

Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo. Cataluña. Zona de bajas emisiones. Contaminación atmosférica. Vehículos « Actualidad Jurídica Ambiental

Lucía Casado Casado

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, número de recurso: 4910/2022, Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy)

Autora: Dra. Lucía Casado Casado, Profesora Titular de Derecho Administrativo (acreditada como Catedrática) de la Universitat Rovira i Virgili e Investigadora del *Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona* (CEDAT) y del *Institut Universitari de Recerca en Sostenibilitat, Canvi Climàtic i Transició Energètica* (IU-RESCAT).

Fuente: STS 4853/2023 – ECLI:ES:TS:2023:4853

Palabras clave: Zonas de bajas emisiones. Contaminación atmosférica. Medio ambiente. Movilidad de las personas. Libertad económica y de empresa. Principios de buena regulación. Principio de proporcionalidad.

Resumen:

Esta Sentencia resuelve los recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona y el Área Metropolitana de Barcelona contra la Sentencia núm. 972/2022, de 21 de marzo de 2022, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Esta sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el *Gremi de Transport i Maquinaria de la Construcció de Catalunya*, la *Associació General d'Autònoms-Pimes Transportistes de Catalunya*, la *Federación Catalana de Transporte de Barcelona*, la *Asociación de Transportistas Agrupados Condal y Transprime Spanish Shippers Council* contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire, aprobada por el Pleno municipal el 20 de diciembre de 2019. En el marco de estos recursos de casación, han comparecido como parte recurrida los recurrentes en la instancia.

La cuestión sobre la que el Tribunal Supremo, en el Auto de 18 de enero de 2023, considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en “determinar si resulta posible preponderar, en pos del principio de proporcionalidad, los derechos a la movilidad de las personas y la libertad económica y de empresa respecto de los derechos a la salud y al medio ambiente a la hora de llevar a cabo el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria en materia ambiental, teniendo en cuenta la naturaleza preventiva, permanente y proactiva de la intervención pública en la citada materia”. A estos efectos, identifica como

normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 2, 13.1 y 23.1 de la Directiva 2008/50/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa; 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 5.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

Las administraciones recurrentes, en sus escritos de interposición del recurso de casación, utilizan los siguientes argumentos en contra de la fundamentación de la sentencia de instancia: las conclusiones resultantes de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-125/20), que condena a España por no haber adoptado medidas dirigidas a evitar en determinadas áreas del territorio español ³/₄entre ellas, Barcelona³/₄ el aumento de la contaminación y que constata una superación de los valores límites establecidos; la protección del medio ambiente como título de intervención de los poderes públicos sobre las actividades privadas; la vulneración del principio de proporcionalidad, al dar preponderancia al derecho a la movilidad de las personas y a la libertad económica y de empresa frente a los derechos a la salud y al medio ambiente; la vulneración de los artículos 2, 13.1 y 23.1 de la Directiva 2008/50/CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los ha interpretado; y la vulneración del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Por su parte, las partes recurridas argumentan en contra de cada uno de los planteamientos de los escritos de interposición del recurso de las entidades recurrentes y aducen como una cuestión previa que se declare terminado el proceso por desaparición de su objeto al haber sido ya derogada la Ordenanza objeto de impugnación y sustituida por otra en 2023. En consecuencia, solicitan que se dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación por pérdida sobrevenida de su objeto al haberse derogado la Ordenanza anulada por la Sentencia recurrida o, subsidiariamente, confirmando en todos sus extremos la Sentencia recurrida e imponiendo, en ambos casos, a las partes recurrentes las costas del proceso.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Barcelona y el Área Metropolitana de Barcelona contra la Sentencia 972/2022, de 21 de marzo de 2022, dictada por la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que se confirma.

Destacamos los siguientes extractos:

“SEGUNDO. Delimitación del recurso de casación, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso

(...) debemos comenzar por recordar que, aun cuando en nuestra Ley procesal no se contemple de manera expresa la terminación del proceso por pérdida de su objeto, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha venido declarando que la aplicación supletoria de la LEC, conforme se establece en la Disposición Final Primera de nuestra Ley procesal y el artículo 4 de la Ley procesal general, comporta que, por aplicación conjunta de los artículos 22 y 413 de dicha Ley procesal general, cuando en el proceso contencioso-administrativo hubieran desaparecido las pretensiones accionadas, se debe dar por finalizado por pérdida sobrevenida de su objeto, acordándose el archivo de las actuaciones (...)

la norma derogada, a diferencia de la declarada nula, forma parte del ordenamiento jurídico y como tal es susceptible de control por los Tribunales, de conformidad con la exigencia que se impone en el artículo 106 de la Constitución. Pero es que, a la postre, no es indiferente para las Administraciones –que son aquí las recurrentes– que la norma reglamentaria cuestionada en este proceso haya sido declarada nula o haya sido derogada. Es suficiente con dejar apuntado que la declaración de nulidad, por sus efectos, no impide poder exigir responsabilidad a la Administración municipal que aprobó una norma con ese vicio de ineficacia (...)

hay un nuevo y peculiar argumento para rechazar la pretendida pérdida sobrevenida del objeto del presente recurso, precisamente por las razones antes expuestas. En efecto, puesto que, insistimos, no se trata de una declaración de nulidad de la Ordenanza, sino de una derogación, cuyos efectos se determinan en la norma de derogación, es lo cierto que esa específica modalidad de dejar sin efecto la norma, además de tener efectos desde la entrada en vigor de la norma derogatoria, lo es conforme a lo que en ella se dispone. Debe señalarse lo anterior porque, si bien es cierto que la Ordenanza de 2023 derogó la Ordenanza de 2019 que aquí se revisa, no es menos cierto que esa norma derogatoria no comportó la absoluta ineficacia de la vieja Ordenanza desde la aprobación de la nueva, porque en su Disposición Transitoria Segunda se dispone: *” Aplicación retroactiva del régimen sancionador. El régimen sancionador de esta Ordenanza se aplica a los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor cuando favorezca a la persona presuntamente infractora, tanto con respecto a la tipificación de la infracción como la sanción aplicable, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor esta Ordenanza.”* Lo que se viene a establecer, en definitiva, es que la derogada Ordenanza sigue surtiendo efectos en cuanto a las sanciones cometidas bajo su vigencia, lo cual sería imposible si la Ordenanza hubiera sido declarada, como lo fue en la instancia, nula de pleno derecho, por más que, como ya vimos, la nueva Ordenanza sea aplicable en lo que beneficia en ese ámbito sancionador.

Es decir, todo el régimen sancionador de la vieja Ordenanza se mantiene, incluso después de su derogación, por la nueva y en relación con una materia no menor, como es el régimen sancionador, con las limitaciones, por lo demás necesarias, que se imponen en la norma transitoria.

Las razones expuestas comportan rechazar la declaración de pérdida sobrevenida del objeto del proceso y desestimar la terminación del presente recurso con dicha declaración” (FJ 2º)

“TERCERO. Los motivos del recurso de casación. La STJUE de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-125/20)

(...) Planteado el debate en la forma expuesta ya de entrada sorprende que sean las Administraciones, que debieran darse por aludidas por las declaraciones de incumplimientos que se hacen en la sentencia, las que pongan tanto énfasis en los fundamentos de la mencionada sentencia del Tribunal europeo que condena al Reino de España por los importantes incumplimientos de la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa; nonos corresponde ahora el examen de tales gruesos incumplimientos por la normativa española que empieza ya con el de transposición de la Directiva. Pero hemos de salir al paso del reproche que, con base a dicha sentencia, se hace en el presente recurso, que carece de toda justificación.

Como ya dijimos, la misma sentencia, si bien no conocía las declaraciones del TJUE, que es posterior, si conoce el recurso y demuestra conocer los incumplimientos que se reprochaban al Reino de España, hasta tal punto que, como hemos visto en la transcripción, se hace referencia a dicho proceso. Y no desconoce la Sala sentenciadora el déficit que en España existe de medidas que

limiten las emisiones de gases contaminantes, conforme a dicha Directiva, claramente se expone en sus razonamientos. Lo que se reprocha en la sentencia a la Ordenanza impugnada es la falta de justificación por deficiente motivación de esas decisiones o, si se quiere, que las limitaciones impuestas sean razonables a la vista de la información de que se ha servido la Administración, y esas conclusiones, lejos de ser contradictorias con los razonamientos de la sentencia del TJUE, aparecen ratificadas en ella (...)

En resumen y en contra de lo que se sostienen en el recurso, la sentencia recurrida no cuestiona, y lo deja claro en sus razonamientos, que no deban adoptarse medidas para mejorar la calidad del aire en la ciudad de Barcelona, lo que reprocha a la elaboración de la norma es que tales medidas no se hayan adoptado con una información real y una afectación territorial coherente con dicha contaminación. No hay contradicción entre lo declarado por el Tribunal nacional y el europeo en la sentencia de referencia” (FJ 3º).

“CUARTO. La protección del medio ambiente como título de intervención de los poderes públicos sobre las actividades privadas

(...) Con el argumento, aunque nunca se diga expresamente, parece que lo que se pretende criticar a la sentencia es que haya hecho prevalecer los derechos a la movilidad y libertad de mercado y de la competencia sobre los de protección del medio ambiente y, en definitiva, de la salud de los ciudadanos; esto es, haber realizado un juicio de hacer preponderar aquellos derechos sobre la protección medioambiental que, en la argumentación de las recurrentes, habría quedado devaluado o incluso indebidamente compensado con aquellos derechos, que deben ceder ante el superior valor del medio ambiente.

Es este un debate que subyace en la argumentación de los respectivos escritos de interposición y que, como hemos visto, ha pasado a la delimitación del objeto del recurso (...)

en la actualidad la protección del medio ambiente adquiere una especialísima trascendencia para las actuaciones de los Poderes públicos y basta, para destacar esa relevancia, el hecho de que a nivel de la Unión Europea esa protección constituye uno de los pilares de la política comunitaria, como ponen de manifiesto los artículos 11 y, de manera especial, el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, debiendo señalar que esa protección se configura como una materia de competencia compartida entre la Unión y los Estados (artículo 4.2º.e). Ello no es sino consecuencia de la pluralidad de texto a nivel internacional –porque la protección del medio ambiente requiere ese ámbito para que sea efectiva– que imponen dicha protección, de las que son de destacar las Convenciones Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante CMNUCC), desde la en realidad inicial de Río de Janeiro de 1992, hasta la más efectiva de París de 2015, en que se aprobó el Convenio de París, con fuerza vinculante y que la Unión ha capitaneado a nivel mundial en cuanto a los objetivos que en el mismo se imponen (...)

Si hay algo que resulta meridianamente claro de todos esos textos normativos y programáticos es que la finalidad de la legislación y, en base a ella, de las actuaciones de los poderes públicos, debe ser la de un desarrollo sostenible, que evite el progresivo deterioro de los valores medioambientales que con tanta aceleración se ha venido produciendo en las últimas décadas. Se trata de revertir el proceso con el fin de que, mediante la protección de los valores medioambientales más deteriorados, se frene dicho deterioro y se proceda a una recuperación de los mismos, y ello por estar en juego la misma existencia del ser humano y su calidad de vida. Pero ha de tratarse de un desarrollo, es decir progreso, sostenible, de tal forma que, sin menosprecio de la protección de las generaciones presentes, no se vean perjudicados el de las generaciones futuras.

Por ello, entre los variados principios que se han acuñado en esa pluralidad de textos internacionales y europeos, tanto normativos

como programáticos, se destaca el de que en la elaboración de las políticas ambientales se determinen las ventajas y las cargas que puedan resultar, tanto de las medidas que se adopten como de las que se dejen de adoptar, también en relación con la economía de las sociedades afectadas, porque no puede olvidarse que en esa faceta subyace la posibilidad de que puedan prestarse servicios sociales a las comunidades actuales, que no pueden verse significativamente deteriorados con dichas políticas.

No parece necesario extenderse en dichas consideraciones aunque no está de más recordar lo que al respecto se establece en el artículo 37 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, los artículos 12 y 23 de la Directiva de 2008, ya mencionada, y por todo argumento, el artículo 2.j) de la [Ley española 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética](#), de fecha posterior a la Ordenanza que nos ocupa, pero que viene a reseñar los principios rectores de la política en esta materia que ya estaban impuestos en la Directiva y en los Tratados internacionales, que si estaban vigentes al momento de aprobarse la norma reglamentaria (...)

Y es que, en definitiva, si el debate se suscita -que no se hace en la sentencia de instancia- en sede de ponderación proyectada en el ámbito de derechos fundamentales, que es, en esencia, donde se suscita el debate por las recurrentes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado, como recuerda la sentencia 148/2021, de 14 de julio (ECLI:ES:TC:2021:148), con abundante cita, que “el principio constitucional de proporcionalidad, y su proyección en el ámbito de derechos fundamentales, existe una muy reiterada doctrina constitucional. Basta ahora recordar que el examen jurisdiccional de dicho principio se articula en tres pasos sucesivos. Habrá de apreciar, en primer lugar, si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido...” Palabras elocuentes a la vista de los razonamientos que, como se ha visto, se contienen en la sentencia de instancia. Y es que solo después de esa labor podrá realizarse la preponderancia de unos u otros bienes afectados y, lo que no puede desconocerse, la incidencia que las medidas tengan en uno u otros bienes afectados, porque es contrario a la lógica adoptar medidas con una afectación intensa de unos valores, quizás de menor entidad, si esas medidas no comportan una real y efectiva protección de valores dignos de mayor protección. Por más que, ha de insistirse, no es eso lo que se hace en el caso de autos, donde, como se ha dicho, lo que el Tribunal echa en falta es que se haya obtenido la información necesaria y fidedigna para incluso realizar esa labor para poder preponderarlos derechos afectados con las medidas adoptadas. En la sentencia de instancia, tan siquiera se hace un juicio de preponderancia de las ventajas de las medidas adoptadas en la Ordenanza y los perjuicios que se ocasionan a los dos concretos derechos a que se hace referencia –es indudable que se ven afectados otros, directa o indirectamente–, sino que de los datos resultantes de los informes tomados en consideración por la Corporación para la aprobación de la Ordenanza, tan siquiera puede hacerse ese juicio porque, como se justifica en la sentencia con suficientes razones, tales datos, o son incompletos o inexactos, como veremos sa continuación” (FJ 4º).

“QUINTO. Vulneración de los artículos 2 , 13.1 y 23.1 de la Directiva 2008/50/CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los interpreta

(...) no es cierto, debe reiterarse, que la sentencia recurrida no cuestiona que la información que se tomó en consideración por la Administración para la elaboración de la Ordenanza no fuera cierta, lo que se cuestiona y con suficiente motivación es, en palabras de la sentencia, que los “datos manejados no están actualizados, pues se hace referencia al informe de emisiones de 2015 -con datos de contaminación hasta 2013- y los últimos datos de contaminación son del año 2017. Estos datos se presentan de forma imprecisa, lo cual afecta especialmente al trámite de participación ciudadana, al no darse una información rigurosa. La situación actual de la

contaminación en Barcelona al momento de la promulgación presentaba una tendencia descendente...” Y debe recordarse que esa reducción aparece en la ya antes mencionada sentencia del TJUE.

No es que el Tribunal territorial rechace las conclusiones o cuestione los sistemas de medición, que es a lo que se refiere la sentencia del TJUE últimamente citada, sino que no están actualizados.

Otro tanto cabe concluir en cuanto a la delimitación de la ZBE que, en la fundamentación de la sentencia, se vincula a los datos sobre contaminación. En efecto, la sentencia parte de la premisa de que “No puede decirse que la ZBE así delimitada vulnere ningún precepto legal, pues en definitiva se trata de una cuestión de “nomen” o denominación, por lo que ni tan siquiera la falta de ajuste a la vigente definición legal de “zona de bajas emisiones” podría determinar un pronunciamiento anulatorio...” Y sobre esa premisa, lo que se hace constar es la amplitud de la zona delimitada, que comprende el Municipio de Barcelona y ciudades limítrofes, en los que “los niveles de contaminación no son simétricos en toda su extensión”, todo ello a tenor de la prueba práctica en autos (...) A juicio de la sentencia “La distinta situación de las subzonas o áreas de la ciudad, en cuanto a la calidad del aire, no se toma en consideración a lo largo del expediente. Tanto en el informe de necesidad como en la Memoria General, se presentan dos gráficos distintos, uno con los datos de las estaciones de tráfico de Eixample y Gracia, y otro con el resto de las estaciones de fondo (8 estaciones). Esta fragmentación de datos no aparece como coherente con la intervención normativa uniforme en el conjunto de la zona, dada su amplia extensión, pues los datos de contaminación son muy distintos en las diferentes subzonas de la ciudad.”

Es decir, de los razonamientos de la sentencia, no se cuestiona ni los sistemas ni la ubicación de la medición de la contaminación, sino que en esas mediciones no se haya tomado en consideración los distintos niveles, y aun así, el reproche que en la sentencia se hace no es ignorar las mediciones consideradas en la elaboración de la Ordenanza, sino que ésta no haya motivado el por qué no se ha particularizado, en la amplia zona delimitada, las singularidades que concurrían. Y en este sentido no estaría de más traer a colación que de la invocada por las recurrentes sentencia del TJUE de 2022, antes examinada, cabe concluir que la ZBE delimitada en Madrid -a la que se hace referencia en los escritos de interposición- era de 4,75 km², en tanto que, conforme a lo que resulta del artículo 5 de la Ordenanza cuestionada, la zona que en ella se delimita es de 95 km².

Así pues, no puede reprocharse a la sentencia de instancia haber incurrido en la vulneración de los preceptos de la Directiva invocados” (FJ 5º)

“SEXTO. La vulneración del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

(...) en sede de vulneración del procedimiento en la aprobación de la Ordenanza es obligado recordar, como ya se hizo antes, que la Sala de instancia considera que no hay vicio alguno en cuanto a los trámites necesarios y substanciales para la aprobación de la Ordenanza, rechazando dichos defectos que debieron ser invocados por las partes recurrentes en la instancia y así resulta de la transcripción de la sentencia que antes se hizo.

Es cierto, por otra parte, como ya también se ha dicho, que en el fundamento sexto la Sala de instancia hace un examen minucioso del “*impacto presupuestario, económico y social de la Ordenanza*”, pero ese examen no se hace a los efectos de considerar que existe un vicio de procedimiento, por omisión de un trámite esencial, lo cual sería contrario a lo antes declarado en la sentencia. Y que ello es

así lo evidencia que en el mencionado fundamento no se suscita el debate en sede de procedimiento para la aprobación de las ordenanzas municipales. Pues bien, ello sería suficiente para rechazar el motivo examinado.

No obstante lo anterior, es necesario recordar lo que ya se ha expuesto en varias ocasiones en los fundamentos anteriores. Lo que la Sala sentenciadora quiere resaltar, como una de las últimas razones para el examen de legalidad de la Ordenanza y, en particular, para justificar que se haya rechazado acudir a otras alternativas, cuestión que se suscita a continuación del referido fundamento, es que las medidas impuestas no han podido ser debidamente valoradas a los efectos de ejercer las potestades discrecionales que ostenta la Administración por no haberse tomado en consideración esos aspectos económicos y sociales. Es decir, el debate se suscita, no en sede de procedimiento, sino en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la obligada exigencia de la motivación en su ejercicio que, para no incurrir en arbitrariedad, debe aparecer suficientemente motivada, lo cual solo es posible mediante la obtención de todos los elementos determinantes afectados por dicha potestad, entre lo que no cabe despreñar a los que se refiere, en esta materia, la sentencia que se revisa, debiendo rechazarse el motivo examinado y, con él, la totalidad del recurso, sin que pueda darse respuesta a la cuestión casacional suscitada toda vez que, conforme a lo razonado, la decisión de la Sala de instancia no estaba motivada en la preponderancia de los derechos a la movilidad de las personas y la libertad de mercado respecto a los derechos a la salud y protección del medio ambiente” (FJ 6º)

Comentario de la autora:

La [Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética](#) (en adelante, LCCTE), impone a los municipios de más de 50.000 habitantes y a los territorios insulares la obligación de adoptar antes de 2023 planes de movilidad urbana sostenible que introduzcan medidas de mitigación que permitan reducir las emisiones derivadas de la movilidad incluyendo, al menos, zonas de bajas emisiones (ZBE). Asimismo, la obligación de establecer ZBE también “será aplicable a los municipios de más de 20.000 habitantes cuando se superen los valores límite de los contaminantes regulados en [Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire](#)” (art. 14.3). La sentencia objeto de análisis es la primera sentencia del Tribunal Supremo que analiza el alcance de la potestad normativa local en este ámbito, con motivo del examen de la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire, aprobada por el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona en sesión de 20 de diciembre de 2019. Esta Ordenanza ha sido cuestionada ante los tribunales por considerarse desproporcionada la ZBE delimitada y las medidas restrictivas adoptadas. Dicha zona tenía una amplia extensión que alcanzaba la mayor parte del término municipal de Barcelona, así como de otros municipios limítrofes que constituyen la conurbación de Barcelona[1], desbordando el ámbito estrictamente municipal[2]; y recogía medidas que afectaban a la movilidad de la ciudadanía y que incluían una prohibición de acceso y de circulación o de máxima restricción de tráfico por la ZBE en todos los días y horas laborales (de lunes a viernes, de 7 a 20 horas) para vehículos sin distintivo ambiental, con algunas excepciones y normas transitorias.

En un primer momento, se pronunció sobre esta Ordenanza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en seis sentencias de 21 de marzo de 2022 que resuelven varios recursos contencioso-administrativos presentados contra la misma[3]. En ellas, tras valorar el ajuste de la zona delimitada en la Ordenanza con el concepto de ZBE establecido en la normativa vigente al tiempo de promulgarse y el alcance de las medidas de intervención establecidas en la norma impugnada, estima los recursos y anula la Ordenanza. De la amplia argumentación realizada por el Tribunal destacamos varios aspectos. En primer lugar, con carácter previo ³/₄ en el FJ 4^o₃/₄, entra a analizar el alcance objetivo, subjetivo y temporal de las restricciones establecidas por la Ordenanza y pone especial énfasis en

el sacrificio que las restricciones imponen a las personas titulares de los vehículos afectados, advirtiendo que en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza no se parte de datos actualizados del parque móvil afectado ni se contemplan los diferentes efectos que se producen para determinadas categorías de colectivos que aparecen más afectados (residentes y profesionales). En segundo lugar, la sentencia cuestiona la delimitación territorial de la ZBE, que coincide con la zona metropolitana del interior de las Rondas. El Tribunal considera que al convertir lo que era un modelo de intervención episódica por contaminación en una situación estructural o permanente “desborda el concepto de ‘zona’ como ámbito territorial limitado, lo cual puede entrar en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración, pero exige un mayor rigor de motivación desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues el contenido de las limitaciones se intensifica notablemente si, como en el caso, se establecen con carácter general y de manera uniforme”. Y, en el procedimiento de elaboración de la norma “no se ponderan estos elementos, al partirse de datos no actualizados y al cambiar lo que era un modelo de intervención episódica por contaminación, previsto en el Decret de la Alcaldía de 2017, a una situación estructural o permanente, sin plantear ninguna otra alternativa de planificación que no sea la de prohibir de forma uniforme la circulación en toda la zona” (FJ 5º). Asimismo, considera que la zona de intervención así delimitada es un elemento esencial para dirimir si las medidas restrictivas son proporcionadas y, desde este prisma, considera que “la intensidad y alcance general de las medidas desborda las previsiones sectoriales sobre las zonas de restricción de tráfico” (FJ 5º), contenidas en el artículo 16.4 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera y 18 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, de las que se infiere un ámbito territorial de aplicación limitado. En tercer lugar, entra a dirimir si las medidas introducidas por la Ordenanza, justificadas por la mejora de la calidad ambiental y la protección de la salud y que entran en conflicto con el derecho de la ciudadanía a la movilidad en general y, en particular, con el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, están motivadas suficientemente y se presentan como adecuadas y proporcionadas, esto es, si está justificado que sean idóneas para alcanzar el objetivo deseado de la forma menos restrictiva posible, como establecen los artículos 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP) y 5.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). El Tribunal no cuestiona la necesidad de intervención municipal para mejorar la calidad del aire, pero sí la proporcionalidad de las medidas incluidas en la Ordenanza. En efecto, considera que las medidas limitativas adoptadas no son proporcionadas, “desde el momento en que su alcance territorial es uniforme y global, extraordinariamente amplio, sin distinción de anillos y subáreas”, por lo que “la intensidad y alcance general de las medidas desborda las previsiones sectoriales sobre las zonas de restricción de tráfico” (FJ 5º, apartado 1); y aprecia que “de los Inventarios de Emisiones, del plan de actuación municipal y de la memoria que acompaña a la Ordenanza no aparece suficientemente justificado que deba actuarse en la ZBE finalmente delimitada con medidas restrictivas uniformes de la singular intensidad que hemos analizado” (FJ, apartado 3), teniendo en cuenta que solo dos estaciones de medición del total de la ciudad (Eixample y Gracia) incumplen los niveles máximos de inmisión de dióxido de nitrógeno. Además, la intensidad y el alcance general de las restricciones no aparecen suficientemente motivados. Por último, desde un punto de vista formal, considera que existen vicios sustanciales en el procedimiento de elaboración de la norma, ya que, por un lado, se toman como punto de partida datos de contaminación no actualizados, al hacerse referencia a un informe de emisiones de 2015, con datos de contaminación hasta 2013, y los últimos datos de contaminación anuales son de 2017. Por otro, no se ponderan suficientemente el alcance y las consecuencias económicas y sociales de la Ordenanza que pueden derivarse de estas medidas restrictivas sobre la movilidad de la ciudadanía, ni se valoran medidas alternativas o menos restrictivas que no sean la de prohibir de forma uniforme la circulación en toda la zona; tampoco sus efectos sobre la competencia y el mercado, singularmente en el sector del transporte (FJ 6º). En consecuencia, considera que las memorias e informes obrantes en el expediente no cumplen la función de asegurar que los órganos encargados de la tramitación y aprobación de la Ordenanza tengan la información necesaria para estimar el impacto que tendrá en la ciudadanía y los medios que serán necesarios para su aplicación; y que tampoco se recoge una motivación

suficiente de la necesidad y de la oportunidad de la norma, ni una valoración de las distintas alternativas existentes, ni un análisis suficientemente motivado de las consecuencias presupuestarias, económicas y jurídicas ^{3/4}especialmente sobre la competencia^{3/4} que se derivarán de su aplicación (*vid.* los FFJJ 6º y 7º y también el 3º). Se concluye, por tanto, que no se cumplen los requisitos de motivación establecidos con carácter general en el artículo 4.1 de la LRJSP y en el artículo 5.2 de la LGUM para valorar el impacto de las medidas en el mercado y la competencia, tanto en el ámbito del transporte, como en el de los negocios relacionados con la automoción (FJ 8º). A pesar de la anulación de la Ordenanza, el Tribunal desestima la pretensión de indemnización derivada de la nulidad, al considerar que no quedan acreditados ni los presupuestos para que nazca la responsabilidad patrimonial ni la existencia efectiva de un daño ni de su cuantía, de modo que no procede dar lugar al pronunciamiento pretendido en términos generales e indeterminados (FJ 8º).

Las Sentencias del TSJ de Cataluña contaron con dos votos particulares concurrentes. En el primero de ellos, formulado por la Magistrada María Fernanda Navarro de Zuloaga, los motivos de discrepancia se refieren a la zonificación y algunos extremos que se derivan de ella y a algunos aspectos en relación con la motivación de la Ordenanza. Aun cuando considera que una zonificación como la establecida, que comprende la mayor parte de la ciudad y zonas adyacentes puede estar justificada por razones de contaminación, entiende que las medidas concretas establecidas por la Ordenanza no se hallan suficientemente motivadas para dar fundamento a la restricción impuesta. Dadas las dificultades objetivas que producen las medidas de restricción a la circulación adoptadas, admitidas por la propia administración, considera exigible una especial motivación y pone de manifiesto, entre otras cuestiones, la necesidad de analizar si las medidas adoptadas cumplen los requisitos de proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (idoneidad, necesidad y ponderación adecuada); de buscar un equilibrio o armonía entre los derechos en liza, así como alternativas; de realizar un adecuado análisis o balance del coste de la huella ambiental, acciones no realizadas de forma adecuada por la administración municipal; de justificar por qué se excluye la consideración de los procesos de reequipamiento cuyo coste técnico no es excesivo; y de explicar por qué se excluyen determinados vehículos, pertenecientes a diversas administraciones públicas, y no otros que prestan servicios públicos pero que pertenecen a empresas privadas concesionarias de servicios. De ahí que no se cubran, en su opinión, las exigencias de motivación, de especial importancia “porque las medidas de restricción deben adoptarse cuando todas las medidas que tienen menor impacto han resultado insuficientes (desde las de menor coste, sumideros naturales, otras como el reequipamiento, y el fomento previo del transporte público, en colaboración con las Administraciones territoriales competentes)” (apartado 4º, subapartado H5). El segundo voto particular lo formula el magistrado Eduardo Paricio Rallo, que discrepa de la sentencia adoptada al considerar que “no se puede descalificar una ordenanza como la impugnada considerando tanto su extensión geográfica como la naturaleza de la restricción que incorpora. En este aspecto la degradación atmosférica de la ciudad es una cuestión grave de orden público ambiental, lo que constituye una motivación susceptible de justificar restricciones significativas como es el caso” (apartado 0). Por ello, considera que, en lo esencial, la Ordenanza responde a una causa suficiente y justifica su posición en varios argumentos, entre los cuales destacamos, en primer lugar, la valoración que realiza a los efectos de valorar la proporcionalidad de las medidas que introduce la Ordenanza. En este punto, aun cuando comparte la aproximación general a los valores que cabe considerar en el momento de abordar la proporcionalidad de dichas medidas (por un lado, los derechos a la salud y al medio ambiente y, por otro, los derechos a la movilidad de las personas y la libertad de empresa) considera que “la sentencia infravalora el problema de la contaminación ambiental para conceder la máxima relevancia a los costes que impone la ordenanza” y entiende que, en cuanto a estos últimos, “hay que matizar la importancia que se otorga al derecho de movilidad individual”, ya que la Ordenanza “no impide la movilidad de los ciudadanos, sino que condiciona la forma en la que éstos ejercitan tal derecho, imponiendo pues una movilidad sostenible, y la ciudad ofrece buenas alternativas en este sentido”. Es más, afirma que “En este contexto, no se puede olvidar que existe el derecho a la movilidad, pero no el derecho a contaminar” (apartado

II). En segundo lugar, apela a la naturaleza proactiva, permanente y preventiva de la acción de los poderes públicos en materia de medio ambiente atmosférico. En su opinión, “no se puede contemplar la intervención pública en materia medioambiental como una intervención puntual, sino como una acción de naturaleza permanente y netamente preventiva”, por lo que “la legitimación de los poderes públicos para establecer restricciones no queda limitada a las situaciones en las que se hayan desencadenado ya los episodios patológicos de contaminación; esto es, a los casos en los que se hayan superado los valores límite” (apartado III). En este contenido, entiende que debe admitirse la posibilidad de que el municipio fije prioridades y desarrolle sus políticas tomando como horizonte no ya los valores máximos de inmisión, sino otros valores de referencia más ambiciosos, como los fijados por la Organización Mundial de la Salud o establecidos en porcentajes de mejora sobre la situación de partida, como imponen algunos instrumentos de planificación estratégica de carácter general. En tercer lugar, considera que es admisible jurídicamente, en abstracto, una Ordenanza como la impugnada, con una delimitación territorial amplia y con restricciones de carácter permanente dirigidas a vehículos más contaminantes. En su opinión, no hay obstáculo legal si tales restricciones quedan adecuadamente motivadas (apartado V). Ahora bien, a pesar de estas discrepancias, coincide con la mayoría en cuanto a los defectos de motivación de la Ordenanza impugnada, por ser muy escasa para una norma de esta trascendencia. En su opinión, el déficit más relevante es la ausencia de análisis de las alternativas menos restrictivas y por qué las mismas no eran factibles o resultaban ineficaces, a lo que se une la ausencia de justificación de la exclusión de los vehículos de servicios. Se trata de un análisis obligado cuando se imponen restricciones tan relevantes, exigido por el artículo 129.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPACAP), el artículo 4.1 de la LRJSP y el artículo 5.2 de la LGUM. Así, señala que “Éste es un aspecto de la motivación directamente relacionado con la proporcionalidad de la norma y las restricciones que ésta impone. Una justificación que no es prescindible” (apartado 5º). Por ello, coincide con la mayoría en que la Ordenanza impugnada queda viciada significativamente hasta el punto de imponer su revocación, aunque solo en este aspecto. Por ello, mediante su voto particular, pretende dejar claro que, si bien la sentencia de la mayoría puede ser interpretada como una descalificación que vaya más allá de la ausencia de motivación y que ello comprometa la posibilidad futura de que el Ayuntamiento de Barcelona pueda mantener el mismo perfil de Ordenanza si así lo exigiera la situación, no debe ser así (apartado 0).

Como consecuencia de las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, ya había aprobado definitivamente, el 27 de enero de 2023, una nueva Ordenanza por la que se fijan los criterios de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos en la ZBE de Barcelona y se promueve una movilidad sin emisiones ^{3/4}publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 21 de febrero de 2023^{3/4}. Esta Ordenanza, que tiene un ámbito territorial mucho más limitado^[4], amplía las autorizaciones para circular por la ZBE sin distintivo ambiental e incluye mejoras sociales.

Ahora, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la primera Ordenanza, en la sentencia objeto de comentario, declarando no haber lugar al recurso de casación y confirmando, por tanto, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Aun cuando sea este el pronunciamiento, el Tribunal Supremo no afirma que deban prevalecer los derechos a la movilidad y libertad de mercado y de la competencia sobre los de protección del medio ambiente y de la salud de la ciudadanía, porque considera que no se han podido valorar adecuadamente los efectos de la adopción de las concretas medidas adoptadas en la Ordenanza. De ahí que justifique su pronunciamiento, entre otros motivos, en la ausencia de una justificación y ponderación adecuada de tales medidas con arreglo al principio de proporcionalidad. El Tribunal Supremo no declara que deban primar los derechos de movilidad y mercado sobre la protección del medio ambiente, sino que no se ha podido valorar adecuadamente, a los efectos de la adopción de las concretas medidas adoptadas en la Ordenanza, su incidencia, porque no se han recabado por la

Administración informes concluyentes a la hora de establecer las restricciones que se imponen y poder realizar una ponderación adecuada del balance de beneficios y costes propio de la proporcionalidad, barajando la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas. A su juicio, las sentencias de instancia, dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no estaban motivadas en la preponderancia de los derechos a la movilidad de las personas y la libertad de mercado respecto a los derechos a la salud y protección del medio ambiente. Si bien considera que a la hora de preponderar valores “deban tener mayor relevancia los intereses públicos concretamente afectados que, no cabe dudar, son los vinculados a la protección del medio ambiente que tiene, en apretada síntesis, un valor esencial en sí mismo considerado -protección de los recursos naturales- y reforzado por los derechos humanos a él vinculados, como son la propia calidad de vida, la salud y la propia vida de las personas”, afirma que “esa protección tampoco es absoluta -ningún derecho fundamental lo es- y requeriría ese juicio de preponderancia que en el caso de autos no se ha realizado por ausencia de suficiente justificación” (FJ 4º). Asimismo, considera el Tribunal que las medidas impuestas no han podido ser debidamente valoradas a los efectos de ejercer las potestades discrecionales que ostenta la Administración por no haberse tomado en consideración el impacto económico y social de las medidas adoptadas. En su opinión, “el debate se suscita, no en sede de procedimiento, sino en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la obligada exigencia de la motivación en su ejercicio que, para no incurrir en arbitrariedad, debe aparecer suficientemente motivada, lo cual solo es posible mediante la obtención de todos los elementos determinantes afectados por dicha potestad, entre lo que no cabe despreciar a los que se refiere, en esta materia, la sentencia que se revisa” (FJ 6º).

A la vista de las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo, se evidencia la relevancia del cumplimiento de los principios de buena regulación recogidos en el artículo 129 de la LPACAP en el ejercicio de la potestad reglamentaria. En particular, dos son los elementos clave a la hora de establecer prohibiciones, limitaciones y restricciones de acceso, estacionamiento y circulación en las ZBE. Por una parte, la necesidad de valorar si las medidas adoptadas por motivos ambientales y de protección de la salud cumplen los requisitos de proporcionalidad, imperativo al que se vincula la actividad administrativa restrictiva de derechos, con arreglo a la LRJSP (art. 4.1). El análisis de proporcionalidad debe ser el criterio esencial para considerar la validez de las medidas restrictivas de la libre circulación y ello exige atender a su idoneidad o eficacia (si la medida era útil o eficaz para proteger el medio ambiente y la salud), a su necesidad (subsidiariedad o menor onerosidad de la medida) y a la ponderación entre el sacrificio de la libertad de circulación y los beneficios obtenidos. Por otra, y estrechamente conectado con el anterior, la exigencia de una especial motivación. Aun cuando no quepa exigir una motivación exhaustiva que justifique punto por punto y de forma inapelable cada una de las medidas que se adopten (así lo pone de manifiesto el magistrado Eduardo Paricio Rallo en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de marzo de 2022 ^{3/4}apartado V^{3/4}) es imprescindible, cuando se imponen medidas restrictivas tan relevantes, motivarlas adecuadamente y cumplir las exigencias derivadas del artículo 129.3 de la LPACAP, del artículo 4.1 de la LRJSP y del artículo 5.2 de la LGUM. Asimismo, se impone una adecuada valoración de sus repercusiones y efectos.

Enlace web: [Sentencia STS 4853/2023, del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2023.](#)

[1] Con arreglo a su Anexo 1, la ZBE del ámbito Rondas de Barcelona es un área de 95 km², que incluye Barcelona y los municipios limítrofes con las Rondas. Corresponde a los límites territoriales establecidos dentro de la Ronda de Dalt y la Ronda Litoral y engloba los municipios de Barcelona (a excepción de la Zona Franca-Industrial y el barrio de Vallvidrera, el Tibidabo y Les Planes), Hospitalet de Llobregat y la totalidad o parte de los municipios limítrofes con las rondas: Esplugues de Llobregat, Cornellà de Llobregat y Sant Adrià de Besòs.

[2] El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia núm. 967/2022, de 21 de marzo de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 43/2020, ponente Francisco José Sospedra Navas), FJ 5º, apartado 1), señala que “más que una “zona” lo que se regula es una “ciudad” de bajas emisiones”.

[3] Se trata de las sentencias siguientes: núm. 967/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 43/2020, ponente: Francisco José Sospedra Navas); núm. 968/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 58/2020, ponente: Francisco José Sospedra Navas); núm. 969/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 59/2020, ponente: Francisco José Sospedra Navas); núm. 970/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 60/2020, ponente: Francisco José Sospedra Navas); núm. 971/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 61/2020, ponente: Francisco José Sospedra Navas); y núm. 972/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 62/2020, ponente: Francisco José Sospedra Navas).

[4] De acuerdo con su Anexo 1, incluye el término municipal de Barcelona, a excepción de la Zona Franca-Industrial, el barrio de Vallvidrera, el Tibidabo y Les Planes, y el Puerto Comercial.