determina para garantizar que tanto los prestadores como los destinatarios de los servicios se beneficien con mayor facilidad de las libertades fundamentales de establecimiento y la de prestación de servicios a través de las fronteras simplificando procedimientos, eliminando obstáculos a las actividades de servicios al punto de promover la confianza recíprocas de los estados miembros, de los prestadores y de los consumidores en el mercado interior.

"En esa perspectiva y a tales efectos procede dejar debidamente anotados los 118 Considerandos de esa Directiva y muy en especial los 5 a 7 del siguiente tenor:...

"2.- Pero es que de la misma forma interesa no perder de vista especialmente sus Considerandos 9, 40, 56, 66 y 101 ya que en los mismos se va revelando su posicionamiento en la materia de ordenación del territorio, urbanismo, o, si así se prefiere, para la planificación urbana y rural...

"Y considerandos 40, 56, 66 y 101, que para el concepto de "razones imperiosas de interés general", ya dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y para determinadas prescripciones, en el halo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ya que se prevé la operatividad de la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural y en el ámbito del desarrollo urbanístico. Así de la siguiente forma:...

"3.- Como se alega el régimen en que la Directiva apunta a las denominadas "razones imperiosas de interés general" no resulta ociosa la cita del *artículo 4.8) de la Directiva 2006/123/CE* del siguiente modo:...

"8) "razón imperiosa de interés general", razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural;..."

"Y ello en relación especial, cuanto menos, con los dictados de sus artículos:

"-Artículo 5.3 para Simplificación de procedimientos.

"-Artículo 9 para Autorizaciones.

"-Artículo 10.1. y 2 para Condiciones para la concesión de la autorización.

"-Artículo 11.1 para Duración de la autorización.

"-Artículo 12 para Selección de varios candidatos.

"-Artículo 13.4 para Procedimientos de autorización.

"-Artículo 15.2 y 3 para Requisitos por evaluar.

"-Y artículo 24 para Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas.

"4.- Y otro elemento a poder tener en cuenta, si así se prefiere, es "El Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios", de 2007, que fuera de las fuentes de Derecho Comunitario se elaboró por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, citado como tal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia -así en la *Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, de 11 de julio de 2013, en el asunto nº*

C-57/2012 , de petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al *artículo 267 TFUE* , por la Cour Constitutionnelle (Bélgica)-, y de ahí que se relacione el mismo, en el sentido que en él se afirma que:

""Ha de quedar claro asimismo que las materias excluidas del ámbito de la Directiva seguirán rigiéndose plenamente por el Tratado CE. Lógicamente, los servicios excluidos continuarán sujetos a los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. La legislación nacional reguladora de estas actividades de servicios debe ajustarse a lo dispuesto en los *artículos 43 y 49 del Tratado CE* y ha de respetar los principios que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha desarrollado sobre la base de la aplicación de los mismos. Corresponde a los propios Estados miembros garantizar que su legislación se ajusta al Tratado CE conforme a la interpretación de éste por parte del TJCE. La Comisión continuará ejerciendo su papel de guardiana del Tratado CE y asistiendo a los Estados miembros en esta tarea".

"Y ello es así al punto que, en concreto para la Comisión Europea y con las observaciones ya expuestas, para los Requisitos generales que no afectan al acceso a una actividad de servicios ni a su ejercicio, en su apartado 2.3.2 se argumenta lo siguiente:

""2.3.2. Requisitos generales que no afectan al acceso a una actividad de servicios ni a su ejercicio

"Como se explica en el considerando 9, la Directiva de servicios no se aplica a los requisitos que no regulen ni afecten específicamente a la actividad del servicio, pero que hayan de ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada. Esto significa que requisitos tales como los impuestos en el código de circulación, en las normas urbanísticas o de uso del suelo, en las normas de ordenación del territorio o en las ordenanzas de construcción, en general, no se verán afectadas por la Directiva de servicios. Por supuesto, el mero hecho de que se dé a tales normas la denominación específica, por ejemplo, como normas urbanísticas, o de que los requisitos se formulen de un modo general, es decir, que no se dirijan específicamente a los prestadores de servicios, no basta para excluirlas del ámbito de la Directiva de servicios. De hecho, ha de evaluarse el efecto real de los requisitos en cuestión para determinar si son de carácter general o no. Así, al transponer la Directiva, los Estados miembros deberán tener en cuenta que las "normas urbanísticas" o las "ordenanzas de construcción" pueden contener requisitos que regulen de manera específica actividades de servicios y que, por tanto, estén cubiertos por la Directiva de servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aun cuando figuren en las normas Urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios y, en consecuencia, han de atenerse a lo previsto en el capítulo sobre libertad de establecimiento de ésta".

"5.- A su vez, pasando a la legislación estatal y en su pléyade de disposiciones, deben resaltarse la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

"Si se trae a colación la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se debe a que en esencia se

produce una reproducción sensiblemente ajustada al texto de la Directiva y así procede advertir y destacar los contenidos relativos a la definición de "Razón imperiosa de interés general" de su artículo 3.11, con su mención a la protección del entorno urbano:

"-Artículo 6 respecto a los "Procedimientos de autorización".

"-Artículo 7 para "Limitaciones temporales y territoriales".

"-Artículo 8 para "Limitación del número de autorizaciones".

"-Artículo 9 para "Principios aplicables a los requisitos exigidos".

"-Artículo 10 para "Requisitos prohibidos".

"-Artículo 11 para "Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa".

"-Artículo 24 para "Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas".

"-Artículo 25 para "Actividades multidisciplinares".

"E igualmente destacar que por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se opera una extensión del régimen (sic) a sectores no afectados por la Directiva lo que debe tenerse suficientemente en cuenta ya que así resulta de su Preámbulo en cuanto establece:...

"6.- Como resulta obvio resulta decisivo y determinante atender a la cuidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y concretamente sobre la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo, relativa a los servicios del mercado interior, y de entre ellas resulta ser especialmente trascendente la *Sentencia de la Gran Sala de 30 de enero de 2018, en los asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16*, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al *artículo 267 TFUE*, por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) (*C- 360/15*) y por el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) (*C-31/16*), en los procedimientos entre College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort y X BV (*C-360/15*), y entre Visser Vastgoed Beleggingen BV y Raad van de gemeente Appingedam (*C-31/16*), cuyo contenido debe darse por reproducido, si bien de la que merece reproducir los siguientes particulares con el texto en **negrita** que añade este tribunal:...

""En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

"1) El *artículo 2, apartado 2, letra c), 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, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a tasas cuyo hecho imponible está vinculado a los derechos de las empresas facultadas para suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas a instalar cables para una red pública de comunicaciones electrónicas.

"2) El *artículo 4, punto 1, de la Directiva 2006/123* debe interpretarse en el sentido de que la actividad de comercio minorista de productos constituye un "servicio"

a efectos de la aplicación de esta Directiva.

"3) Las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores, deben interpretarse en el sentido de que se aplican también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

"4) El *artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2006/123* debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que normas contenidas en un plan urbanístico municipal prohíban la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad de dicho municipio, siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 15, apartado 3, de dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente".

"7- Desde luego si nos hallásemos fuera del ámbito urbanístico o/y territorial, que como se irá viendo no es del caso, y así en materia de equipamientos comerciales baste la cita de:

"- La *Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 2ª, de 24 de marzo de 2011, en el asunto nº C-400/08*, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al *artículo 226 CE*, el 16 de septiembre de 2008, Comisión Europea contra Reino de España, precisamente para asunto de la legislación y planeamiento territorial de Cataluña.

"- Las *Sentencias del Tribunal Constitucional 193/2013, de 21 de noviembre*, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, contra el *artículo 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre*, de promoción de la actividad económica de Cataluña, por el que se modifican los *apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre*, de ordenación de equipamientos comerciales de Cataluña, y la *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 128/2016, de 7 de julio*, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, contra los *artículos 69 y 95, así como contra las disposiciones adicionales vigésima segunda a vigésima sexta de la Ley de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo*, de medidas fiscales, financieras y administrativas, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 6830, de 13 de marzo de 2015, en la materia de Equipamientos comerciales.

"- Y las *Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª de las que pueden citarse la de la Sección 3ª de 5 de octubre de 2012, de la Sección 4ª de 13 de marzo de 2013, de la Sección 4ª de 14 de mayo de 2013, de la Sección 4ª de 30 de octubre de 2015, de la Sección 5ª de 3 de septiembre de 2015, de la Sección 5ª de 21 de junio de 2016 y de la Sección 5ª de 29 de enero de 2018*, y las que en ellas se citan.

"8.- Ciertamente en materia de alojamientos turísticos (sic) se tiene constancia de la *Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 3ª de 9 de octubre de 2010* en cuanto se pronuncia sobre una improcedente aplicación del tribunal de instancia de la doctrina jurisprudencial comunitaria relativa a la noción de "acto claro", si bien no se pronuncia sobre el fondo del caso en la órbita del derecho autonómico. En todo caso no resulta ocioso dejar nota suficiente de los particulares siguientes:...

"Llegados a estas alturas y por su trascendencia en el planteamiento de buen

número de asuntos, inclusive en trámite en este tribunal, procede advertir para las "razones imperiosas de interés de general" si cabe que deban de entenderse implícitas en una regulación o deben evidenciarse debidamente en la exposición de motivos o preámbulo de una norma o en su texto articulado. Y a ese respecto interesa la cita de los siguientes pronunciamientos:

"- La *Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 4ª de 30 de octubre de 2015* , en relación con la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista objeto de modificación por Ley 1/2010, de 1 de marzo, para adaptarse a la directiva de servicios, y la legislación autonómica, en cuanto establecía:

"La Exposición de Motivos de la ley estatal ya citaba el supuesto de instalación con superficie superior a 2500 m2 como supuesto donde está avalado que puede entrar la autorización comercial.

"O como ha reconocido el Tribunal Gallego de la Competencia y apunta la representación de la Junta de Galicia, "(...) resulta admisible de modo excepcional el establecimiento de la licencia de ámbito autonómico para grandes superficies, entendidas éstas como aquellas que superan los 2500 metros cuadrados de exposición y venta".

"Son muchas las CC.AA que optan por definir como gran superficie a las que superan 2500 m2, como sucedió con Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Navarra, Valencia, Madrid, y con alguna pequeña variación, también Murcia, La Rioja y Cataluña. Incluso, en Baleares y País Vasco, esta categoría entra incluso con bastante menos m2. Así, la existencia de la autorización autonómica es lo común en las CC.AA.

"No es ajustado entonces a la realidad decir que es la sentencia la que aporta ex novo la justificación de someter a la autorización los establecimientos superiores a 2500 m2 y las razones de interés general admitidos en la Directiva, cuando:

"- esas razones de interés general son un criterio del legislador estatal, pues en la propia Exposición de Motivos de la ley estatal, se dan por ciertas y reales: "A la hora de someter la autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial".

"- por el hecho de que es el criterio y m2 recogidos por la mayoría de las CC.AA.

"porque esa afectación al interés general y bienes jurídicos a proteger ya está plasmada, por ejemplo, en la *STC 225/1993, de 8 de julio* , cuando recuerda que "Es obvia la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los servicios públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan (...)". Es, entonces, el propio TC el que reconoce que estos establecimientos afectan a los parámetros que la Directiva y ley paraguas recogen para amparar la existencia de una autorización administrativa previa. En la **STC 264/1993** , de 22 de julio , reitera el carácter supramunicipal de los efectos de la implantación de estas grandes superficies.

"Y sin duda existe una motivación adecuada en el ordenamiento gallego, tal y como resulta de la Exposición de Motivos de la ley gallega".

"- La *Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 5ª de 19 de octubre de 2016* quizá más próxima a una motivación implícita al establecer:...

"[...] 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.

"[...] Prescindiendo de la alegación que se contiene en el escrito de interposición, al contenido del *artículo 22 de la Ley 16/2015, de 21 de julio*, de simplicidad de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad de Cataluña y de los Gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, cuya inaplicación al caso por razones temporales resulta evidente, 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".

"- La *Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 5ª de 21 de junio de 2016*, singularmente exigente no solo para la motivación sino también para la justificación de esas razones imperiosas de interés general como resulta de los siguientes particulares:

"10.- Finalmente los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de esta Sección, se han ido acomodando a esas perspectivas y para dejar suficiente constancia de las pueden merecer un interés sobre el caso se estima necesario apuntar las siguientes:...

"[...] Pues bien, expuesto lo anterior como marco de referencia de la decisión a adoptar al presente caso se hace preciso destacar que la desestimación de la demanda y pretensiones formuladas por la parte actora en el presente proceso, en la forma que lo han sido, obedece a lo siguiente:

"1.- En el presente caso nos hallamos, de un lado, en el ámbito de las Viviendas de Uso Turístico en la ciudad de Barcelona.

"2.- Pero es que en el presente caso nos hallamos, de otro lado, en el ámbito de la planificación urbanística a nivel de planeamiento derivado especial expuesto por lo que a efectos temporal resulta aplicable el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el *Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, con las modificaciones operadas hasta la fecha de su aprobación inicial como sienta y en aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta. b*) de ese texto legal.

"3.- Pues bien, en esa tesitura este tribunal, en defecto de otras alegaciones y probanzas, debe estimar, y como se ha expuesto en la vertiente general que se plantea, que la figura de planeamiento especial impugnada goza de una motivación y justificación mínima y suficiente en los dictados de su Memoria, junto con los informes con que se cuenta sin que se atisbe que se quiera incidir en supuestos perversos, disfuncionales o más allá de lo que la ubicación de usos corresponde en el técnica urbanística ni mucho menos en contra frontalmente a la Directiva 2006/123/CE.

"4.- La conclusión que cabe alcanzar en el presente proceso y en el halo genérico que se ha indicado precedentemente es que, de un lado, nos hallamos. fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE habida cuenta que - aplicable a los casos de componente comunitario, también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro-, negativamente, no nos hallamos ante los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, sino que, positivamente, nos hallamos ante requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio o/y de urbanismo 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.

"En definitiva, la figura de planeamiento de autos en general se sustenta en una motivación de la que cabría destacar su conexión con unos fenómenos reales; a saber: el de la incidencia, en la dinámica de nuestras urbes de los alojamientos turísticos.

"De unos supuestos que en Barcelona y también en su entorno metropolitano ha dejado de ser estacional para devenir una realidad social permanente.

"Se trata, como es de ver, de un hecho notorio, del que la Capital de Catalunya es un claro exponente de las secuelas del fenómeno en lo que atañe a la convivencia ciudadana, a la degradación del espacio público, a la seguridad de personas y bienes, o al encarecimiento del alquiler ordinario en los centros urbanos en perjuicio de los residentes de condición más humilde, puestos en la tesitura de tener que desplazar sus vidas al extrarradio.

"Cabe afirmar, pues, que la motivación genérica en la que se sustenta la figura de planeamiento de autos, pese a que pudiera criticarse, no deja de ser cognoscible y elocuente, haciéndose perfectamente visible su anclaje en consideraciones o razones de modelo urbanístico atendibles y legítimas, frente a las que el control jurisdiccional deberá mostrarse prudente y ponderado como no puede ser de otra manera. Razones y consideraciones que, al cabo, podrían resumirse así:

"-La posición estratégica de la ciudad de Barcelona y el continuum del litoral. Posición, ésta, que se estaría traduciendo en un incremento de la demanda de esos supuestos.

"-La conveniencia, en ese contexto, de promover y priorizar usos que no sean de los expuestos en las zonas específicas de su razón y en los ámbitos que se han delimitado, como modo de alcanzar un desarrollo armónico y más sostenible del conjunto.

"-La necesidad de preservar esas zonas específicas de las secuelas de los usos referidos. Secuelas a las que ya nos hemos referido más arriba.

"La explicación del modelo urbanístico de ubicación de los usos de alojamientos turísticos, por poco que se conozca la realidad de Barcelona y su entorno, trae a la mente de cualquier observador una realidad incontestable.

"No se trata de una realidad ajena a los fines del "urbanismo" y encaja sin violencia en la tarea de definir políticas de suelo y vivienda - *artículo 1.3.b) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto*, que aprueba el *Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, con sus modificaciones aplicables- con el rumbo puesto en el "desarrollo urbanístico sostenible", tal como éste aparece definido en el artículo 3* de ese texto legal.

"Es más, si se pretendía, de contrario, que el uso de alojamientos turísticos (sic) amparado por la Directiva 2066/123/CE lo fuese a conveniencia del titular de una vivienda y en cualquier ubicación urbanística, sea cual sea la clasificación urbanística o la calificación urbanística del suelo, debe indicarse que esa conclusión, al entender de este tribunal, no cabe alcanzarla.

"5.- Y, de otro lado, en lo que atañe al concepto de "requisito", éste debe entenderse, de acuerdo con el artículo 4, punto 7, de dicha Directiva, en el sentido de que se refiere, en particular, a "cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros".

"Y es así que, sea como fuere y en la perspectiva de la, denominada por la parte actora, prohibición que se establece para la actividad o el uso de vivienda de usos de alojamientos turísticos, y en la perspectiva general elegida, ningún esfuerzo cabe efectuar para mostrar que la normativa controvertida en el litigio principal contiene uno de los requisitos a que se refiere el *artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE*, puesto que supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite territorial en el sentido del artículo 15, apartado 2, letra a), de dicha Directiva.

"En definitiva, debe reconocerse que la *Directiva 2006/123/CE no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3*.

"Y, en esa tesitura, sin prueba alguna a propiciar por la parte actora y que no se ha producido, debe entenderse que la motivación y justificación empleada en el caso por el planificador municipal es suficientemente explicativa y reveladora que nos hallamos ante una invocación de razones imperiosas de interés general en los términos de la Directiva 2006/123/CE, y que más allá de literalismos espúeos -criticando que no se han empleado esos términos concretos en la Memoria-, fluye con naturalidad de la misma que se están invocando precisamente razones urbanísticas confluyentes en la protección del entorno urbano a la luz de la planificación urbanística.

"Dicho en otras palabras, nos hallamos, pues, en presencia de "razones imperiosas de interés general" tal como éstas han sido definidas por el Tribunal de justicia de la Unión Europea, máxime si reparamos en que la motivación de la figura de planeamiento impugnada ofrece unos propósitos que persiguen configurar un determinado modelo de ciudad.

"Asimismo, carecemos de elementos de prueba -su aportación era carga de la actora- susceptibles de llevarnos al convencimiento de que las medidas contenidas en la figura de planeamiento impugnada pudieran ser desproporcionadas, sobre todo para el concreto supuesto que se ordena y planifica. Y todo ello no puede verse puesto en entredicho con meras conjeturas.

"Asimismo, nada parece indicar y ninguna prueba consta que la figura de planeamiento impugnada no se ajuste a los criterios de no discriminación, necesidad, proporcionalidad, claridad, objetividad, publicidad, transparencia y accesibilidad contemplados en los *artículos 15.3 de la Directiva 2006/123/CE* y *9.2 de la Ley 17/2009*.

"Dicho en otras palabras, en el presente proceso y en atención a las alegaciones de la parte actora, no se vulnera la *Directiva 2003/123/CE en los artículos 11, 12, 13, 14 y 16* de la Normativa Urbanística al respetarse el régimen establecido en la perspectiva urbanística que se ordena con las técnicas de densidades máximas en la zona, en las zonas o en la manzana.

"[...] Respecto a la denunciada infracción o vulneración del Plan General Metropolitano de 1976 procede señalar lo siguiente:

"-Este tribunal no puede pasar por alto que a las alturas de 1976 carece de todo sentido apuntar a unos usos de alojamiento turístico en la forma que se defiende por la parte actora. Otra cosa es que se trate de abordar esa realidad fáctica y jurídica

a las alturas temporales de los pronunciamientos administrativos impugnados.

"-En las relaciones Planeamiento General-Planeamiento Especial y en concreto para el Plan Especial de Usos del *artículo 67 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto*, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y el *artículo 67 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona*, bien se puede comprender en sentido negativo que no se alcanza que nos hallemos ante una ordenación afectante a la estructura general y orgánica del territorio que hiciese pensar que podría resultar vulnerado el principio de jerarquía normativa. Tampoco que se tratase de alterar los usos principales (sic) establecidos.

"Pero es que, en sentido positivo, solo se muestra que se trata de incidir en una ordenación afectante, como reiteradamente ya se ha expuesto, a las Viviendas de Uso Turístico en la ciudad de Barcelona, sin mayor ambición respecto a la notable y más enfática relación de usos propios de las calificaciones urbanísticas de su razón que conforman un conjunto de usos principales en su integridad.

"-Por consiguiente no se ha avalado con la suficiente probanza que resulte vulnerado el *artículo 92.2 del Decreto 305/2006, de 18 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, ni en general, ni en concreto, por lo que los alegatos formulados deben rechazarse.

"[...] Para el resto de alegaciones centradas en diversos preceptos de la Normativa Urbanística se va a seguir, sustancialmente, el orden de los preceptos que se han ido citando por la parte actora y así procede dirigir la atención a los artículos 5.2 y 7 en cuanto establecen como titulación habilitante la comunicación previa que se critica, al defenderse que debe ser la declaración responsable y sosteniendo que con ello se agrava la situación del particular al exigir la aportación de los documentos establecidos. Baste relacionar esos preceptos del siguiente modo:

"Efectivamente a tales efectos, por todos, procede traer a colación en especial el *artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, en cuanto dispone:...

"Pues bien, la argumentación que por la parte actora se ofrece es acentuadamente formalista intentando defender que el régimen de declaración responsable es más favorable a los que pretenden una titulación habilitante frente al de comunicación.

"Y ello es así ya que desde la situación de la titulación habilitante también afectante a terceros, no solo al interesado en la titulación y en el ejercicio de la actuación y a la Administración, inevitablemente debe partirse de la absoluta necesidad de que se atienda a una concreta y determinada puesta de manifiesto de lo que se pretende excluyendo literalidades espúreas u ocultaciones que tan poco dicen del que las emplea.

"Y desde esa apreciación, sin que quepa desconocer las diferencias entre la declaración responsable pretendida y la comunicación establecida, a los presentes efectos cabe poner en cuestión lo que por la parte actora se defiende en el sentido que, de una parte, si bien con la declaración responsable se manifiesta, bajo su responsabilidad, que se cumple con los requisitos establecidos (sic) en la normativa vigente -para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, y que la pondrá a disposición de

la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio, de la misma forma-, debe añadirse que se establece esos requisitos deberán estar recogidos (sic) de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

"Y de otro lado, para el supuesto de comunicación, los interesados deben poner en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

"Y todo ello en ambos casos en términos de determinación y de certidumbre técnica y jurídica de lo que se trata que no permite, como se ha expuesto, veleidades de literalidades espúreas u ocultaciones máxime cuando se dispone a renglón seguido la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación determinan las consecuencias de rigor.

"Por tanto en principio y en general no cabe estimar ni viabilizar la procedencia de la tesis seguida por la parte actora.

"[...] Ahora bien descendiendo a los concretos requisitos establecidos en los artículos 6.2.c, 6.2.d, 6.3, 7.1.f, y 7.1.g, procede volver a traer a colación esos preceptos del siguiente modo:

"Pues bien, el atento estudio de los supuestos que se presentan -respuesta en el plazo máximo de 30 minutos, satisfacer gastos a la administración municipal, depósitos o avales, acuerdo de la junta de propietarios y de nuevo depósitos y avales-, permite concluir que a mero título reglamentario de una figura de planeamiento urbanístico municipal se ha tratado de incidir en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de turismo y en el ejercicio de la concreta actividad de las viviendas de uso turístico sin cobertura legal alguna ni urbanística del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, ni del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, ni de turismo en razón a la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, y del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

"Por consiguiente, procede estimar la nulidad de pleno derecho de los artículos 6.2.c, 6.2.d, 6.3, 7.1.f, y 7.1.g de la Normativa Urbanística.

"[...] Vuelve a ser necesario atender a lo establecido en los artículos 7.1.d, 12.2.b, y 13.2.b cuando se trata de discutir la acreditación de que un edificio no esté destinado a uso de vivienda a resultas de un alta en el Catastro como vivienda, con cita del *artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, y que procede relacionar seguidamente.

"La disposición que se contiene en el último inciso del artículo 7.1.d) de la Normativa Urbanística en el sentido de estimar preexistente un uso de vivienda a una fecha en razón a la mera alta en el Catastro a esa fecha como vivienda, es una disposición que seguramente intenta facilitar la prueba que sería necesaria al respecto inclusive a modo de prueba de referencia.

"Ahora bien, sin olvidar la funcionalidad que solo cabe reconocer al Catastro como al Registro de la Propiedad en los ámbitos que les son propios, a los presentes efectos procede no perder de vista que de lo que se trata, en esencia, es estar a una situación conformada por un edificio (sic) donde se pretende ubicar una vivienda de uso turístico que no esté destinada a uso de vivienda (sic) a una fecha, a no dudarlo por cualquier medio admisible en derecho.

"Pero la simple circunstancia formal de que se haya producido un alta en el Catastro como vivienda en la ubicación temporal que se haya estimado de interés con la documentación que fuera preciso para ello, sin mayores aditamentos, en modo alguno permite sostener que se colmen ahora las exigencias en sentido propio de vivienda y tampoco de uso de vivienda a no ser que se trate de amalgamar improcedentemente meras situaciones fácticas disfuncionales con las que deben proceder en derecho y ello resulta altamente perturbador en materia de la debida acreditación del supuesto.

"Por consiguiente, procede estimar la nulidad de pleno derecho del último inciso del artículo 7.1.d) de la Normativa Urbanística, desde "S'enten ..." hasta "desocupat".

"[...] Procede destacar que por la parte actora se vuelve sobre el contenido de los artículos 11, 12, 13, 14 y 16, ya relacionados precedentemente, en cuanto se trata de sostener, en esencia, su falta de justificación y en relación con la técnica empleada de densidad máxima de viviendas -así en los apartados C) y E) del Fundamento de Derecho Segundo-.

"Tampoco puede prosperar esas tesis ya que de lo actuado en vía administrativa solo se alcanza la preocupación del planificador por abordar la problemática de la viviendas de uso turístico en las ubicaciones de su razón habida cuenta de la preexistencia de los mismos y su concentración, defendiendo un modelo que según los casos detiene su atención en la manzana, en una zona o las zonas establecidas, sin que, además de ello, resulten mayores méritos que pudiesen hacer pensar en una ordenación que traspasase el ámbito de ordenación territorial de usos en que se ubica teniendo en cuenta las preexistencias que concurren.

"Y aunque la parte actora critica ese proceder ordenador debe indicarse que se queda sola en sus apreciaciones sin prueba alguna que corrobore sus tesis, que tampoco son lo clarividentes y suficientemente categóricas que fuere menester, ya que planean seguramente en otras, en posibilidades o hipótesis que no alcanzan a evidenciar que la elegida sea disconforme a derecho en el halo discrecional de la potestad de planeamiento.

"[...] Como la parte actora añade la impugnación del artículo 17.3 de la Normativa Urbanística, interesa dejar aquí constancia de su contenido y de su tenor en los siguientes términos:

"La tesis de la parte actora trata de defender, a la mayor seguridad, el mantenimiento de la densidad máxima de viviendas de uso turístico que concurra evitando que se pueda producir un decrecimiento de la densidad máxima establecida. Por el contrario el modelo que se ha establecido por la figura de planeamiento de autos posibilita un decrecimiento de esa densidad aprovechando que se produzca una extinción de comunicado en el marco de un expediente de disciplina a entender como

de disciplina urbanística.

"Ahora bien, el simple pronunciamiento de dejar sin efecto unos comunicados en sede sancionadora pendiente de recursos administrativos no puede devaluarse en su trascendencia ya que todavía sin posible ejecutoriedad y ejecución en sí - *artículo 98.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* - precisamente en ese ámbito de derecho sancionador tampoco lo puede tener, a mayor abundamiento, y como mero acto a modo de alterar parámetros de densidades máximas en planeamiento urbanístico y por cuanto la razón urbanística del desvalor de la/s correspondiente/s conducta/s que obedezca/n a unos elementos y a unos supuestos de su razón tampoco cabe anudarla a la necesidad de actuar una alteración de ese parámetro.

"Es más importa igualmente no desconocer que centrado el supuesto en una actuación infractora y sancionadora de un sujeto, y supuesto precisamente en ese ámbito y materia, tampoco puede pasarse por alto que lo que se produce es que sanciones de naturaleza temporal alcancen una duración integral e indefinida ya que la afirmada e impuesta reducción en la densidad máxima de viviendas de usos turístico impide radicalmente ese uso en el futuro a ese sujeto infractor lo que patentiza en definitiva una nueva sanción de naturaleza superior sin cobertura legal.

"Por consiguiente, procede estimar la nulidad de pleno derecho del artículo 17.3 de la Normativa Urbanística.

"[...] Cuando se alega el incumplimiento del *artículo 108 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto*, que aprueba el *Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, por parte de la Disposición Transitoria Segunda* de la Normativa Urbanística, en relación a usos fuera de ordenación e invasión de competencias autonómicas, procede relacionar tanto ese artículo 108.4 y 5 como esa Disposición Transitoria Segunda del siguiente modo:

"Pues bien, este tribunal debe entender que la *Disposición Transitoria Segunda. 2 no se ajusta y vulnera lo establecido en el régimen legal de las situaciones disconformes del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto*, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, centrado en las obras de consolidación y rehabilitación y los cambios de uso, siempre de acuerdo con las condiciones básicas del nuevo planeamiento, sin más limitaciones, por lo que deberá estarse a ese régimen legal inamovible en materia reglamentaria.

"Por consiguiente, procede estimar la nulidad de pleno derecho de la Disposición Transitoria Segunda. 2 de la Normativa Urbanística.

"Por todo ello procede estimar parcialmente la demanda articulada en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva."

A la vista de la decisión y motivación de la sentencia de instancia, se prepara el recurso de casación por la Asociación originariamente recurrente, que es admitida a trámite por *auto de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2020*, en el que se determina como cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, "determinar si una regulación como la contemplada en los arts. 7, 11, 12, 13, 14 y 16 del Acuerdo, de 1 de abril de 2016, del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por el que se aprobó el Plan Especial urbanístico para la regulación, de las viviendas de uso turístico en la ciudad de

Barcelona, resulta, o no, contraria a lo establecido por el *artículo 15.2 y 3 de la Directiva 2006/123/CE* y *9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el *artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio." A los efectos de dar respuesta a la mencionada cuestión, se consideran que deben ser objeto de interpretación, entre otros que se consideren procedentes, los mencionados preceptos de la norma comunitaria y de Derecho interno.

En el escrito de interposición del recurso se aduce por la defensa de la Asociación recurrente que, sin perjuicio de la declaración de nulidad de los preceptos a que se hace referencia en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, se considera que se había suplicado también en su demanda que se hiciese tal declaración parcial de los *artículos 7, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 del Plan Especial aprobado, por considerar que los mencionados preceptos comporta la vulneración del artículo 15.3º de la ya citada Directiva 2006/123, de 12 de noviembre*, relativa a los Servicios en el Mercado Interior (en adelante Directiva de Servicios) y del *artículo 9.2º de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio*. Así mismo se invoca la vulneración de los *artículos 24 de la Constitución y 33.1º y 67.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* por cuanto la sentencia de instancia incurre en incongruencia, al no dar respuesta a las cuestiones que, en relación con los mencionados preceptos del Plan cuestionados de ilegalidad, se había invocado en la demanda.

En relación con la invocada vulneración del mencionado precepto de la *Directiva de Servicios*, se reprocha que se vulnera por la imposición de los siguientes requisitos para el ejercicio de dicha actividad: una densidad máxima de viviendas de uso turístico limitadas a las existentes [*artículo 11.2º.b*), *12.2º.c*); *13.2º.c*) y *14.2º.c*), en relación con el artículo 17]; el decrecimiento de habilitaciones de viviendas de uso turístico en determinadas zonas específicas [*artículo 11.2º.c*) y *14.2º.c*]); la prohibición de implantar viviendas de uso turístico en entidades con usos de viviendas a fecha 1 de julio de 2015 [*artículos 7.1º.d*), *12.2º.b*) y *13.2º.b*) del Plan] y en la fijación del índice del 1,18 por 100 de densidad máxima de viviendas de uso turístico por manzana en determinadas zonas [*artículos 12.2º.d*), *13.2º.d*) y 16 del Plan Especial aprobado].

Sobre las mencionadas materias y preceptos cuestionados, se aduce que la Sala de instancia incurre en la contradicción de considerar que las referidas limitaciones deben justificarse en las previsiones que se contienen en el *artículo 15.3º de la Directiva de Servicios*, justificando la Sala de instancia que dicha inclusión concurren las circunstancias de necesidad, no discriminación y proporcionalidad, de donde se concluye que no se vulnera el mencionado precepto, que no requiere una motivación específica, sino que basta justificación general que comporta la aprobación del Plan Especial, estimando suficiente una justificación implícita. A ello se opone por la defensa de la recurrente, que no puede aceptarse esa posibilidad de una motivación o justificación implícita, porque debe ser, en todo caso, una justificación expresa y concreta, como comporta el precepto comunitario y la jurisprudencia que lo interpreta. Y a esa misma exigencia aboca la aplicación del *artículo 9 de la ya mencionada Ley 17/2009*. Se aduce en ese sentido que, respecto de la exigencia de la proporcionalidad, la sentencia no hace un examen exhaustivo que comprendiera el triple criterio de idoneidad de la limitación, no exceder de lo necesario e inexistencia de

menos restricciones igualmente idóneas para alcanzar el mismo resultado.

En la concreción de esa ausencia de exhaustividad en la proporcionalidad de las medidas adoptadas en el Plan Especial se hace referencia, examinando los preceptos cuestionados, a las determinaciones urbanísticas que se imponen en los preceptos cuya nulidad se suplica. Y en relación con esa argumentación se considera que, además de la referida vulneración de las normas comunitaria y estatal mencionadas, se infringe el *artículo 24 de la Constitución* y los *artículos 33.1º y 67.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en cuanto la sentencia recurrida se remite a lo declarado en otra *sentencia de la Sala (recurso 117/2017)*, referida a otro instrumento del planeamiento con el que, a juicio de la recurrente, no existe identidad de circunstancias, lo que comporta no dar respuesta al debate suscitado en la demanda.

Se termina por suplicar que se fije como doctrina la propuesta que se hace en el escrito de interposición y se declare la nulidad de los preceptos del Plan Especial aprobado, ya mencionados anteriormente.

Ha comparecido en el recurso el Ayuntamiento de Barcelona para oponerse al recurso, suplicando su desestimación.

SEGUNDO. Delimitación de los reproches de ilegalidad de los preceptos que se consideran nulos de pleno derecho.

De conformidad con el orden de los pronunciamientos que nos impone el *artículo 93 de nuestra Ley procesal*, el primero de nuestros cometidos ha de ser la interpretación de los preceptos a que se refiere el auto de admisión, a los efectos de dar respuesta a la cuestión casacional objetiva para la formación de la jurisprudencia; atendiendo para ello a los argumentos realizados por las partes en sus escritos de interposición y oposición al recurso.

En esa labor debe servir de referencia el contenido del Plan urbanístico cuestionado, cuyo objeto, como se corresponde con su misma denominación y se reseña por la Sala de instancia, es establecer una regulación de la instalación de VUT en la ciudad de Barcelona. Obviamente y como se corresponde con la misma denominación, esa regulación se hace desde el ámbito de la planificación urbanística, como ya hemos visto en la transcripción de la sentencia recurrida; circunstancia que no debe olvidarse a la hora de examinar el debate que se suscita en el presente recurso de casación, dado que el debate se centra en determinar si esa regulación en el ámbito urbanístico vulnera la normativa europea y de Derecho interno que se invoca.

Dando un paso más en esa delimitación del objeto del recurso, no está de más señalar que, aun cuando nunca se aduzca de manera expresa, no puede negarse que, si de lo que en última instancia se trata es de unos concretos usos de las edificaciones existentes en el Municipio, no solo es el planeamiento urbanístico el instrumento jurídico idóneo para ordenar esos usos, como el de todas las edificaciones, sino que es uno de los contenidos esenciales de los instrumentos del planeamiento. Y si ello es así, tampoco debemos olvidar que en la técnica de la planificación concurren la salvaguarda de múltiples facetas de la actividad pública encomendadas a las Administraciones, respecto de lo cual deberemos volver posteriormente.

Pues bien, del mencionado Plan, la sentencia recurrida ha declarado ya la

nulidad de algunos de sus preceptos, como hemos visto anteriormente; declaración que, en el razonar de la Sala sentenciadora, se funda en la vulneración de la propia normativa interna catalana de naturaleza urbanística, ya sea en el mismo planeamiento general, ya en las normas reglamentarias que lo complementan.

Pero lo que interesa destacar, a los efectos del debate que ahora se suscita en este recurso, es que la Sala sentenciadora rechaza que el Plan Especial vulnere las normas sobre la libertad de accesos a las actividades de servicio; en concreto, se considera que no incurre en vulneración del *artículo 15 de la Directiva de Servicios*; así como, en el ámbito del Derecho interno, del *artículo 9 de la Ley 17/2009*. Y sobre esa premisa, la sentencia de instancia desestima la declaración de los preceptos que cuestionaban dicha normativa de superior rango, rechazando los pedimentos de la demanda en ese sentido d declarar la nulidad parcial de los artículos 7, 11, 12, 13, 14, 16 y 17, conforme se había suplicado también en la instancia; preceptos que según se recoge en la misma sentencia recurrida y se corresponde con la normativa del Plan, establecen determinadas condiciones para ejercer en las edificaciones la actividad de VUT, partiendo de las condiciones para la instalación de estas VUT, (artículo 9) de la existencia de tres tipos o grados (grau) en su regulación, aplicables a otras tantas específicas zonas territoriales homogéneas (ZE), estando referidos los mencionados preceptos principalmente a las zonas homogéneas de grado 2 y 3, que se aplica a la Zona ZE-2; y al grado 3, aplicable a la ZE-3.

Respecto de las determinaciones que se impone en alguno de los preceptos cuestionados para la instalación de estas VUT, se reprocha por la defensa de la Asociación recurrente que no puede estimarse, como se concluye en la sentencia de instancia, que tales limitaciones puedan entenderse amparadas por las potestades que se confieren en los *apartados 2º y 3º del artículo 15 de la Directiva de Servicios*, como ya se expuso anteriormente.

Pero en la argumentación del recurso interpuesto por la defensa de la Asociación, se invoca, así mismo, que la sentencia incurre en incongruencia, con vulneración de los *artículos 24 de la Constitución* y los *artículos 33.1º y 67.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, por considerar que la Sala no da respuesta al debate suscitado en la forma expuesta, por cuando se hace una remisión y transcripción a una previa sentencia de la misma Sala territorial que se considera no tiene trascendencia para el debate de autos.

Este argumento últimamente reseñado debe ser rechazado sin mayor tardanza porque, invocándose un defecto formal de la propia sentencia, en concreto, la incongruencia, debe examinarse condicionado que hubiera ocasionado alguna indefensión a la parte; lo cual ni se invoca ni es apreciable a la vista de la argumentación del recurso. Pero es que, además de lo expuesto, los argumentos que se utilizan en la sentencia, con la remisión al previo pronunciamiento, son plenamente coherentes a los argumentos aducidos en la demanda y dan la debida respuesta a la pretensión accionada, debiendo rechazarse el óbice formal suscitado en el escrito de interposición.

TERCERO. Alcance de la libertad de establecimiento de servicios.

La delimitación del debate en la forma expuesta requiere una aclaración previa con el fin de exponer el alcance de la normativa que se invoca como infringida por la parte recurrente y se concreta en auto de admisión.

Debemos comenzar por recordar que la *Directiva de Servicios* tiene por finalidad, conforme se declara en su artículo primero, establecer " las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios "; si bien el mismo precepto determina en sus siguientes párrafos la delimitación de esa normativa que impone sean adoptada por los Estados.

Esa finalidad de la Directiva aparece claramente reflejada en la Exposición de Motivos, cuando se declara que pretende la construcción de un mercado interior, sobre la base de un espacio sin fronteras, en el que se garantice la libre circulación de servicios, la libertad de establecimiento y de prestaciones de servicios dentro de la Comunidad, conforme resulta de los artículos 14, 43 y 49 del Tratado de la Unión. Lo pretendido es "eliminar los obstáculos 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 los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado."

Con dicha premisa se declara en su artículo 1, párrafo primero, que en la Directiva se establecen " las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicio y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios ." En el bien entendido que esa finalidad tiene como presupuesto la de tratar de eliminar las limitaciones que se oponen en los respectivos Estados a esa libertad de establecimiento.

Pero ha de tenerse en cuenta que esa libertad de establecimiento y de prestación de servicios no la establece la Directiva, dicha libertad de establecimiento ya aparece reflejada en los *artículo 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*) y la finalidad de la Directiva es garantizar en mayor medida ese derecho de los ciudadanos europeos, porque no se consideran suficiente ese reconocimiento al máximo nivel normativo comunitario; de ahí que la misma Directiva declara en su Exposición de Motivos que constituye " un instrumento legislativo que permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios... consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto de las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización ..."

Se pretende establecer las condiciones por las que los Estados pueden someter una concreta actividad o servicio a una decisión administrativa previa, a una autorización, en palabras del Legislador comunitario. Es decir, si la regla general, ya reflejada en los Tratados, es la de la libre prestación de servicios y de establecimiento en todo el territorio de la Unión y por todos los ciudadanos de cada uno de los Estados, la Directiva impone unos requisitos para que una concreta actividad o servicio pueda, de manera excepcional, someterse a la previa decisión administrativa, alterando la regla general de libertad de establecimiento. Esas condiciones son las que se contienen en los artículos 9 y 10 de la Directiva; estableciéndose en los artículos 11 a 14 las reglas sobre la duración de dichas autorizaciones, los criterios de selección, en caso de varios solicitantes, y las líneas generales de los procedimientos a que deben someterse dichas autorizaciones.

Como declara la *sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:463)* "L[os] artículos 9 a 13 de la Directiva 2006/123

imponen a los Estados miembros ciertos requisitos que sus respectivas legislaciones nacionales han de cumplir cuando la actividad de prestar servicios está supeditada a la concesión de una autorización. Tal como declaró este Tribunal a propósito del artículo 14 de esta Directiva, artículo que establece una lista de requisitos "prohibidos" en el marco del ejercicio de la libertad de establecimiento, procede considerar que los artículos 9 a 13 de esa misma Directiva llevan a cabo una armonización exhaustiva de los servicios comprendidos en su ámbito de aplicación (véase, en este sentido, la *sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros, C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558*, apartados 60 y 61)."

Pero la Directiva no se limita a determinar las condiciones para someter una concreta actividad o servicios a la previa autorización, sino que en sus artículos 14 y 15, en particular en este último, impone los requisitos que el Estado puede imponer para el otorgamiento de esas decisiones previas administrativas; esto es los requisitos que deben observarse para la concesión de las respectivas autorizaciones. Es decir, el artículo 15 contiene un mandato a los Estados para que examinen sus ordenamientos, a los efectos de poder constatar si los requisitos que se imponen para el acceso a una actividad de servicio o de establecimiento mediante una previa decisión administrativa, se sujetan a los " *requisitos no discriminatorios* " que se recogen en el apartado segundo de este artículo 15; con la expresa exigencia, que se recoge en el párrafo tercero del precepto, de que deberán comprobar los Estados que dichos criterios cumplen las siguientes condiciones:

a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;

b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;

c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Ese esquema genérico y finalista de la Directiva fue traspuesto a nuestro Derecho interno, como ya se dijo, por la Ley 17/2009, cuya finalidad es precisamente, al trasponer la Directiva, "establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas", conforme se declara en su artículo primero.

Siguiendo el esquema de la *Directiva de Servicios, el artículo 4* reitera el derecho de libertad de establecimiento, que ya se consagra en el mismo Tratado de la Unión. Pues bien, acogiendo la opción establecida en la norma comunitaria que se traspone, el artículo 5 parte de la regla primaria de que tales derechos no se someten a exigencia formal alguna, salvo supuestos excepcionales y siempre que concurra las tres exigencias que impone el artículo 9 de la Directiva, que se traspone con mayor detalles, al establecer que esos supuestos excepcionales, deberán " *motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen* ", para lo cual se dispone que

tales presupuestos comporten:

"a) *No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;*

"b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.

"c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad."

Sobre esa premisa de posibilitar, en los supuestos en que concurran las circunstancias señaladas, someter a la obtención de una previa autorización, nuestra Legislador, siguiendo los dictados de la norma comunitaria, determina las condiciones de dichas autorizaciones, acorde a lo establecido en la Directiva, siendo de destacar los criterios que se imponen en el artículo 9 para establecer los requisitos que puedan imponerse en el régimen de dichas autorizaciones previas.

A vista de esas exigencias normativas, el debate que ahora se suscita es que la imposición de requisitos que limiten ese acceso a la actividad, en este caso de VUT, con fundamento en una discriminación por razones de interés general y proporcionalidad para la protección de ese interés, requiere una motivación especial y concreta en cada supuesto. Y si ello es así, a juicio de la defensa de la parte recurrente, no es admisible el argumento de la sentencia recurrida, de considerar que las limitaciones que en concreto se imponen en el Plan Especial en los preceptos cuestionados de legalidad, no pueden estimarse justificados en la memoria del Plan aprobado, porque no es admisible esa justificación genérica e implícita, como se sostiene por la Sala sentenciadora, de donde se concluye en la vulneración de las mencionadas exigencias que se imponen en los referidos preceptos comunitarios y de Derecho interno.

CUARTO. Antecedentes jurisdiccionales.

Centrado el debate en la forma antes expuesta es necesario señalar que el Plan Especial aprobado por el Ayuntamiento de Barcelona ha sido ya examinado recientemente por esta Sala y Sección, e incluso el debate sobre la posibilidad de imponer límites a la instalación de prestaciones de servicios mediante la aprobación de instrumentos de planeamiento, en concreto de VUT, ha sido también ya examinado por este Tribunal.

En efecto, un primer pronunciamiento se realizó en *nuestra sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, dictada en el recurso de casación 5859/2019*

(ECLI:ES:TS:2020:3842), en el que se impugnaba (por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) una sentencia de la Sala territorial del País Vasco, referida a un Plan urbanístico de Bilbao con una regulación similar de las VUT. En dicha sentencia declaramos, en extremada síntesis, que la regulación del destino de VUT mediante una limitación de autorizaciones impuestas en el referido Plan, no era contrario a la Directiva comunitaria ni a la Ley nacional, en contra de lo que sostenía la parte recurrente que, recordémoslo, tiene encomendado como uno de sus objetivos " *garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva de todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios* " (artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Pues bien, esa decisión está fundada, sustancialmente, en la misma jurisprudencia del TJUE, porque en nuestra sentencia seguimos lo declarado por el mencionado Tribunal en su *sentencia, casi coetánea a la este Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2020* , dictada en los asuntos acumulados *C-724/2018* y *C-727/2018* (ECLI: EU:C:2020:743).

En la mencionada sentencia comunitaria se cuestionaba una normativa similar (referida a la ciudad de París) a la que ahora aquí se cuestiona y precisamente se examina dicha normativa a la vista de la mencionada Directiva de Servicios. Motivos tendremos posteriormente para una mayor referencia a dichos argumentos, baste por ahora con señalar que en las respuestas que da el Tribunal comunitario a las cuestiones prejudiciales suscitada por el Conseil d'Etat francés se declara, como reflejamos en la sentencia mencionada, que:

"1) Los *artículos 1 y 2 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, deben interpretarse en el sentido de que tal Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.

"2) El *artículo 4 de la Directiva 2006/123* debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda está comprendida en el concepto de "régimen de autorización", en el sentido del punto 6 de ese artículo.

"3) El *artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/123* debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

"4) El *artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/123* debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional por la que se establece un régimen que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda, que se basa en criterios como que el inmueble en cuestión se arriende "de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio" y que encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles."

Es indudable la relevancia de tales declaraciones para el examen de legalidad de un Plan Especial como el que se cuestiona en este recurso de casación. Así lo hemos declarado en nuestra más reciente sentencia 75/2021, de 26 de enero, dictada en el recurso de casación 8090/2019 (ECLI:ES:TS:2021:210), en el que precisamente se revisaba también una sentencia del Tribunal de Cataluña (*sentencia 719/2019, de 15 de julio, dictada en el recurso contencioso-administrativo 105/2016*) en la que se cuestionaba la regulación que se establecía en el mismo Plan Especial urbanístico que aquí se revisa.

Pues bien, en dicha sentencia, en aplicación de la doctrina que ya se había fijado por esta Sala en el precedente reseñado en primer lugar, hemos declarado que una normativa como la que se contiene en el mencionado Plan no comporta vulneración de la Directiva comunitaria ni de la Ley nacional.

Esa doctrina, ya fijada por este Tribunal Supremo, ha de ser aplicada al presente supuesto, lo cual nos eximiría de mayores argumentos para la confirmación de la sentencia de instancia que, en sus razonamientos, en lo que ahora trasciende, son plenamente coincidentes con lo que se invocaron en ese precedente. En ese sentido debemos concluir, conforme a lo ya declarado y dando respuesta a la cuestión casacional que se delimita en el auto de admisión, en la conformidad del Plan a las exigencias, tanto comunitarias como de Derecho interno.

No obstante lo anterior, el debate no está cerrado con ese precedente. En efecto, si se confrontan el objeto de este recurso y el de referencia, se constata que, pese a estar referidos a un mismo instrumento del planeamiento, es lo cierto que el debate que aquí se ha suscitado incluye una peculiaridad que requiere mayor precisión. Y así, en tanto que en la admisión del recurso anterior se delimitaba como interés casacional objetivo determinar "en qué medida los instrumentos de planeamiento urbanístico pueden regular las condiciones de acceso y ejercicio de una actividad e, incluso, limitar en un concreto ámbito territorial el ejercicio de actividades previamente legalizadas, referidas concretamente a las viviendas de uso turístico, y la incidencia de esa regulación en el ámbito de la libre prestación de servicios"; en el presente recurso esa cuestión que suscita interés casacional es mucho más concreta, como ya vimos, porque se hace expresa referencia a los preceptos del Plan concretamente delimitados en la demanda, y ahora en el recurso de casación, que se consideran viciados de nulidad de pleno Derecho, por contravenir esa normativa,

comunitaria y nacional, de superior rango y obligado cumplimiento. Y ese fue el debate que se examina en la sentencia de instancia, debiendo señalarse que, si recordamos lo que antes se indicó al reseñar el contenido del Plan, en la sentencia anterior, el debate se centraba en las limitaciones impuestas para la ZE-0, en tanto que en la actual es para las restantes zonas. Y de esa distinción se deja constancia incluso en la delimitación que se hace en los respectivos autos de admisión, porque así como en el del presente se delimitaba como objeto de interpretación varios de los preceptos del *TFUE* (43 y 49), de la *Directiva* (4.6, 9, 12, 14.8 y 15) y de la *Ley 17/2009* (8.10.h y 11); en el presente recurso de casación el debate se centra en el alcance de los artículos 15 y 9 de la Directiva y la Ley nacional, respectivamente.

Bien es verdad que, pese a esos diferentes preceptos impugnados y zonas de referencia de las delimitadas en el Plan Especial, el debate no difiere sustancialmente y los argumentos que ya se dieron en nuestra anterior sentencia son plenamente aplicables al caso de autos, que se dan por reproducidos. Sin embargo, es lo cierto que ahora se suscita una específica cuestión que sí debe ser objeto de examen particular, nos referimos a que, conforme se aduce por la defensa de la Asociación recurrente, el debate no se suscita ya tanto en si un Plan de urbanismo como el aquí impugnado puede imponer limitaciones al ejercicio de la actividad de uso turístico mediante la limitación impuesta ya en el mismo planeamiento, que ya se ha declarado legítimo; sino si, en el concreto caso de autos, esas limitaciones que comportan los concretos preceptos del Plan aprobado y tachados de ilegalidad, pueden estimarse justificadas en las condiciones que impone la norma comunitaria, en concreto, en la necesaria motivación de los requisitos que legitiman las limitaciones que se imponen a las VUT. Es decir, el precepto de referencia es el mencionado artículo 15.3º de la Directiva (también el 9 de la Ley nacional), por cuanto la imponer el precepto los requisitos que deben concurrir para pronunciarse sobre la autorización administrativa impuesta, su valoración ha de hacerse individualmente y no con el carácter de generalidad que comporta la incorporación al Plan impugnado; dado que, consecuencia de dicha inclusión, es que esa valoración no puede hacerse de manera individualizada sino que, como se sostiene por la sentencia recurrida, dicha valoración y justificación debe buscarse en la Memoria del Plan.

QUINTO. Las limitaciones a la libertad de establecimiento y prestación de servicios y su preceptiva justificación.

A la vista de las anteriores consideraciones debemos tener presente que para la Sala sentenciadora las limitaciones que se imponen en el Plan a la actividad de ofrecer VUT son conformes a las exigencias tanto de la Directiva como de la Ley de 2009, por estimar que la motivación de tales limitaciones han de encontrar justificación en la misma Memoria del Plan. Esa conclusión, en puridad de principios, no se cuestiona en el recurso, sino que el reproche que se hace es considerar que esa motivación genérica no puede servir a los fines de la exigencia formal impuesta por esa normativa, ya que se requiere una justificación y motivación particularizada, que permita poner de manifiesto que las medidas adoptadas reúnen tales requisitos, de manera especial la exigencia de la proporcionalidad, que requiere esa constatación individualizada para cada uno de los preceptos que se cuestionan de ilegalidad.

Suscitado el debate en la forma expuesta debemos recordar lo antes señalado en relación al contenido de la Directiva y de la Ley 17/2009, en particular, la configuración sobre las limitaciones a la libertad de prestación de servicios y establecimiento. Y, en ese sentido, tratando de centrar el debate, en la medida en que el centro de la crítica a la sentencia de instancia se sitúa en la exigencia que se impone

en el *artículo 15.3º de la Directiva y 9 de la Ley 17/2009* , ese debate no se remite a la posibilidad de que esa concreta actividad de VUT pueda someterse a autorización previa, que estaría vinculada a la exigencia que se impone en los artículo 9 de la Directiva y 5 de la Ley nacional.

Incluso, conforme a lo que se delimita en el auto de admisión, acorde a lo suscitado por la parte recurrente, el debate requiere una mayor concreción, porque en la aplicación de aquellos preceptos, lo que expresamente se nos pide es que hagamos una interpretación de los mencionado artículos 15.2º y 3º de la norma europea y 9.2º. b) y c), de la Ley nacional, en relación con el 3.11º (artículo 4.8º de la Directiva) que, recordémoslo, se refieren a los requisitos (" *todos* ") por los que se pueda condicionar una actividad de servicio o su ejercicio a determinados requisitos, y es precisamente en relación a dichos requisitos cuando el Legislador europeo y nacional imponen que deben estar justificados y ser proporcionados en relación a una " *razón imperiosa de interés general* ", concepto jurídico que se delimita en el mencionado ordinal del artículo 3.

Ahora bien, si el sistema general objetivo que se impone en los Texto legales mencionados es el de una decisión de los Estados de someter una determinada actividad o su ejercicio a la previa autorización administrativa, para posteriormente determinar las condiciones de dicha autorización; ese esquema ha de verse alterado cuando aquellas limitaciones se imponen en un instrumento del planeamiento, como acontece en el caso de autos.

Conforme a nuestro Derecho, las determinaciones que se imponen en los instrumentos del planeamiento tienen un específico régimen de control que se vincula a la preceptiva obtención de las licencias urbanísticas, cuya finalidad es precisamente la comprobación que las actuaciones pretendidas por los ciudadanos es acorde a las previsiones del planeamiento, de tal forma que, como se ha declarado reiteradamente por la jurisprudencia, ese control que comporta la licencia exija de mayores condicionantes que su adecuación de la petición a las previsiones del planeamiento. En el presente caso y como después haremos referencia más concreta, la solicitud de prestar este servicio de VUT está sometida a una específica autorización que se contempla en el mismo Plan.

De lo expuesto ha de concluirse que en ese esquema aquella doble decisión --sometimiento a autorización y requisitos de las autorizaciones-- ofrece particularidades, como cabe concluir sucede en el caso de autos. En pura lógica cabría pensar que en ese esquema, el planeamiento actuaría cumpliendo aquella primera decisión de someter a previa autorización la prestaciones de los servicios de VUT y, de conformidad a la normativa que examinamos, quedar sometida esa decisión a las exigencias que se imponen en los artículo 9 de la Directiva y 5 de la Ley nacional. Subsiguientemente, la autorización que, en concreto, determina las condiciones para el concreto ejercicio de la actividad o servicio sometido a previa decisión administrativa estaría representada, en el caso expuesto, por la obtención de la autorización específica, de tal forma que es la que vendría a concretar la autorización a que se refieren los preceptos cuestionados.

Ahora bien, la finalidad de esa específica autorización, por su propia naturaleza, no permite incorporar en su decisión otra consideración que no sean constatar si la petición d prestar dichos servicios de VUT es acorde con las previsiones del mismo. Es decir, la concreta autorización que determina las condiciones para el ejercicio de la actividad de VUT, no puede tomar en consideración más que las

determinaciones que previamente haya establecido el planeamiento, en concreto, el Plan Especial que aquí se cuestiona, de tal forma que si el Plan impone que la densidad de dichas viviendas será la que se determina en los preceptos que se tachan de ilegalidad en el presente recurso, las autorizaciones de usos para VUT no pueden tomar en consideración sino esas previsiones del Plan, sin que pueda alterarse dichos condicionantes.

Lo expuesto en los párrafos anteriores llevan a una importante conclusión cual la de que cuando la regulación de la libertad de establecimiento de servicios se realiza directamente, como aquí sucede, por el planeamiento urbanístico, la aplicación de la normativa general en materia de libre prestación de servicios que se imponen tanto en la Directiva como en la Ley nacional, tiene la peculiaridad de que debe ser el mismo planeamiento el que debe contener las exigencias que se imponen, tanto para someter la actividad a la previa autorización administrativa, como los requisitos para la concesión de dichas autorizaciones.

Esas peculiaridades se aprecian claramente si se toma en consideración el esquema que hemos expuesto del presente caso, del que fue objeto de pronunciamiento en la antes mencionada *STJUE de 22 de septiembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:743)*, porque frente a ese planteamiento que se hace por la vía del Plan Especial de Barcelona que aquí se revisa, lo que se cuestionaba en dicho proceso por el Tribunal francés que suscita la cuestión prejudicial, es, de manera concreta, si era contrario a la Directiva de Servicios la normativa nacional de Francia (Code de la Construction et de l'habitation) al exigir que para determinadas ciudades (municipios de más de 20.000 habitantes) el cambio de uso de viviendas para su destino a VUT debía obtenerse una autorización previa, cuyas condiciones se determinan por una junta municipal que, mediante acuerdos, establecería las condiciones de las autorizaciones y demás presupuestos del cambio de uso. No había norma reglamentaria que estableciera esa posibilidad de cambio de uso imponiendo determinadas condiciones. En tanto que en el caso del Plan que aquí se revisa, ese cambio de uso no es que se deje a la decisión puntual y caso por caso a la Administración, sino que el mismo Plan la incorpora a sus determinaciones, de tal forma que será la posterior y preceptiva autorización municipal la que lo concreta, pero no ya conforme a las previsiones de la normativa de libertad de prestación de servicios y establecimiento, que ya deben haberse previsto en esas determinaciones, sino, como toda autorización, constatar que el uso está habilitado en el planeamiento.

Lo concluido anteriormente comporta que, en puridad de principios, en el caso de autos, será el propio Plan Especial el que deberá adecuarse tanto a la Directiva como a la Ley en materia de libre prestación de servicios, pero no solo en cuanto a la decisión de someter las VUT a previa autorización administrativa --a ello se hace referencia en el artículo 5 y, de manera especial en el artículo 7 del Plan Especial--, sino también los requisitos para esa autorización que, por la propia finalidad del Plan, es el que los impone. Es decir, si es el plan el que, por ejemplo, impone como condición el número total de VUT en determinadas zonas (el supuesto de los artículos 11.2º.b; 12.2º.b, etc); o el que dispone una densidad máxima de esta VUT en cada una de las zonas (supuesto de los artículos 12.2º.c; 13.2º.c, entre otros), resulta indudable que quien impone las limitaciones para la concesión de la autorización --la autorización municipal-- no es propiamente esta, sino el Plan.

Centrado el debate en las determinaciones del Plan Especial y a los efectos de determinar las exigencias de la normativa en materia de libertad de establecimiento y servicios, la cuestión ha de remitirse en orden a la discriminación que se hace, desde

el punto de vista estrictamente urbanístico, en la regulación de los usos de las edificaciones y, manera particular, el discriminar dentro del uso residencial, el específico que se impone a estas VUT.

Y en relación con esa cuestión debemos traer a colación la completa argumentación que se hace en la antes mencionada *sentencia 1550/2020* que, al examinar el planeamiento de la ciudad de Bilbao, deja constancia de que esa discriminación, no solo es legítima, sino necesaria, a la vista de la motivación que se contiene en el mismo Plan --similar a la que aquí consta, conforme se declara en la sentencia recurrida--, para lo cual este Tribunal se sirve de los razonamientos que ya dijimos se habían realizado por el TJUE. Y es que, sirviéndonos de los argumentos que entonces concluimos "es en este marco urbanístico actual ---de regeneración y transformación de las ciudades--- en el que deben analizarse y proyectarse las políticas municipales sobre las VUT, con la finalidad de comprobar si las mismas ---en este caso, la llevada a cabo por el Ayuntamiento de Bilbao--- tienen encajen, ---o, por el contrario, lesionan--- los preceptos y principios que, en su demanda, esgrime como infringidos la CNMC.

"[...] Esto es, la sentencia reconoce que este tipo de alquileres está produciendo una afectación al derecho a la vivienda, llegando a la conclusión de que tal situación no se puede "dejar en manos del mercado ... al libre albedrío de los propietarios de las viviendas ... puesto que ello puede poner en peligro el derecho a la vivienda de los ciudadanos, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante, por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial"... [e)] La consecuencia de todo ello es el de la legitimación ---incluso obligación--- del planificador urbanístico municipal para "promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico"."

Particularmente relevante para el debate, en la forma en que se ha delimitado anteriormente, son los razonamientos siguientes que se hacen en esa sentencia:

"... En ese marco, la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las VUT como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se nos presenta como razonable y, sobre todo, suficientemente motivado por el Ayuntamiento de Bilbao, que respeta, con su actuación ---y con la justificación que ofrece de su norma reglamentaria--- los ya más que conocidos criterios de proporcionalidad, claridad, objetividad, antelación, transparencia y accesibilidad, previstos en la Directiva de Servicios."

No parece que sea necesario añadir nuevos argumentos a los ya expuestos sobre la exigencia conceptual de que el planeamiento municipal ordene los usos de estas VUT, con peculiaridades respecto de los usos más genéricos residenciales, que es lo que se hace en los preceptos del Plan que aquí se cuestionan. Debiendo añadirse que ese cuestionamiento no tiene mayor fundamento que las normas ya sobradamente citadas sobre libertad de establecimiento y que decaen en esa impugnación a la vista de esa finalidad de la planificación, por cuanto el planificador debe hacer esa ordenación de usos específicos.

El largo razonamiento anterior despeja el debate de autos porque, en pura técnica jurídica, si el Plan parcialmente aquí impugnado puede y debe establecer un régimen sobre tales usos de VUT, lo que no se puede pretender es que esa ordenación pueda tener un régimen diferente de las restantes determinaciones del planeamiento.

Es decir, si es el Plan el que establece la exigencia de someter la actividad de ofertas de VUT con una detallada regulación --buen ejemplo es el caso de autos--, no puede pretenderse que, en sede de normativa de libertad de mercado, esa exigencia de autorización administrativa --en realidad es ordenación-- no puede tener mayor salvaguarda que las establecidas para otras determinaciones de los planes.

Ello supone que con la ordenación del planeamiento quedaría salvaguardada la primacía de las exigencias que imponen los artículos 9 y 5 de la Directiva y la Ley nacional, de justificar el sometimiento de esa actividad a una previa decisión administrativa --en realidad solo a la ordenación de esa actividad--; pero conforme a la regulación nacional del régimen urbanístico, no se puede pretender que para ejercer dicha actividad de manera concreta, deba exigirse una concreta resolución concediendo la autorización impuesta, a que se hace referencia en los artículos 15 y 9 de aquella normativa, porque esa exigencia debe quedar referida a la concesión de las autorizaciones específicamente previstas en esa ordenación que establece la legislación sectorial, de tal forma que esas autorizaciones que deben reunir los requisitos que se contienen en los mencionados preceptos pueda ser diferente a dicha licencia.

Consecuencia de lo anterior es que si las determinaciones que establece el Plan Especial ciertamente que requieren una motivación, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de este Tribunal, es lo cierto que esa motivación debe estar en la Memoria, que es un documento preceptivo en la elaboración de los planes. No se puede pretender que los planes de urbanismo, y es la última consecuencia de los argumentos del escrito de interposición, contengan una específica y concreta motivación de todas y cada una de las determinaciones que en los mismos se contiene, pretendiendo que se "motive" y justifique por qué un concreto solar tiene una edificabilidad o un uso determinado. O, por utilizar como ejemplo algunas de las argumentaciones del escrito de interposición, no puede pretenderse, una vez establecida la finalidad de la normativa que contiene el Plan, las razones por las que se "regula" una concreta densidad máxima de viviendas de estos usos en la Zona a que se refieren los preceptos cuestionados (ZE-01).

Y es que, como dijimos en nuestra anterior sentencia de 2020 a que nos venimos refiriendo, con cita de una abundante jurisprudencia, "*... como toda potestad de ejercicio discrecional por la Administración, ésta se sujeta a las prescripciones de los artículos 9.3) y 103.1 de la CE , en la medida que el primero proscribe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, con sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo impone a las Administraciones que sirvan con objetividad los intereses generales. En concordancia con estos mandatos constitucionales de genérica aplicación a la actividad de las Administraciones, se deduce que el ejercicio del ius variandi urbanístico debe estar presidido por el respeto a los principios de congruencia, racionalidad y proporcionalidad, y en concreto debe evitar la indeseada discordancia entre la solución elegida y la realidad a la que se aplica... Así, la potestad de planeamiento es una potestad discrecional de la Administración, que como indica el Tribunal Supremo debe observarse dentro de los principios del art. 103 de la Constitución ; de tal suerte que el éxito de una impugnación de la potestad de planeamiento, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones... Es cierto que el genio expansivo del Estado de Derecho, ha ido alumbrando técnicas que permiten un control*

jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aun así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial... [L]a Memoria integra ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento."

Como conclusión de lo expuesto y a los efectos de dar respuesta a la cuestión casacional objetiva delimitada en el presente recurso, debemos declarar que un plan de urbanismo como el de autos es un instrumento legítimo para someter a la previa autorización administrativa el ejercicio de una actividad de VUT y que los preceptos del mencionado Plan que condicionan la concesión de la tal autorización es proporcionada y está suficientemente justificada por la salvaguarda de la razón imperiosa de interés general de facilitar la existencia de viviendas susceptibles de arrendamientos para residencia de los ciudadanos.

SEXTO. Examen de las pretensiones accionadas en el proceso.

Debemos proceder ahora, conforme al orden de los pronunciamientos que nos impone el *artículo 91 de nuestra Ley Procesal*, al examen de las concretas pretensiones que se accionan en el proceso, atendiendo a la interpretación de los preceptos que centran el debate casacional. Y en ese cometido debe tenerse en cuenta que la pretensión accionada en el proceso, en la forma en que ha quedado delimitada tras la sentencia de instancia, no puede ser acogida, dado que, si dicha pretensión es la nulidad de los preceptos del Plan, por estar en contradicción con lo establecido en los artículos de la Directiva y la Ley nacional sobre libertad de servicios, ya se ha concluido que no existe dicha contradicción. Por lo expuesto, procede desestimar la petición de nulidad suplicada en el recurso de casación y confirmarse la sentencia de instancia.

SÉPTIMO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el *artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. La respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es la reseñada en el fundamento quinto "in fine" de esta sentencia.

Segundo. No ha lugar al recurso de casación 7477/2019, interpuesto por la "Asociación de Apartamentos Turísticos de Barcelona", contra la *sentencia 302/2019, de 4 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso-administrativo 107/2016*, que se confirma.

Tercero. No procede hacer expresa condena en cuanto a las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.