



R. CASACION núm.: 4961/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodriguez
Herrero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 183/2024

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 2 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto sendos recursos de casación tramitados con el n.º 4961/2022, interpuestos por la Generalidad de Cataluña, actuando en su nombre el letrado de sus servicios jurídicos en la representación que legalmente ostenta; por el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador D. Vicente Ruigomez Muriedas y defendido por el letrado D. Rafael Herrero Iturriaga; y, por el Área Metropolitana de Barcelona, representada por la procuradora D.^a Rosa Sorribes Calle, bajo la dirección letrada de D.^a Marta Gilbert Casanovas, contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2022 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal



Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso contencioso-administrativo n.º 61/2020.

Ha sido parte recurrida, el Gremi Provincial de Tallers de Reparació i Manteniment d'Automòbils de Barcelona, representado por el procurador D. Alejandro González Salinas y defendido por la letrada D.^a María González Romero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Gremi Provincial de Tallers de Reparació i Manteniment d'Automòbils de Barcelona, interpuso recurso contencioso-administrativo 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.

SEGUNDO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2022, con dos votos particulares concurrentes, cuyo fallo literalmente establecía:

«PRIMERO.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto contra 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 en sesión de 20 de diciembre de 2019, la cual se anula.

SEGUNDO.- Imponer las costas del recurso a la parte demandada con un límite máximo de 3.000 euros por todos los conceptos.»





TERCERO.- Contra la referida sentencia prepararon recurso de casación el letrado de la Generalidad de Cataluña, en la representación legal que ostenta, y las respectivas representaciones procesales del Ayuntamiento de Barcelona y del Área Metropolitana de Barcelona, teniéndose por preparados en auto de fecha 13 de mayo de 2022, rectificado por otro de 27 de mayo, dictados por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, así como la remisión de las actuaciones y el expediente administrativo.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha 18 de enero de 2023 declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de 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.»

Y, a tal efecto, dicho auto, identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación -sin perjuicio de que la sentencia debiera extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso- las siguientes:

«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).»



QUINTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito el 3 de marzo de 2023 por la representación del Ayuntamiento de Barcelona, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó:

«[...] Que teniendo per presentado el presente escrito, lo admita, tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación contra la sentencia 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 y, en méritos de lo expuesto en el presente escrito:

1.- Estime el presente recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, desestimando el recurso contencioso interpuesto y confirmando la disposición impugnada.

2.- Determine que, en el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria en materia ambiental, teniendo en cuenta la naturaleza preventiva, permanente y proactiva de la intervención pública en esta materia, no 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.»

Por la representación de la Generalidad de Cataluña se presentó escrito el 6 de marzo de 2023 y solicitó:

«[...] Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia nº 971/2022, de 21 de marzo, de la Sección 5ª de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso administrativo nº 61/2020) y, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación:

1. Fije el criterio interpretativo expresado en la alegación tercera de este escrito.

2. Declare que ha lugar a la casación de la citada Sentencia nº 971/2022, de 21 de marzo, de la Sección 5ª de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la anule.

3. Desestime el recurso contencioso administrativo nº 61/2020 interpuesto por el Gremio Provincial de Talleres de Reparación y Mantenimiento de Automóviles de Barcelona ante la Sección 5ª de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

4. Condene en las costas de la instancia a el Gremio Provincial de Talleres de Reparación y Mantenimiento de Automóviles de Barcelona.»



Y en escrito presentado igualmente el 6 de marzo, la representación del Área Metropolitana de Barcelona, solicitó: «[...] Que tenga por presentado este escrito, lo admita y tenga por formulada por parte del Área Metropolitana de Barcelona **recurso de casación** contra la sentencia 971, de 21 de marzo de 2022, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y, verificando el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos y sin necesidad de vista pública, declare concluso el proceso y dicte sentencia estimatoria del recurso de casación y revocatoria de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recurrida, en aplicación de lo previsto en el art. 93 de la Ley 29/1998.»

SEXTO.- Dado traslado para oposición, la representación procesal del Gremi Provincial de Tallers de Reparació i Manteniment d'Automòbils de Barcelona, presentó escrito el 25 de abril 2023, en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando que: «[...] teniendo por presentado este escrito junto con el documento que se acompaña, los admita y en sus méritos tenga por formulado escrito de oposición al Recurso de Casación presentado por la Generalidad de Catalunya en los presentes autos nº 4961/2022, y a la vista de las alegaciones precedentes se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el referido Recurso de Casación, declarando su improcedencia dada la pérdida sobrevenida del objeto del Recurso, ratificando la Sentencia recurrida nº 971/2022, dictada el 21 de marzo de 2022 por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Recurso Contencioso-Administrativo nº 61/2020), por ser conforme a Derecho.»

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 92.6 LJCA, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento.

OCTAVO.- Habiendo cambiado la composición de la Sala, por providencia de 19 de diciembre de 2023 se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García, señalándose para votación y fallo de este recurso el día 30 de enero de 2024, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

Se impugna en este recurso la sentencia de fecha 21 de marzo de 2022 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, con dos votos particulares, estimó el recurso contencioso-administrativo n.º 61/2020, interpuesto contra 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 en sesión de 20 de diciembre de 2019. La estimación del recurso conllevó la anulación de la Ordenanza impugnada.

SEGUNDO.- Consideraciones previas.

Dadas las particularidades concurrentes en este caso, conviene efectuar, de entrada, las siguientes consideraciones:

I. En primer lugar, debemos destacar que, tal como consta en la sentencia que ahora se impugna, la Sala de instancia deliberó y decidió conjuntamente varios recursos en los que se impugnaba la Ordenanza ZBE de Barcelona, aprobada por el Plenario del Consejo Municipal en sesión de 20 de diciembre de 2019.

En dicha sentencia se alude a este extremo señalando:

“La Ordenanza ZBE de Barcelona ha sido impugnada en los recursos seguidos en esta Sala y Sección con los números 43/2020, 58/2020, 59/2020, 60/2020, 61/2020 y 62/2020, que han sido deliberados y decididos conjuntamente. En todos los recursos se cuestionó el proceso de elaboración de la norma municipal, la falta de motivación y de justificación de la proporcionalidad de las medidas limitativas adoptadas, en base a fundamentos sustancialmente coincidentes, los cuales resultan examinados en primer término en esta Sentencia dictada en este Recurso número 61/2020, por razones estrictas de organización y funcionamiento interno, en garantía del principio de unidad de doctrina, al existir un importante



sustrato impugnatorio y probatorio común, de manera que los fundamentos que se exponen se pueden trasladar a los demás recursos interpuestos contra la Ordenanza ZBE de Barcelona respecto de dichos motivos comunes, sin perjuicio de que en cada uno de ellos se recoja la respuesta individualizada correspondiente en función de los motivos sostenidos por las partes”.

II. En relación con lo anterior, es relevante precisar que el presente recurso ha sido interpuesto por la Generalidad de Cataluña, por el Ayuntamiento de Barcelona y por el Área Metropolitana de Barcelona, entidades que fueron también recurrentes en el recurso de casación nº 4910/2022, en el que se impugnaba la sentencia dictada por la misma Sala de Cataluña en el recurso 62/2020 (antes citado), en el que la controversia versaba también -como hemos dicho- sobre la misma Ordenanza ZBE de Barcelona.

III. En consecuencia, dado que la impugnación versa sobre idéntico objeto que el recurso de casación 4910/2022, que los recurrentes son los mismos en ambos recursos, sus respectivas pretensiones y alegaciones son sustancialmente coincidentes en uno y en otro, y que los argumentos esgrimidos por todos ellos han sido analizados detalladamente en nuestra sentencia nº 1.372/2023, de 2 de noviembre (dictada en el citado recurso de casación), a fin de garantizar adecuadamente el respeto al principio de unidad de doctrina, trasunto de los de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, reproduciremos ahora los razonamientos que nos llevaron en la mencionada sentencia a desestimar el recurso, por resultar también de plena aplicación al presente caso.

IV. La anterior conclusión no queda desvirtuada por las alegaciones vertidas por la parte recurrida en su escrito de oposición, referidas a la falta de legitimación activa de la Generalidad y a la pérdida de objeto del recurso. Así, en cuanto a la primera, basta considerar que esta Sala ha admitido como recurrente y, por tanto, no ha negado dicha legitimación a la Generalidad en el mencionado recurso de casación nº 4910/2022 (ni en los otros recursos con idéntico objeto); y, además, la discrepancia de la parte recurrida con los



argumentos y pretensiones de la Generalidad no es motivo suficiente para negar que ésta tenga legítimo interés en este recurso. Y, en cuanto a la segunda, las razones que expondremos al referirnos a la STS nº 1.372/2023, de 2 de noviembre, dictada en el recurso nº 4910/2022, justifican el rechazo de la alegación de la pérdida de objeto del presente recurso.

TERCERO.- La fundamentación de la STS nº 1.372/2023, de 2 de noviembre, dictada en el recurso 4910/2022. PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.

«PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.

Se interponen sendos recursos de casación, seguidos bajo el número 4910/2022, por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona y el Área Metropolitana de Barcelona, contra la sentencia 972/2022 de 21 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento ordinario 62/2020, que había sido promovido por el Gremi de Transport I Maquinaria de la Construccio, la Asociación General de Autónomos Pimes Transportistas de Cataluña, Federación Catalana de Transportes de Barcelona, Asociación de Transportistas Agrupados Condal y por Transportes Spanish Shippers Councilm, en impugnación de la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y minorar la calidad del aire, aprobada por el pleno del Ayuntamiento de la mencionada ciudad en sesión celebrada el día 20 de diciembre de 2019.

La sentencia de instancia estima el recurso y anula la mencionada Ordenanza, formulándose dos votos particulares concurrentes.

Los fundamentos en que se funda el Tribunal de instancia para concluir en el fallo estimatorio reiteran lo ya declarado por la misma Sala de Cataluña sobre la misma Ordenanza aquí impugnada, que se reiteran, y que son los siguientes, conforme se reseñan en los fundamentos segundo a noveno:

“El análisis de los motivos de impugnación debe partir de los aspectos generales que definen la intervención normativa y los requisitos a los que debe sujetarse, como son la competencia municipal y los derechos que resultan afectados por la Ordenanza.

1) Competencia municipal...





Los motivos de impugnación relativos a la competencia municipal se dirigen sustancialmente a cuestionar la delimitación territorial de la Zona de Bajas Emisiones (ZBE) que determina el ámbito de aplicación de la Ordenanza, así como al objeto a que se dirige el ejercicio de esta competencia, cuestiones éstas que deben ser analizadas en el ámbito del procedimiento de elaboración de la norma y de los fines que la justifican, así como en el de la motivación y ajuste normativo de las medidas restrictivas adoptadas, y su proporcionalidad, puesto que la normativa de régimen local y sectorial habilita genéricamente a la intervención municipal sobre la ordenación del tráfico viario por razones medioambientales y, específicamente, a la aprobación de planes o instrumentos normativos de mejora en la calidad del aire.

Por tanto, la impugnación de la competencia para la delimitación de la ZBE no afecta tanto a la legitimidad para la intervención normativa en la materia, sino más bien al ajuste de la zona delimitada en la Ordenanza con el concepto de "zona de bajas emisiones", establecido en la normativa vigente al tiempo de promulgarse, y al alcance de las medidas de intervención establecidas en la norma impugnada. En esta perspectiva, resulta necesario partir de los derechos que resultan afectados por la Ordenanza, para posteriormente abordar una sistemática de análisis que permita dar una respuesta motivada y exhaustiva a las diferentes cuestiones planteadas por las partes en este proceso en el limitado ámbito del control jurisdiccional del ejercicio de la potestad normativa.

2) Justificación de la Ordenanza. Derechos afectados por la Ordenanza.

El ejercicio de la potestad reglamentaria, según la exposición de motivos de la Ordenanza, se funda en razones de interés general consistentes en la mejora de la calidad ambiental y la reconducción del cambio climático, objetivos que están en consonancia con los arts. 43 y 45 de la CE y art. 27 del Estatuto de Autonomía de Catalunya relativos a los derechos a la salud y a la protección del medio ambiente...

Las medidas de la Ordenanza afectan a la movilidad de las personas que son titulares de un vehículo sin distintivo ambiental, singularmente a los que residen en la mayor parte del área de Barcelona o su entorno, así como, indirectamente, a personas que ejercen una actividad empresarial, comercial o profesional en la ZBE que está en relación con los vehículos de motor o la circulación. Concretamente, resultan afectados diferentes colectivos que han impugnado la Ordenanza como en el caso de los miembros de las asociaciones de transportistas aquí recurrentes, al establecerse restricciones de acceso y circulación en la ZBE que pueden tener un efecto directo sobre su actividad económica, así como aquellos otros que, sin dedicarse al transporte, utilizan el vehículo como instrumento de trabajo. Los



diferentes colectivos que se han visto concernidos por la disposición que se examina han presentado las alegaciones que constan en los folios 411-421 del Expediente Administrativo (en adelante, EA).

La Ordenanza impugnada impone medidas limitativas al ejercicio del derecho a la movilidad de los titulares de vehículos sin distintivo ambiental, prohibiendo la circulación de estos vehículos con carácter general en días y horas laborables con determinadas excepciones, sujetas al cumplimiento de determinadas cargas, como las de previo registro y solicitud de autorización, a su vez limitada (número o tiempo), de manera que la ordenación debe sujetarse al imperativo de proporcionalidad al que se vincula la actividad administrativa restrictiva de derechos, según el mandato establecido en el art. 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) que, recogiendo este Principio General del Derecho, preceptúa la aplicación del principio de proporcionalidad y la elección de las medidas menos restrictivas cuando se trata de medidas limitativas de derechos, así como la obligación de motivar su necesidad para la protección del interés público y justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Este mismo mandato ya se recoge en el art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955) que establece que el contenido de los actos de intervención ha de ser congruente con los motivos y fines que los justifiquen, y que, si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual...

Por tanto, para resolver la controversia, es esencial dirimir si las medidas limitativas introducidas por la Ordenanza impugnada están motivadas suficientemente y se presentan como adecuadas y proporcionadas, es decir, si está justificado que sean idóneas para alcanzar el objetivo deseado de la forma menos restrictiva posible, tal como establecen los arts. 4 de la LRJS y art. 5 de la LGUM, lo cual entra en el ámbito del control jurisdiccional sobre el ejercicio de la potestad normativa.

[...] Ámbito del control judicial: aspectos formales de la tramitación de la Ordenanza...

De esta delimitación sobre el control de la potestad reglamentaria, debe destacarse lo que la doctrina denomina el "control de discrecionalidad" o, de modo más preciso, el control efectivo sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad, a través del procedimiento y la motivación, como modo judicial de garantizar que el resultado discrecional final es razonable, como producto del cumplimiento de los deberes jurídicos conectados a los principios constitucionales de buena administración, y al derecho a un procedimiento debido, sin que ello suponga la invasión de ámbitos funcionales correspondientes al poder ejecutivo, en este caso municipal. En este análisis, resulta imprescindible una ponderación auténtica del estudio



conjunto del expediente, de la motivación y del contenido de la decisión, no para que el juez sustituya la ponderación administrativa, sino para garantizar que la misma se ha producido de forma efectiva y acorde con la ley y el ordenamiento jurídico...

[...] Restricciones establecidas por la Ordenanza impugnada: Alcance objetivo, subjetivo y temporal...

4) Valoración de la Sala

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, como es el de los residentes y de profesionales.

El sistema de distintivo ambiental de la DGT puede servir de referencia razonable al establecimiento de restricciones en las ZBE. No obstante, el sistema de distintivo ambiental DGT excluye a los vehículos por razón de su antigüedad, sin alternativas viables para homologar los vehículos sin distintivo, lo que implica que la movilidad en la ZBE en las horas prohibidas se condiciona a la capacidad económica del titular para proceder a la adquisición de un vehículo con distintivo ambiental, lo cual no resulta ponderado en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza. El informe del RACC, elaborado a instancias del Ayuntamiento de Barcelona, ponía de manifiesto esta problemática, pero no resulta contemplado en la documentación preparatoria.

En el caso de vehículos profesionales, el efecto limitativo se proyecta especialmente en los colectivos empresariales de menor capacidad económica para la renovación del vehículo, como son los autónomos, microempresas o pymes, lo cual no aparece considerado en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza.

La progresividad que se desprende de la misma Ordenanza supone un condicionamiento más intenso a la hora de decidir la renovación, pues la etiqueta B también se define por razón de antigüedad, por lo que la continuidad en la movilidad depende de la capacidad de renovación del vehículo mediante la adquisición de un vehículo nuevo o seminuevo, de mayor coste económico, lo cual tampoco se contempla.

Así, la falta de etiqueta ambiental DGT (o de etiqueta B) está en función de la antigüedad del vehículo, según su tipo y combustible, por lo que la renovación del vehículo a una etiqueta B o superior está condicionada únicamente a la capacidad económica del titular del vehículo. No ocurre lo mismo cuando se trata de decidir la compra de un vehículo nuevo o

seminuevo de las etiquetas ambientales C, ECO o Cero Emisiones, donde hay alternativas de mercado en franjas económicas similares, por lo que la elección no depende únicamente de la capacidad económica. Por tanto, la Ordenanza incide especialmente en los titulares con menor capacidad económica para renovar su vehículo.

Existen unas exenciones permanentes de vehículos más contaminantes que se configura como una dispensa por razón del servicio o uso en los términos de los arts. 13 y anexo 3, que no se justifican a lo largo del procedimiento de elaboración de la norma.

El periodo de transitoriedad de la Ordenanza no resulta razonado en el ámbito del expediente administrativo. No se motivan las autorizaciones de acceso ni su número, y aun cuando pueda entenderse que estemos en un ámbito de amplia discrecionalidad, no aparece como suficientemente justificado que los residentes dispongan de las mismas autorizaciones de acceso esporádico que los no residentes, pues su situación es totalmente distinta desde el punto de vista de las necesidades de uso del vehículo por la ZBE.

A lo largo del expediente de elaboración de la norma, no se baraja ninguna medida alternativa o menos restrictiva a las establecidas en los arts. 9 y 10 de la Ordenanza...

4) Valoración de la Sala.

La delimitación de la ZBE coincide con la zona metropolitana del interior de las Rondas, la cual se había planificado como zona de intervención ambiental y se había puesto en marcha en casos de episodios de contaminación ambiental por NO2 declarados por la Generalitat. Al convertirse la medida en estructural, se 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.

El informe de necesidades y la Memoria General fragmentan el análisis de datos de NO2 de las estaciones de medición de tráfico (Eixample y Gracia), donde se superan los valores UE de forma continuada, del resto de las estaciones de fondo Barcelona (8 estaciones), en los cuales no se superan los valores UE con carácter general. Este análisis separado de los datos se aprecia como más coherente en el caso de pretender optar por una zonificación por anillos de transición o por núcleos, pero no para aplicar de forma uniforme idénticas medidas limitativas en toda la ciudad del interior de las rondas.



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, según consta en el inventario de emisiones de 2017. El único contaminante que rebasaba el nivel UE es el NO₂, cifrándose la reducción de NO_X desde el año 2013 hasta el año 2017 es del 13,32%; en el año 2018, se redujo una media del 10% respecto del año anterior. Estos datos no se ponderan en la documentación preparatoria del expediente, que se confirman con los datos del año 2019, que finalmente muestran la misma tendencia descendente en un 5% de NO₂.

La existencia de un procedimiento ante la Comisión Europea justifica una intervención municipal urgente, pero no necesariamente determina la validez del modelo de planificación de la Ordenanza, mayormente cuando no actúa sobre el principal foco de contaminación de NO_X que es el puerto. Existía una situación de descenso de contaminación que se había producido por la adopción de diferentes medidas de mejora de calidad del aire, aunque existen dos zonas donde sistemáticamente se superan los valores NO₂ (Eixample y Gracia).

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".

[...] Impacto presupuestario, económico y social de la Ordenanza...

6) Valoración de la Sala.

El análisis de las diferentes memorias e informes de impacto emitidos en el expediente, permiten concluir que no cumplen su finalidad de asegurar que los encargados de elaborar y aprobar el proyecto de Ordenanza tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación, sin que se recoja una justificación suficiente sobre la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, ni una valoración de las distintas alternativas existentes, ni un análisis suficientemente motivado de las consecuencias presupuestarias, económicas y jurídicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán de su aplicación.

[...] Conclusiones de la Sala.

En este fundamento realizaremos una síntesis conclusiva de los fundamentos que se han desarrollado anteriormente en el ámbito del control jurisdiccional, especialmente con relación al procedimiento debido y a la motivación como garantías del cumplimiento de los principios de buena regulación y de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas limitativas que se establecen.

Tal como se ha expresado en los fundamentos anteriores, las memorias e informes obrantes en el expediente no cumplen la función de asegurar que los encargados de tramitar y aprobar la Ordenanza tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación, sin que recoja una motivación suficiente de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, ni una valoración de las distintas alternativas existentes, ni un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas que se derivarán de su aplicación, tal como se exige en reiterada jurisprudencia expresada en las SSTs de 12 de diciembre de 2016 (Recursos núm. 902/2014 y 903/2014), y 31 de enero de 2017 (Recurso núm. 4028/2015), entre otras).

1. La Ordenanza establece unas medidas de acceso y prohibición de circulación dentro de la ciudad de Barcelona en días y horas laborables, con exclusión de la zona portuaria y de montaña, que se debían aplicar de forma inmediata, salvo la moratoria de un año para determinados vehículos profesionales, y que afectan a decenas de miles de vehículos que no tienen distintivo ambiental, incluyendo dos colectivos que aparecen especialmente afectados como son el de residentes y el de vehículos profesionales que desempeñan su actividad empresarial o profesional en la ZBE de Barcelona.

Se instaura un régimen de autorización previa para que estos vehículos puedan circular por la ZBE en las condiciones establecidas en la Ordenanza, de manera que los titulares de vehículos sin distintivo ambiental deben registrarse en el Registro metropolitano y solicitar autorización antes de circular, salvo el caso de urgencia médica que puede ser posterior, autorización limitada a un máximo de 10 anuales.

La pandemia del COVID incidió en la programación temporal inicial y ha alterado sustancialmente la evolución de la calidad del aire, pero el control judicial de motivación debe realizarse sobre la norma impugnada, que contemplaba una entrada en vigor inmediata para todos los vehículos, con la moratoria de un año para vehículos profesionales en determinadas circunstancias.

En la valoración de la Sala se aprecian vicios sustanciales en las diferentes memorias e informes emitidos en la tramitación del expediente, especialmente por tomar como punto de



partida datos no actualizados y al no haberse ponderado suficientemente el alcance y consecuencias de la Ordenanza impugnada sobre la movilidad de los ciudadanos, así como sus efectos sobre la competencia y el mercado. En síntesis, las conclusiones de la Sala se fijan en los siguientes puntos:

(i) Limitaciones a los titulares de vehículos afectados. La Ordenanza introduce unas importantes limitaciones a la movilidad de forma inmediata y a corto plazo, que afectan a decenas de miles de vehículos. Las limitaciones se establecen por referencia al sistema de distintivo ambiental de la DGT, el cual aparece como adecuado para los planes de calidad de aire. La falta de distintivo ambiental se produce por el dato de antigüedad del vehículo y es rígido en el sentido de que no hay un sistema alternativo para que los vehículos obtengan o progresen en el distintivo ambiental.

Esta falta de alternativa supone que la continuidad en la circulación por la ZBE en días y horas laborables está condicionada a la renovación del vehículo sin distintivo ambiental a la finalización de las moratorias, lo cual está en relación con la capacidad económica de los afectados por la Ordenanza. Por tanto, la Ordenanza incide especialmente en los titulares con menor capacidad económica para renovar su vehículo. En el caso de vehículos profesionales, el efecto limitativo se proyecta especialmente en los colectivos empresariales de menor capacidad económica para la renovación del vehículo, como son los autónomos, microempresas o pymes, lo cual no aparece considerado en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza.

En el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, no se ponderan suficientemente las consecuencias económicas y sociales que pueden derivarse de estas medidas restrictivas para los titulares de un vehículo sin distintivo ambiental, ni se valoran medidas alternativas o menos restrictivas. El régimen de transitoriedad y las autorizaciones puntuales no se justifican suficientemente.

(ii) Delimitación territorial de la ZBE y datos de contaminación. La delimitación de la ZBE coincide con la zona metropolitana del interior de las Rondas.

En el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, se parte de datos de contaminación no actualizados, pues se hace referencia al informe de emisiones de 2015, con datos de contaminación hasta 2013, y los últimos datos de contaminación anuales 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 de la contaminación en Barcelona al momento de la promulgación de la Ordenanza presentaba una



tendencia descendente, según consta en el inventario de emisiones de 2017, datos que se confirman en 2018, pero que no son considerados en la documentación preparatoria.

Los valores límite de NO₂ se superaban de forma continuada en dos estaciones de medición de tráfico (Eixample y Gracia), pero no en el resto de las estaciones de fondo Barcelona (ocho estaciones). El valor medio anual de NO₂ se cumple en la zona interior de rondas de Barcelona en los años 2016, 2018 y 2019, aunque no así en el año 2017. En el expediente, se hace un análisis separado de los datos que se aprecia como coherente en el caso de una zonificación por anillos de transición o por núcleos, pero no para aplicar de forma uniforme idénticas medidas limitativas en toda la ciudad del interior de las rondas.

Todo ello se pone de manifiesto en el ámbito del control de la motivación, sin que en modo alguno se reste gravedad a la situación de contaminación del área de Barcelona, que ha sido objeto de denuncia por la Comisión Europea. No se cuestiona en modo alguno la necesidad de intervención municipal para mejorar la calidad del aire, sino si las medidas limitativas adoptadas son proporcionadas en este caso. Existen dos zonas donde sistemáticamente se superan los valores NO₂ (Eixample y Gracia). Esta medida de ZBE/interior de las rondas se añade a las anteriores, pero su impacto esperado es relativo, pues se contempla una disminución de la concentración en Barcelona aproximadamente en un 3%, durante el primer año de moratoria a los vehículos profesionales, y en un 7% a partir del 2021, al finalizar la moratoria (informe ASPB, doc. 4 contestación).

(iii) Consecuencias presupuestarias, económicas y sociales. En la documentación preparatoria del expediente, se realiza un análisis de las consecuencias económicas y sociales muy escueto, que no permite ponderar suficientemente los diferentes costes y cargas que supone la promulgación de la Ordenanza.

En cuanto al impacto económico para el municipio, la Memoria de impacto presupuestario y fiscal (f. 39-41 EA) contempla ingresos derivados de sanciones y suministra información sobre los costes de implantación de los sistemas de control, pero no pondera la repercusión económica que puede tener en la recaudación por el Impuesto Municipal de circulación de vehículos, y no se considera ningún gasto derivado de las medidas limitativas, que inciden en la movilidad de los vehículos residentes, así como en la actividad y condiciones de contratos ya concertados, especialmente del sector del transporte, lo cual puede generar situaciones de sacrificio especial a sus titulares, que podrían tener consecuencias económicas para el Ayuntamiento.

En cuanto al impacto económico para los ciudadanos, no hay ningún análisis del coste que supone para los titulares de vehículos afectados, singularmente para los residentes,



quienes quedan sujetos a un régimen de registro y autorización previa limitado a diez desplazamientos anuales, al igual que los titulares de vehículos no residentes. Ello puede producir un efecto discriminatorio para los residentes que no se ha valorado en los informes de elaboración de la Ordenanza.

Desde el punto de vista social, únicamente ha ponderado la equivalencia entre menor uso del vehículo (clases sociales más vulnerables o por razón de género) con mayor beneficio derivado de la mejora de la calidad del aire; sin embargo, la limitación individual de movilidad afecta especialmente a los colectivos que no tienen capacidad económica para renovar el vehículo, singularmente a los residentes y profesionales, lo cual tampoco ha sido objeto de valoración en el expediente.

(iv) Impacto en la competencia y en el mercado. La intensidad e inmediatez de las medidas produce un efecto en la competencia y en el mercado, singularmente en el sector del transporte, pues puede suponer en algunos casos una privación del uso profesional del vehículo sin distintivo ambiental dada la amplitud de las medidas prohibitivas, al finalizar en su caso las moratorias, así como en negocios relacionados con la automoción e incluso en otros negocios dentro de la zona afectados por el "efecto cierre" o limitaciones de acceso establecidas para la ZBE.

No hay ponderación de estos elementos, al no haberse realizado ningún tipo de estudio de mercado, el cual está contemplado expresamente en las Directrices del Ayuntamiento de 2015. El único informe que consta citado en el expediente es el del RACC, encargado por el Ayuntamiento de Barcelona, con fecha de julio de 2019, cuyas conclusiones sobre el elevado coste del cambio de sistema de emisión de los vehículos y la inversión económica considerable que supone la renovación del vehículo, ponía de manifiesto la necesidad de ponderar el impacto que podían tener las medidas sobre la competencia y el mercado.

(v) Medidas alternativas o menos restrictivas. En la tramitación del expediente no se plantea ningún tipo de alternativa o medida de contenido menos restrictivo a la decisión de prohibir la circulación en días laborables desde las 7 a las 20 horas en toda la ZBE. Las únicas medidas de menor restricción que se valoran en la fase de información pública son las de modular la transitoriedad o el régimen de autorización, sobre la base de una ZBE cerrada al tráfico de los vehículos sin etiqueta en días y horas laborables.

Ya se ha reiterado que no corresponde a este tribunal cuestionar la oportunidad y conveniencia de dichas medidas, que entran en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración, pero sí valorar si se ha cumplido el mandato legal de ponderar medidas menos





restrictivas establecido en el art. 4.1 de la LRJSP y art. 5.2 de la LGUM. En este punto concluimos que no se han contemplado alternativas, como se constata de la motivación de los informes técnicos y jurídicos.

[...] Decisión de la Sala.

De todo lo expuesto se concluye que la intensidad y alcance general de las restricciones, exigía que se cumplieran los requisitos de motivación establecidos con carácter general en el art. 4.1 de la LRJSP y en el art. 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 de la ZBE.

En el expediente no se realiza un análisis suficiente de las alternativas, ni de las consecuencias económicas, sociales y sobre el mercado y competencia que producen las medidas, ni se evalúan suficientemente los costes y beneficios que implica el proyecto de disposición para sus destinatarios, así como las cargas administrativas que supone la promulgación de la Ordenanza. Este contenido mínimo resulta de la aplicación de las Directrices aprobadas por el Ayuntamiento de Barcelona de 2015 que se integran en el ámbito de los principios de la buena regulación definidos en el art. 129 de la LPAC.

La existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria no impide el control judicial efectivo sobre los fundamentos en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente, los cuales deben exteriorizarse en el procedimiento de elaboración. No se trata de un control meramente formal, sino que debe constatar que el cumplimiento de los trámites ha sido real, efectivo y no meramente aparente, de forma que no se trata en modo alguno de que el juez sustituya la ponderación administrativa, sino que garantice que la misma se ha producido efectivamente.

En el caso, existen vicios sustanciales en la elaboración de la norma como queda expresado. En este sentido, la jurisprudencia indica que debe realizarse un control efectivo sobre la suficiencia de la documentación del expediente, de modo que la omisión de trámites sustanciales o el cumplimiento defectuoso de los mismos de forma trascendente para el cumplimiento de su finalidad, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte (SSTS 29 de febrero de 2012 (Recurso núm. 234/2010), 12 de diciembre de 2016 (Recurso núm. 903/2014), 15 de marzo de 2019 (Recurso núm. 618/17) y 29 de junio de 2020 (Recurso núm. 113/2019), entre otras muchas). .

Los vicios sustanciales que hemos expuesto a lo largo de la fundamentación determinan la nulidad de la Ordenanza, en aplicación de los preceptos legales mencionados y





de la doctrina jurisprudencial expuesta, sin que sea necesario entrar a conocer los demás motivos sustantivos planteados de forma subsidiaria, al estimarse la pretensión principal.”

A la vista de decisión y fundamentación de la sentencia de instancia se prepara el presente recurso por las Administraciones ya mencionadas que, como ya se dijo, fue admitido a trámite, estimándose que la cuestión que suscita interés casacional es determinar si en el juicio de proporcionalidad que deba realizarse en el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria en materia ambiental, es posible preponderar 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, teniendo en cuenta la naturaleza preventiva, permanente y proactiva de la intervención pública en dicha materia.

A tales efectos se consideran que deben ser objeto de interpretación, entre otros que se consideren procedentes, los artículos 2, 13.1º y 23.1º 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 (en adelante, Directiva); el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y el artículo 5.1º de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM), en relación con el artículo 3.11º de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (en adelante, LLAASE).

Los motivos que se aducen en los escritos de interposición del recurso de las Administraciones recurrentes en contra de la fundamentación de la sentencia se pueden reconducir a los siguientes motivos y argumentos, recogidos con mayor sistemática en el recurso de la Generalidad, que son los que, de manera enunciada, se exponen a continuación y a los que deberán reconducirse los aducidos en los otros dos recursos, dejando su detallada formulación para el ulterior examen que es obligado hacer de tales motivos y argumentos:

1. Conclusiones resultantes de la STJUE de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-125/20).
2. La protección del medio ambiente como título de intervención de los poderes públicos sobre las actividades privadas.
3. 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.



4. 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.

5. 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 4/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Han comparecido en el recurso, para oponerse, los recurrentes en la instancia, que 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.

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

Se suscita por las partes recurridas en casación y recurrentes en la instancia, una cuestión que debe ser de examen preferente por afectar a la propia relación procesal, es decir, a la misma existencia o continuidad de este recurso. En efecto, se aduce en la oposición al recurso de casación que debe declararse por concluido, por haber perdido su finalidad legítima y ello porque durante la tramitación de esta casación se ha dictado una nueva Ordenanza Municipal, que ha derogado la que es objeto de revisión en este proceso que, por tanto, ha quedado sin objeto.

Suscitado el debate en la forma expuesta, es cierto, como consta en autos, que el Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona celebrado el día 27 de enero de 2023, aprobó definitivamente la Ordenanza por la que se fijan los criterios de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos en la Zona de Bajas Emisiones de Barcelona y se promueve una movilidad sin emisiones, la cual fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona del día 21 de febrero de 2023. Pues bien, en la Disposición Derogatoria Única de esta nueva Ordenanza se dispone que «(S)se deroga 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 en fecha 20 de diciembre de 2019, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 31 de diciembre de 2019.» Es decir, la nueva Ordenanza de 2023 deroga la de 2019 que es la que se impugnó en este proceso.

Se sostiene por las partes recurridas que, a la vista de esa falta de vigencia de la norma reglamentaria impugnada y de conformidad a la jurisprudencia de esta Sala Tercera, debe darse por concluido el presente proceso por la pérdida sobrevenida de su objeto. Sobre





esa cuestión ya se había adelantado la defensa del Ayuntamiento que, en su escrito de interposición, hace referencia, tanto a la aprobación de la nueva Ordenanza como a la derogación de la anterior, considerando que ello no comportaba la pérdida sobrevenida del objeto de este proceso, porque, entre otros motivos, la nueva Ordenanza no es de contenido idéntico a la anulada en la sentencia que se recurre.

Suscitado el debate en la forma expuesta, 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.

Como cabe concluir del primero de los mencionados preceptos procesales citados, esa situación se produce cuando existe una pérdida del interés legítimo de quien instó el proceso, es decir, en definitiva, cuando desaparecen, una vez iniciado un proceso, el interés de quien lo instó por haber desaparecido su objeto. Y esa pérdida de la legitimación, que comporta la necesaria vinculación entre el objeto del proceso y quien lo insta, es una exigencia conceptual del mismo proceso, de ahí que cuando desaparezca el objeto, es decir, el interés de quien lo insta, debe acordarse su finalización, siempre y cuando dicha pérdida sea absoluta, porque, en otro caso, se vulneraría el derecho fundamental a la tutela, como declara la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2009 (ECLI:ES:TC:2009:102).

Esta última aclaración obliga a recordar que el proceso contencioso-administrativo tiene una peculiar determinación de su objeto, que puede ser doble; de una parte, una concreta actividad administrativa (artículo 25 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) cuya nulidad o anulabilidad se acciona en el proceso; de otra, unas concretas pretensiones o reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, que han de estar necesariamente vinculadas a aquella actividad, como se reconoce en los artículos 31 a 33 de la mencionada Ley de ritos. Ello comporta que en nuestro proceso, para que se produzca una pérdida sobrevenida de su objeto, sería necesario que hubieran desaparecido, tanto dicha actividad administrativa como las pretensiones accionadas, cuestión que, ciertamente, se simplifican en la impugnación directa de normas reglamentarias, conforme al artículo 25 antes mencionado, como es el caso de autos, en que la pretensión se limita a la declaración de nulidad de la norma reglamentaria, de donde cabría concluir que sería suficiente con la desaparición de la norma para que el proceso perdiera su objeto;



situación que puede no generarse en el supuesto de la impugnación indirecta que autoriza el artículo 26 de la Ley procesal. No obstante, la pérdida de objeto en los procesos en que se impugna, aunque sea de manera directa, una norma reglamentaria, requiere matizaciones.

Es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de declarar en reiteradas ocasiones que, en los recursos directos contra disposiciones reglamentarias, la declaración de nulidad de dicha norma comporta la pérdida sobrevenida de los procesos aún pendientes en los que existiera, como única pretensión, esa declaración de nulidad y no se hubiesen accionado pretensiones jurídicas individualizadas vinculadas a esa nulidad (supuesto de la sentencia 464/2023, de 11 de abril, dictada en el recurso 229/2021; ECLI:ES:TS:2023:1622).

Ahora bien, pretender asimilar una declaración de nulidad de una norma reglamentaria con su derogación es desconocer las diferencias entre una y otra institución jurídica, que tiene una relevante trascendencia en el debate que nos ocupa. En efecto, en ambas instituciones se deja sin efecto la norma, pero con la derogación, la norma queda ineficaz por decisión de quien es titular de la potestad para su aprobación --la Administración, en este caso--, surtiendo sus efectos hasta tal declaración y siendo ineficaz desde que la norma queda derogada, expresa o tácitamente (artículo 2.º del Código Civil), por lo que hasta ese momento la norma ha tenido plenos efectos. Por el contrario, cuando se declara la nulidad de una norma reglamentaria --único grado e ineficacia de las normas--, esa declaración produce efectos erga omnes y «desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada», como declara taxativamente el artículo 72.º de la Ley procesal. Es decir, a diferencia de la derogación, la declaración de nulidad produce efectos generales y ex tunc, lo que comporta que todos los efectos producidos quedan viciados de esa misma declaración de nulidad, si bien se excepcionan, conforme al artículo 73 de la Ley Jurisdiccional y con fundamento en el principio de seguridad jurídica, las sentencias o actos que hayan adquirido firmeza al momento de dicha declaración de nulidad y, aun así, con exclusión de los actos sancionadores que no hayan agotado sus efectos. Es evidente que los efectos de la declaración de nulidad son bien diferentes de los de la derogación.

La conclusión expuesta es la que ha venido admitiendo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo con esa distinción, como pone de manifiesto la sentencia 1145/2023, de 18 de septiembre, dictada en el recurso 4237/2021 (ECLI:ES:TS:2023:3770). Y es que, en definitiva, 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.

Si bien las anteriores razones serían suficientes para rechazar la cuestión que se examina, 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.

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

Para una mejor sistemática del examen de las cuestiones que se suscitan en los recursos de casación es oportuno seguir el esquema que se contienen en los escritos de interposición, conforme ya se delimitaron en los fundamentos anteriores, siendo el primero de



ellos la invocación de los fundamentos que se contienen en la referida sentencia del Tribunal Europeo.

Se trae la cita de la referida sentencia a este proceso porque, a juicio de las Administraciones recurrentes, de ella se pueden concluir dos importantes circunstancias que sirven de fundamento para rechazar dos concretas premisas en que se funda la sentencia de instancia; en concreto, que si en la sentencia del Tribunal de Justicia se condena al Reino de España por no haber adoptado medidas para que en determinadas áreas de nuestro territorio -entre ellas el área de Barcelona-- no se hayan adoptado medidas suficientes para evitar el aumento de la contaminación, resulta contradictorio que el Tribunal de Cataluña anule la Ordenanza por considerar que las medidas adoptadas son desproporcionadas. En segundo lugar y en esa misma línea, se aprovechan los argumentos de la sentencia del Tribunal europeo para rechazar el argumento del Tribunal de Cataluña de que los valores tomados en consideración no son fiables por no estar actualizados, en contra de lo concluido en la sentencia del TJUE de que los informes desde 2010 hasta 2018 constatan una superación de los valores límites establecidos.

Antes de centrarnos en el examen del motivo delimitado no está de más recordar que la mencionada sentencia del TJUE es de fecha anterior a la sentencia que se revisa, no obstante lo cual, sí se hace referencia a aquel proceso ya iniciado ante el Tribunal europeo en la sentencia que se revisa, en concreto, se señala lo siguiente:

«La defensa municipal alega como justificativa de la intervención normativa el inicio de un procedimiento a instancias de la Comisión Europea (C-125/20) por mala calidad del aire en Barcelona. En efecto, la gravedad de la situación de contaminación del área de Barcelona ha sido objeto de denuncia por la Comisión Europea, junto con otras ciudades (Asunto C-125/20; ES0901 Área de Barcelona, ES0902 Vallès - Baix Llobregat y ES1301 Madrid). Sin embargo, aunque la zona delimitada en la Ordenanza es de una gran extensión, la denuncia ante la Comisión Europea se refiere al Área de Barcelona (ES0902), que comprende un ámbito territorial más extenso, que incluye al puerto y al aeropuerto, y aquí debe tenerse en cuenta que la Ordenanza no actúa sobre el mayor foco de contaminación de la ciudad que es la zona portuaria situada en el término municipal de Barcelona. Así, en la pág. 52 de Inventario de Emisiones de 2017 (folio 53 del segundo complemento de expediente), en consonancia con el Inventario de 2013, se indica que el Puerto de Barcelona es la principal fuente de emisiones de la ciudad: 49,2% para NOX y 51,6% para PM10. En las conclusiones recogidas en el folio 74 del segundo complemento de expediente, se expresa que el Puerto de Barcelona tiene unas emisiones "de 5.454 t de NOX, 284 t de PM10 i 253.4 t de PM2,5, que representen per Barcelona un 49%, un 52% i un 60%, respectivamente de les emissions totals de l'any 2017".»

Es decir, ya la Sala de instancia toma en consideración argumentos que, a la postre, se





recogen en la sentencia, debiendo destacarse que ya el Tribunal de Cataluña puso de manifiesto que en la polémica suscitada en el Tribunal europeo afectaba a lo que se consideraba el principal foco de contaminación que es el puerto de Barcelona, sobre el que «no actúa» la Ordenanza.

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; no nos 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 efecto, es cierto que el centro de los reproches de la Comisión a España en cuanto al incumplimiento de la Directiva es, entre otras, el área de Barcelona, en concreto, las denominadas ES0901 y ES0902 (Vallés-Baix Llobregat) que, conforme concluye la sentencia recurrida, es mucho más amplia que la zona delimitada en la Ordenanza, en concreto, que no comprende ni el puerto ni el aeropuerto, dejando constancia de que precisamente la zona portuaria --excluida de la Ordenanza-- es «*el mayor foco de contaminación de la ciudad*», lo que quiere decir que las consideraciones de incumplimiento que se hacen en la sentencia del TJUE no se corresponden propiamente con el ámbito territorial de la Ordenanza, tan siquiera con las instalaciones con mayor foco de contaminación. Pero es que, además, la propia sentencia del TJUE deja constancia que precisamente en la zona ES0902 --ha de insistirse que pese a no incluir en las actuaciones el mayor foco de contaminación-- es donde hasta el año 2017 se va produciendo una menor carga de contaminación y así se razona en los



párrafos 63 y 64: «... Pues bien, los datos relativos a 2018 muestran que, en la zona ES0902 Vallès — Baix Llobregat, no se superó el valor límite anual de 40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$. Aun cuando la Comisión admite este hecho en su demanda, considera que no desvirtúa el incumplimiento objeto del presente recurso, ya que se trata, en su opinión, de un dato aislado en un contexto de incumplimiento reiterado y continuado. No obstante, en la vista, la Comisión reconoció que la infracción sistemática y continuada del artículo 13 de la Directiva 2008/50 había dejado de producirse, en lo que respecta a dicha zona, desde 2018. En estas circunstancias, el primer motivo debe considerarse en todo caso no fundado en lo que atañe a la zona ES0902 Vallès — Baix Llobregat en la medida en que se refiere a 2018.» (en ese mismo sentido pueden citarse los párrafos 71, 86, 158, 163, 166).

Es decir, el Tribunal acepta que, pese al incumplimiento por España de los límites de emisiones --en especial respecto de las fechas para dicha superación--, es lo cierto que en el año 2017 se aprecia una mejora en esa reducción en la zona ES0902. Y eso es precisamente lo que reprocha la sentencia recurrida a la actuación de la Administración, que no es que no se requiera adoptar medidas, sino que las medidas que se venían adoptando como coyunturales se conviertan en estructurales, sobre el fundamento de unos datos de contaminación que no se consideran fiables ni actualizados al momento de elaboración y aprobación de la Ordenanza en 2019, de donde se concluye en la deficiente motivación de las medidas adoptadas, un hecho que precisamente se admite en la sentencia europea. Y aún deberá añadirse que las consideraciones del TJUE afectan a toda el área, que no incluye, ha de insistirse, los focos más contaminantes que quedan fuera del ámbito de afectación de la Ordenanza, dejando sin justificar, cabría añadir, los motivos por los que la Ordenanza, sin incidir en los focos más contaminantes --que no se ven privados de los accesos--, impone una serie de medidas restrictivas con fundamento en unos valores de contaminación que se ven mejorados y que no son los apreciados para la elaboración de la norma.

En resumen y en contra de lo que se sostiene 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.

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

El segundo de los motivos en que pueden agruparse los reproches que se hacen por las partes recurrentes a la sentencia de instancia, tomado del recurso de la Generalidad con el





reseñado título, integra, en realidad, una referencia a la proporcionalidad, trayendo al debate tanto una legislación medioambiental como jurisprudencia de los Tribunales Europeos y del Tribunal Constitucional sobre la relevancia de la protección del medio ambiente y la necesidad de que los poderes públicos adopten medidas para su protección.

Nada nuevo comporta dicha argumentación porque ya la sentencia de instancia justifica esa intervención administrativa que comporta la Ordenanza en la casi totalidad de los fundamentos, pero de manera directa y taxativa en el fundamento primero («*Competencia municipal y los derechos afectados por la Ordenanza*»), sin que en los escritos de interposición del recurso se hagan referencias a dichas razones que, por cierto, coinciden, en gran medida, con las invocadas en los recursos.

En realidad lo que realmente se viene a cuestionar en este motivo que nos ocupa es el argumento que sintéticamente se contienen en el párrafo último de dicho fundamento y es útil recordar su tenor literal que se hace a modo de conclusión: *«Por regla general, la intervención pública mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria está sujeta a los principios generales del derecho como técnica de control, entre ellos, el principio de proporcionalidad, dado el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la Constitución). Este control de la potestad reglamentaria al amparo del principio de proporcionalidad pretende evitar que el resultado del ejercicio de esta potestad sea la aprobación de una norma reglamentaria inadecuada, excesiva o incongruente con los fines perseguidos. Sin embargo, la extensión de este control, según se verá, debe matizarse cuando el contenido de la norma incide en una materia como el medio ambiente, en la que los poderes públicos deben actuar de manera preventiva, permanente y proactiva para proteger bienes superiores, como son la salud, la integridad física y la vida de las personas.»*

De los términos en que se formula el motivo lo que se sostiene es que el control de los Tribunales requiere matizaciones cuando se trata de la actividad reglamentaria en una materia como la protección del medio ambiente, que se considera como preventiva, permanente y proactiva para proteger bienes superiores, en concreto y en última instancia, la integridad física y la vida de las personas; consideraciones que han pasado al auto de admisión. Si bien, como hemos visto, la defensa de las recurrentes promete aclarar esas matizaciones, es lo cierto que nunca se abordan de manera concreta, al margen de los restantes motivos en que se funda el recurso, esas peculiaridades que se dice comporta la revisión jurisdiccional.

Cabría concluir de lo razonado que cuando los Tribunales controlan una actividad reglamentaria que afecta a materias que reúnen esas características --se acepta que no se limita a la materia medioambiental--, la potestad de control deber obedecer a determinadas





características que no se detallan pero que deberá entenderse que está condicionada dicha potestad de revisión de la legalidad de la norma reglamentaria, conforme se acepta por la jurisprudencia y que, por otra parte, tiene como justificación última en el artículo 47.2º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la normativa que regula el ejercicio de dicha potestad.

Nuevamente es necesario dejar constancia que en la formulación de ese reproche se ha desconocido lo que se razona por la Sala de instancia, en concreto, en su fundamento tercero, ya antes transcrito, y en los siguientes.

Pues bien, no se acierta bien a comprender ante tan oportunos, exhaustivos y coherentes argumentos que se traiga al debate una cuestión tan específica como la de pretender que en la revisión jurisdiccional de normas reglamentarias con las características apuntadas no pueden someterse a ese nivel de control, que es el que corresponde a toda revisión jurisdiccional de normas reglamentarias, que carece de toda lógica y, desde luego, sin respaldo alguno ni legal ni jurisprudencial.

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. Ello requiere una aclaración suficiente porque el argumento está desconociendo el correcto razonamiento que subyace en la sentencia impugnada y, en todo caso, debe ser matizado en la forma en que se argumenta por las Administraciones recurrentes.

Es cierto que en el fundamento sexto de la sentencia de instancia se hace referencia al «*impacto presupuestario, económico y social de la Ordenanza*» en el que, entre otras materias (además de las del impacto presupuestario y económico para el Ayuntamiento, Impacto económico), se incluye un apartado tercero referido al «*impacto en la competencia y en el mercado*», en el que el Tribunal de instancia no realiza una actuación de preponderar entre esos efectos con la protección al medio ambiente y los derechos humanos a él asociado. En absoluto, lo que se razona por la Sala de instancia es que «*En la documentación preparatoria no se evalúa el efecto que las medidas restrictivas pueden tener sobre la*





competencia en el ámbito del transporte y en otros ámbitos empresariales, comerciales y profesionales, aun cuando se trata de medidas que implican un coste económico considerable para las personas que ejercen una actividad empresarial o profesional que tiene relación directa con el uso de un vehículo de motor, quienes deben afrontar el coste de renovación del mismo para seguir desempeñando su actividad en el ámbito de la ZBE de Barcelona.»

La Sala ni concluye en cuál sea ese impacto ni, menos aún y en consecuencia, declara que deban primar esos derechos de movilidad y mercado, sino pura y simplemente que no se ha podido valorar adecuadamente, a los efectos de la adopción de las concretas medidas adoptadas en la Ordenanza, dicha incidencia, porque no se ha recabado por la Administración informes concluyentes a la hora de establecer las restricciones que se imponen y poder realizar --no se hace por la Sala-- *«una ponderación adecuada del balance de beneficios y costes propio de la proporcionalidad y si, finalmente, se ha barajado la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas de efecto equivalente o de que las mismas puedan producir un efecto discriminatorio»*. Es la falta de informes y estudios fidedignos y concluyentes sobre ese aspecto los que llevan a la Sala al razonamiento que se contiene en el ya mencionado argumento.

Pero es que, además de esa delimitación de los argumentos de la sentencia, y suscitado el debate en sede de hacer preponderar medidas restrictivas, el argumento no puede acogerse al amparo de una pretendida peculiaridad en el control de la potestad reglamentaria por los Tribunales, la cual, cuando se trate de actuaciones administrativas preventivas, permanentes y proactividad en protección del medio ambiente, deba estar condicionada. No hay ninguna especialidad y el control no tiene porqué ser diferente, porque no hay norma que lo respalde.

Otra cosa será que en el juicio de preponderar valores --que en el caso de autos no se hace porque no existe información-- 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. Pero 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.

Podría pensarse que, en última instancia, se sostiene por la defensa de las Administraciones recurrentes que, en ningún caso, pueden preponderarse los efectos sobre esos derechos que aprecia la Sala de instancia como de relevancia sobre los que subyacen en la protección del medio ambiente, y sus efectos; de donde cabría concluir que los defectos de



falta de información y justificación de las medidas nunca tendrían suficiente entidad para justificar la nulidad declarada de la Ordenanza. En otras palabras, que no necesitaba la Administración información alguna para hacer primar la protección del medio ambiente sobre esos concretos bienes individuales de manera absoluta, de donde debería rechazarse el argumento que se utiliza en la sentencia.

No podemos aceptar tales argumentos. Bien es verdad que 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.

Pues bien, en todos esos texto internacionales, se ha pretendido establecer un efectivo y pragmático criterio de asegurar, en esa lucha contra el cambio climático y en palabras de la Convención de Río, *«lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible...»* Ha sido esta idea del desarrollo sostenible, en la efectiva lucha contra el cambio climático, una constante de toda la normativa internacional, europea y nacional, que no parece sea necesario reseñar.

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. Oportuno es traer a este debate el informe que emitió el Consejo de Estado al anteproyecto de dicha Ley cuando señala *«El principio coste-eficacia trata de analizar los mejores medios o alternativas para lograr los fines dados, en particular cuando, como se pone de manifiesto en la norma, la regulación de los mecanismos de transición justos y la transición a una economía baja en carbono puede suponer riesgos o coste económicos y sociales en determinados sectores...»*

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 preponderar los 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 a continuación.

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 interpretada.

Conforme a la delimitación de los motivos del recurso que ya se hizo al inicio de los fundamentos, se reprocha por las Administraciones recurrentes a la Sala de instancia que con su decisión se han vulnerado los mencionado preceptos de la Directiva de 2008, conforme han sido interpretados por el TJUE, con cita expresa de la sentencia de 26 de junio de 2019, asunto C-723/17.

La vulneración de los mencionados preceptos en la sentencia de instancia se centra tanto en la delimitación de las ZBE como en los niveles de contaminación que, a juicio de las Administraciones recurrentes, la Sala de instancia considera desproporcionados, a juicio de las recurrentes, sin fundamento alguno, conforme a los mencionados preceptos y jurisprudencia invocados.

A la vista de los argumentos que se hacen en los escritos de interposición, la crítica se centra en haber rechazado el Tribunal de instancia los resultados del nivel de contaminación que se tomaron en consideración por la Administración para imponer las limitaciones que se establecen en la Ordenanza, así como no haber respetado la delimitación de las ZBE.



Suscitado el debate en la forma expuesta es cierto que los artículos citados de la Directiva de 2008 imponen a los Estados, en palabras de la mencionada sentencia, determinar, que *«en todas sus zonas y aglomeraciones, los niveles de contaminantes objeto de dicha Directiva no superen los valores límite establecidos en su anexo XI. En caso de superarse los valores límite para los que ya ha vencido el plazo de cumplimiento, el Estado miembro de que se trate estará obligado, de conformidad con el artículo 23, apartado 1, de dicha Directiva, a elaborar un plan de calidad del aire que cumpla determinados requisitos»*; pero se añade por el Tribunal que *«esas autoridades están obligadas a basar sus decisiones en datos científicos sólidos y, como se desprende del anexo III, sección D, de la Directiva 2008/50, a elaborar una documentación exhaustiva que ponga de manifiesto los datos que justifiquen la elección de la ubicación de todos los puntos de control. Esta documentación deberá actualizarse periódicamente a efectos de verificar que los criterios de selección siguen siendo válidos...»*

Sobre esa base, 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, donde *«se explican con detalle la existencia de amplias zonas o subáreas como Les Corts, Horta-Guinardó, Montjuic o*



partes de Sarrià-Sant Gervasi, donde las emisiones se sitúan en la mitad de los valores de las zonas conflictivas y considerablemente por debajo de los límites recomendados por la OMS, en tanto que existen otras zonas de la ciudad donde los niveles de NO2 sí están por encima de los valores recomendados por la OMS/UE, que sistemáticamente son las que corresponden a las estaciones de medición de Eixample y Gracia.» 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.

SEXO. 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 4/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Los preceptos invocados en el motivo que ahora se examina están referidos al aspecto formal («vicio procedimental substancial»), en el sentido, según se razona en los escritos de interposición, por estimar que la sentencia considera, como uno de los fundamentos de la declarada nulidad, no haberse elaborado un informe económico de impacto económico, presupuestario y social, exigencia formal que en los dos preceptos invocados no resulta necesario porque «este criterio del Tribunal a quo infringe el artículo 49 de la LBRL, en relación con el artículo 4 de la LRJSP, porque en la tramitación de una ordenanza municipal no se exige la elaboración de un informe que analice el impacto económico de la norma a aprobar



sobre las economías privadas y los efectos sobre la competencia y el mercado» y, a esos efectos, se trae a colación lo declarado en nuestra reciente sentencia 108/2023, de 31 de enero, dictada en el recurso de casación 4791/2021, en que se declaraba que en la aprobación de los instrumentos del planeamiento municipales, con naturaleza de disposición reglamentaria, con regulación propia, no regían las exigencias de procedimiento generales de dichas disposiciones.

Pues bien, suscitado el debate 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 despreciar 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.»





CUARTO. - Conclusiones y costas.

A tenor de lo expuesto en los precedentes Fundamentos y, singularmente, de los razonamientos contenidos en nuestra STS nº 1.372/2023, que justificaron la desestimación del RC 4910/2022, procede también ahora desestimar el presente recurso, confirmando la sentencia impugnada por ser conforme a Derecho.

Y, en cuanto a las **costas** de este recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 93 y 139 LJCA, disponemos que **cada parte abone las causadas** a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

Primero.- Declarar no haber lugar y, en consecuencia, desestimar el presente recurso de casación n.º 4961/2022 interpuesto por las respectivas representaciones procesales de la Generalidad de Cataluña, del Ayuntamiento de Barcelona y del Área Metropolitana de Barcelona, contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2022 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso contencioso-administrativo n.º 61/2020.

Segundo.- Confirmar la sentencia impugnada por ser conforme a Derecho.

Tercero.- Imponer las costas conforme a lo establecido en el último Fundamento de esta sentencia.





Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

