

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33009750
NIG: 28.079.00.3-2014/0018622



(01) 30749417003

RECURSO 490/2014

SENTENCIA NÚMERO 774

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

En la Villa de Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 490/2014, interpuesto por la FEDERACIÓN MADRILEÑA DE DETALLISTAS DE LA CARNE (FEDECARNE), la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DETALLISTAS DE PESCADOS Y PRODUCTOS CONGELADOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID (ADEPESCA) y la

CONFEDERACIÓN DE COMERCIO ESPECIALIZADO DE MADRID (COCEM), representadas por el Procurador D. Álvaro Arana Moro, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 28 de mayo de 2014, por el que se aprueba la **Ordenanza de Dinamización de Actividades Comerciales en Dominio Público** (BOCM núm. 135, de 9 de junio de 2014). Ha sido parte demandada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por el Letrado Consistorial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que previos los oportunos trámites, la parte recurrente formalizó su demanda mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2014, en que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las declaraciones correspondientes en relación con la actuación administrativa impugnada.

SEGUNDO.- Que asimismo se confirió traslado a la representación de la parte demandada, para contestación a la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 9 de febrero de 2015, en que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda.

TERCERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2016 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 28 de mayo de 2014, por el que se aprueba la Ordenanza de

Dinamización de Actividades Comerciales en Dominio Público, solicitando las entidades recurrentes la declaración de nulidad de pleno derecho de sus artículos 6.2 y 8.

Para una mejor comprensión de la cuestión litigiosa estimamos conveniente transcribir el contenido de los citados preceptos impugnados:

(i) *“Artículo 6. Modificación de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano de 24 de julio de 1985.*

(...)

Dos. Se añade un apartado 3 al artículo 54 con la siguiente redacción:

“54.3. Los establecimientos de comercio minorista de la alimentación ubicados en mercados municipales que realicen actividad de degustación podrán instalar, sin necesidad de contar con campana extractora captadora de gases y vapores provista de los correspondientes filtros y sistema de recogida de grasas, conectada a chimenea, equipos eléctricos de tratamiento térmico de alimentos dotados de recogida de vapores por condensación u otros sistemas que aseguren la recogida eficaz de vapores, sin la limitación de potencia establecida en el apartado anterior.”.

(ii) *“Artículo 8. Modificación de la Ordenanza del Comercio Minorista de la Alimentación de 27 de marzo de 2003.*

Uno. El artículo 40 pasa a denominarse “Artículo único” y queda redactado del siguiente modo:

“Artículo único. Barra de degustación.

1. Los establecimientos destinados a las actividades de pastelería, repostería y confitería, churrería y heladería podrán contar en el propio establecimiento con una barra de degustación de sus productos, acompañados de cafés, chocolate, infusiones y bebidas refrescantes para su consumo en el local.

2. Para la instalación de barra de degustación se cumplirán las condiciones exigibles para esta actividad en la Ordenanza de Protección de la Salubridad Pública de la Ciudad de Madrid.

3. En el supuesto de que se incorporen a la actividad productos distintos de los elaborados por las industrias de pastelería, churrería o heladería, o se acompañen de bebidas distintas a las autorizadas, deberán cumplir las condiciones establecidas en la normativa de especial aplicación para bares y cafeterías.”

SEGUNDO.- La parte recurrente, en apoyo de su pretensión, aduce y realiza las consideraciones que, de forma sucinta se exponen a continuación:

(i) Si bien se señala que el objetivo de la Ordenanza merece, con carácter general, un juicio positivo, se pone de relieve la falta de precisión y claridad en cuanto a su objeto y ámbito de aplicación. Así se indica que si del propio título de la Ordenanza parece desprenderse que resulta de aplicación exclusivamente a aquellas actividades comerciales que se desarrollan en bienes de dominio público; sin embargo, tanto en el Preámbulo como en la Memoria se encuentran consideraciones en las que arece que la Ordenanza quiere referirse a la actividad económica que afecta a bienes y servicios en la ciudad de Madrid que siendo competencia del Ayuntamiento de Madrid no tengan estrictamente la naturaleza jurídica de demaniales, como ocurre con el comercio minorista que realmente no es una actividad comercial en dominio público.

(ii) Ya en relación con el artículo 6, apartado 2, de la Ordenanza, que modifica la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano de 24 de julio de 1985, añadiendo un párrafo 3 a su artículo 54, se alega vulneración del principio de legalidad y jerarquía normativa, así como contradicción con los artículos 38, 14 y 9.3 de la Constitución, Ley 17/2009, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, y apartados 1, 2 y 3 del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, según la redacción dada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo.

Concretamente se alega que establecer, como hace el precepto impugnado, una diferente regulación de la actividad comercial según que la misma se encuentre o no en mercado municipal, no parece ni justificado ni admisible.

(iii) Respecto del artículo 8 de la Ordenanza, se alega vulneración del principio de legalidad y jerarquía normativa, así como contradicción con los artículos 38, 14 y 9.3 de la Constitución, Ley 17/2009, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, y apartados 1, 2 y 3 del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, según la redacción dada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, así como vulneración del artículo 25.2.i de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local.

Sostienen las recurrentes que no procede el mantenimiento del artículo 40 en la redacción actual por las razones siguientes:

a) No parece justificado que se mantenga una Ordenanza con un solo artículo, requiriendo una Ordenanza un texto articulado.

b) Vulneración de la distribución competencial prevista en el artículo 25.2.i de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local, que limita la competencia municipal a las “*ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante*”, mientras que la actividad comercial viene ya regulada, con carácter general, en la legislación estatal y autonómica que deriva de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios, como son la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberación del Comercio y de determinados Servicios, y la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid.

Entiende que la supervisión del precepto impugnado en nada vulnera los derechos adquiridos por las actividades reseñadas, máximo cuando hay una normativa municipal (Ordenanza de Protección de Salubridad) que regula los requisitos de salubridad que debe reunir la zona de barra de degustación en establecimientos de comercio minorista de alimentación.

c) Resulta discriminatorio y contrario al principio de igualdad y de libertad de empresa, que se autorice la degustación exclusivamente para determinadas actividades, máxime desde que la desaparición de la Ordenanza de Comercio Minorista de Alimentación implica la desaparición de la clasificación encorsetada de actividades (monovalentes, polivalentes, etc), por lo que “*estricto sensu*” las actividades de pastelería, repostería y confitería, churrería y heladería no se regulan como tal para las nuevas actividades comerciales.

d) También es igualmente discriminatorio y contrario al principio de igualdad y de libertad de empresa, que establecimientos fuera de Mercado Municipales que “*incorporen a la actividad de productos distintos de los elaborados por las industrias de pastelería, churrería o heladería, o se acompañen de bebidas distintas a las autorizadas, deberán cumplir las condiciones establecidas en la normativa especial aplicación para bare4s y cafeterías*”, cuando el artículo 10.dos del proyecto introduce un artículo 6 bis en la Ordenanza de Mercados Municipales, que reconoce y regula las actividades de degustación en el comercio minorista de la alimentación ubicado en mercados municipales, con las condiciones y requisitos que figuran en dicho artículo.

La actividad de degustación, constituye un servicio complementario de la actividad comercial, por lo que cualquier limitación a ésta vía de desarrollo comercial implica una limitación a la misma que debe sustentarse en razones objetivas de interés general.

Con los artículos impugnados se distorsiona las reglas del libre comercio al establecer un trato diferenciado para el comercio en atención al tipo de productos que se comercializan y a la titularidad pública del suelo en que se desarrollen hasta el punto de llegar a situaciones tan poco razonables y equitativas como que un establecimiento comercial de un Mercado Municipal pudiera desarrollar actividades de degustación y otro establecimiento comercial agrupado (Galería Comercial Privada), en el mismo lugar y con las mismas actividades tendría limitada esa posibilidad al quedar sometida a la normativa de bares y restaurantes.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Madrid se opone a la pretensión de contrario deducida y para ello argumenta en relación con los concretos preceptos impugnados, en síntesis, que:

(i) La previsión en la Ordenanza impugnada de permitir desarrollar la actividad de degustación a los establecimientos de comercio minorista de la alimentación ubicados en mercados municipales no discrimina a los operadores de actividades económicas que no se desarrollen en instalaciones o terrenos de dominio público municipal, pues los criterios a los que obedecen y al interés al que responden son diferentes en uno y otro caso. A este respecto, textualmente argumenta que: *“Lo que se pretende es evitar un trato desigual a situaciones desiguales (una misma actividad podría, o no, tener barra de degustación según si se encontrara en suelo privado o en dominio público municipal, lo que se evita con el texto actual). Así, los locales de los mercados municipales, (...), constituyen un servicio público profundamente arraigado que mantienen una relevante función como referentes del comercio tradicional de alimentos frescos y de la vida social de los barrios. Debe tenerse en cuenta que los mercados municipales han constituido, y constituyen, un servicio al ciudadano profundamente integrado en la cultura y tradición de todos los municipios”*.

Añade, además, que la regulación antedicha se realiza con base en el artículo 25.2.i) de la LBRL. Este título competencial *“no podría amparar por razones obvias la regulación de las barras de degustación para actividades comerciales sitas en terrenos de titularidad privada, pues, (...), la competencia en materia de “comercio interior” corresponde a la Comunidad de Madrid (artículo 26.3.1.2 de su Estatuto de Autonomía)”*.

Considera que está plenamente justificada la implementación como novedad la actividad de degustación en los locales de los mercados municipales del mismo modo en que ya venía utilizándose en establecimientos privados desde 1999 (Ordenanza de Comercio Minorista de 1999), equiparándose a unos y a otros y garantizando la propia pervivencia del mercado como servicio público.

No se regula *ex novo* la actividad de degustación, sino que se limita a mantener su vigencia, adaptándola lógicamente a los requerimientos de salubridad vigentes. Considera que si las recurrentes no estaban de acuerdo con la inicial limitación introducida en la Ordenanza de 1999, debía de haberse entonces impugnado, lo que no se hizo, no siendo tampoco admisible pretender una impugnación indirecta de otra ordenanza distinta de la que es objeto de la presente litis. Lo que ahora ha hecho el Ayuntamiento de Madrid es simplemente respetar la regulación existente.

(ii) Inexistente vulneración del Principio de Igualdad al no estar ante situaciones análogas. La actividad de degustación, que consiste en manipular y/o elaborar alimentos para ofrecerlos al público pudiéndose consumir en el propio establecimiento, solo es compatible con churrerías, obradores de pastelería, heladerías, ..., pero no con locales de tipo carnicería o pescadería

(iii) Inexistente vulneración del Principio de Libertad de Empresa. Es el tipo de actividad, y no el tipo del suelo en el que se ubica, lo que permite tener una barra de degustación; lo que se hace con la actual Ordenanza es regular que estos locales puedan estar instalados en dominio público municipal.

(iv) Inexistente vulneración de la Ley del Comercio Minorista. La competencia de regular el desarrollo de la materia objeto de la Ordenanza impugnada está atribuida al municipio que, por tanto podría imponer limitaciones, ya que no hay norma alguna a la que contradiga, todo ello siempre que queden suficientemente justificadas y definidas atendiendo a la peculiaridad de cada caso.

CUARTO.- Expuesta de la forma que antecede la postura procesal mantenida por las partes procede que, sin más preámbulos, pasemos a examinar los diferentes motivos de impugnación con los que la parte recurrente articula su pretensión anulatoria, comenzando por las alegaciones referidas a la impugnación dirigida contra el artículo 6 de la Ordenanza impugnada; precepto que, como ya ha expuesto en el fundamento jurídico de la presente,

modifica la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano de 24 de julio de 1985, introduciendo en nuevo apartado 3 a su artículo 54.

Dicho precepto establece, en definitiva, que los establecimientos de comercio minorista de la alimentación ubicados en mercados municipales que realicen actividad de degustación podrán instalar equipos eléctricos de tratamiento térmico de alimentos dotados de recogida de vapores por condensación u otros sistemas que aseguren la recogida eficaz de vapores, sin necesidad de contar con campana extractora captadora de gases y vapores provista de los correspondientes filtros y sistema de recogida de grasas, conectada a chimenea, y ello sin la limitación de potencia establecida en el apartado dos del mismo artículo 54. Dicho de otra forma, a sensu contrario, los establecimientos de comercio minorista de la alimentación ubicados fuera de los mercados sólo estarán exonerados de la instalación de campana extractora captadora de gases y vapores provista de los correspondientes filtros y sistema de recogida de grasas, conectada a chimenea, cuando los equipos electrónica de tratamiento térmico de alimentos dotados de vapores por condensación u otros sistemas que aseguren la recogida eficaz de vapores instalados “*cuya potencia total conjunta sea inferior a 10 Kw*” (apartado dos del artículo 54).

La parte recurrente sostiene que establecer, como hace el precepto impugnado, una diferente regulación de la actividad comercial según que la misma se encuentre o no en mercado municipal, no parece ni justificado ni admisible.

A fin de dar la debida respuesta a la cuestión planteada conviene poner de relieve, como es bien sabido, la “*Igualdad ante la Ley significa solo igual trato en condiciones iguales, pues resultaría contrario a ese principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes. Pero debe hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un distinto trato, menos aún sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes, que no afectan la medular del caso, además de que el quebranto constitucional también podría producirse por exceso, es decir, cuando se adoptan medidas exorbitadas en relación a las diferencias que pudieran justificar algún distinto trato*” (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 1785/90). Esto es, el principio de igualdad opera imponiendo un tratamiento igualitario entre situaciones equivalentes. En su vertiente negativa, constituye la prohibición de tratamiento desigual para situaciones que son comparables.

Abundando en esta última idea, el trato desigual consiste en dispensar un tratamiento diferenciado a sujetos, objeto o situaciones, sin que exista justificación para ello, ya que los

rasgos o circunstancias que los diferencian, si es que existen, deben ser considerados irrelevantes para determinar un tratamiento normativo diferente y, por ello, esos sujetos, objetos o situaciones han de ser considerados como semejantes o equivalentes.

Pues bien, del contenido del precepto impugnado se infiere que la normativa municipal impugnada viene a establecer una regulación diferenciada de los establecimientos de comercio minorista de la alimentación que realicen actividad de degustación en relación con la exigencia de instalación de campana extractora captadora de gases y vapores provista de los correspondientes filtros y sistema de recogida de grasas, conectada a chimenea, según se encuentren o no ubicados en mercados municipales. Así, si se encuentran ubicados en un mercado municipal e instalan equipos eléctricos de tratamiento térmico de alimentos dotados de recogida de vapores por condensación u otros sistemas que aseguren la recogida eficaz de vapores estarán, en todo caso y cualquiera que sea su potencia, exonerados de la instalación de campana extractora captadora de gases y vapores provista de los correspondientes filtros y sistema de recogida de grasas, conectada a chimenea. Por el contrario, si el citado establecimiento se encuentra ubicado fuera de un mercado municipal, tan solo estará exonerado de la instalación de la campana extractora cuando los equipos eléctricos de tratamiento térmico de alimentos dotados de recogida de vapores por condensación u otros sistemas que aseguren la recogida eficaz de vapores instalados en el local tengan una potencia total conjunta sea inferior a 10 Kw.

La cuestión controvertida, por tanto, queda reducida a determinar si dicha diferenciación de trato, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, está o no justificada. Y La respuesta que debe darse a dicho interrogante necesariamente debe ser negativa. Ni en la Ordenanza impugnada, ni en las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento de Madrid, se infiere razonamiento o explicación alguno del que pudiera desprenderse algún atisbo de justificación del expresado trato desigual. Ciertamente estamos en presencia de idéntico tipo de establecimientos de comercio minorista de la alimentación que realicen actividad de degustación, y no parece razonable (de hecho no se ha tratado de explicar) que por el solo hecho de ubicarse el local dentro o fuera de las instalaciones y dependencias de un mercado municipal las exigencias, en orden a la instalación de campana extractora conectada a chimenea, sean distintas.

Así las cosas, a juicio de la Sala, asiste la razón a las recurrentes cuando sostienen que el precepto impugnado, al establecer una diferente regulación de la actividad comercial según que la misma se encuentre o no en mercado municipal, no parece ni justificado ni

admisible. Por lo que, en aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial anteriormente expuesta resulta procedente la declaración de nulidad del precepto impugnado (artículo 62.2 de la Ley 30/1992).

QUINTO.- A continuación procede que pasemos al estudio de las alegaciones que las recurrentes refieren al artículo 8 de la Ordenanza impugnada, que modifica la Ordenanza del Comercio Minorista de la Alimentación de 27 de marzo de 2003, en el sentido de que el artículo 40 de la misma pase a denominarse “*Artículo único*”, al que se da una nueva redacción bajo el título de “*Barra de degustación*”.

Si bien, antes de adentrarnos en el estudio del contenido del antedicho precepto, debemos referirnos a la alegación del Ayuntamiento de Madrid de que con él no se aborda una regulación “*ex novo*” de la actividad de degustación, sino que se limita a mantener su vigencia, adaptándola lógicamente a los requerimientos de salubridad vigentes. Es por ello que considera que si las recurrentes no estaban de acuerdo con la inicial limitación introducida ya en la Ordenanza de Comercio Minorista de Alimentación de 1999, debieron entonces haberla impugnado, lo que no hicieron. Lo que ahora ha hecho el Ayuntamiento de Madrid, según su representación procesal, es simplemente respetar la regulación existente.

Con dicha alegación se está dando a entender que al no haber sido impugnada en su momento la Ordenanza de 1999, que introdujo por primera vez limitación al establecimiento de la barra de degustación ahora cuestionada por los recurrentes, ahora no les es permitido pueden impugnar una mera actualización a los requerimientos de salubridad vigentes, por lo que resultaría ahora apreciable causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa.

Dicha alegación, entendida en los términos expuestos, debe ser desestimada, bastando para ello con traer a colación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2010, rec. 4144/2005, según la cual: “ (...) *la falta de impugnación de una disposición de carácter general no impide que se combata otra que la derogue, incluso en aquellos aspectos en que la nueva regulación se limita a reproducir la anterior. Nuestra jurisprudencia se ha mantenido en esta línea. La sentencia de 26 de junio de 1995 (recurso contencioso-administrativo 2344/91) declaró terminantemente que, aunque el contenido del precepto impugnado reproduzca la regulación anterior, «desde un punto de vista formal se ha iniciado la vigencia de una nueva disposición, expresamente derogatoria de la anterior, y que, con independencia del motivo por el que su contenido normativo sea*

igual a aquella, viene a disciplinar para el futuro unas relaciones jurídicas en un sentido determinado, lo que permite a los interesados impugnarla de nuevo en cuanto a su legalidad» (FJ 2º). En el mismo sentido se había expresado ya la sentencia de 26 de octubre de 1994 (recurso contencioso-administrativo 2625/91, FJ 1º)”.

Obviamente, en contra de lo sostenido por la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, la impugnación que aquí nos ocupa no cabe tildarla de “indirecta”, por cuanto que la misma se dirige, tal como hemos dicho, contra una disposición general que, desde un punto de vista formal, ha iniciado su vigencia por mor del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 28 de mayo de 2014, por el que se aprueba la Ordenanza de Dinamización de Actividades Comerciales en Dominio Público.

SEXTO.- Dicho lo anterior, procede que sin más preámbulo nos introduzcamos en el estudio del contenido y análisis de las alegaciones impugnatorias dirigidas contra el artículo 8 de la Ordenanza impugnada.

Dicho precepto viene a establecer:

(i) Que los establecimientos destinados a las actividades de pastelería, repostería y confitería, churrería y heladería podrán contar en el propio establecimiento con una barra de degustación de sus productos, acompañados de cafés, chocolate, infusiones y bebidas refrescantes para su consumo en el local. En este supuesto, no se deberán cumplir las condiciones establecidas en la normativa de especial aplicación para bares y cafeterías.

(ii) Por el contrario, sí deberán cumplirse las condiciones establecidas en la normativa de especial aplicación para bares y cafeterías cuando se incorporen a la actividad productos distintos de los elaborados por las industrias de pastelería, churrería o heladería, o se acompañen de bebidas distintas a las autorizadas.

(iii) Que para la instalación de barra de degustación se deberán cumplir las condiciones exigibles para esta actividad en la Ordenanza de Protección de la Salubridad Pública de la Ciudad de Madrid.

Expuesto el contenido normativo del precepto impugnado, resulta procedente pasar a los distintos motivos de impugnación aducidos por las recurrentes.

Así, el primero de los motivos articulados viene referido a que, según las recurrentes, no parece justificado que se mantenga una Ordenanza con un solo artículo, requiriendo una Ordenanza un texto articulado.

Claramente, dicho motivo está abocado a su fracaso puesto que la articulación de una Ordenanza con un solo artículo, sea ello o no criticable desde una perspectiva de técnica normativa, es lo cierto que no se está vulnerando principio o precepto constitucional o legislativo alguno. Buena prueba de ello lo constituye la propia argumentación esgrimida por las recurrentes, en la que no se refiere precepto alguno que pudiera entenderse vulnerado. Así las cosas, por tanto, el motivo analizado deberá ser desestimado.

Mayor éxito debe acompañar al segundo de los motivos de impugnación alegados por las recurrentes, según el cual con el citado precepto se viene a vulnerar la distribución competencial entre la Administración municipal (delimitada en el artículo 25.2.i de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local), de una parte, y la estatal y autonómica (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios, como son la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberación del Comercio y de determinados Servicios, y la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid), de otra.

Ciertamente, como admite la propia representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, a la Comunidad de Madrid le corresponde la competencia exclusiva en materia de “*comercio interior*”, según se desprende del artículo 26.3.1.2 de su Estatuto de Autonomía). Más concretamente, el Ayuntamiento de Madrid admite expresamente en el escrito de contestación a la demanda que el título competencial contemplado en el artículo 25.2.1.i) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, que atribuye a los Municipios como competencia propia (en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas) la materia de “*Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulatorio*” no puede amparar la regulación de las barras de degustación para actividades comerciales sitas en terrenos de titularidad privada.

Pues bien, en la medida en que el precepto impugnado, de forma expresa, limita o circunscribe la posibilidad de instalación de una barra de degustación a los establecimientos destinados a las actividades de pastelería, repostería y confitería, churrería y heladería, está claramente incidiendo en la normación concreta de las barras de degustación: en tanto que solo la admite en determinados establecimientos, destinados a las actividades de pastelería, repostería y confitería, churrería y heladería, la está excluyendo y prohibiendo en el resto.

Por tanto, está incidiendo en una materia cuya regulación, como el propio Ayuntamiento de Madrid admite, está atribuida o reservada a la Administración autonómica, a la que el artículo 26.3.1.2 del Estatuto de Autonomía atribuye la competencia exclusiva del comercio interior, en los términos en dicho precepto establecidos.

El Ayuntamiento de Madrid trata, sin embargo, de justificar la contemplación de la figura o la actividad de “*barra de degustación*” en la Ordenanza impugnada en cuanto que la misma incide y regula la actividad desarrollada en los mercados municipales, limitándose a implementar, como novedad, dicha actividad de degustación en los locales de los mercados municipales del mismo modo que ya venían utilizándose en establecimientos privados con la Ordenanza de Comercio Minorista de Alimentación de 1999).

Sin embargo, hay que indicar que el artículo ahora “*único*” de la Ordenanza del Comercio Minorista de la Alimentación de 27 de marzo de 2003, al que se le da una determinada redacción y contenido, no se limita a contemplar la actividad de barra de degustación a las eventualmente existentes en los locales e instalaciones de mercado municipales, sino que lo hace con total independencia de su ubicación (locales municipales o locales privados). Dicho de otro modo, la normativa contemplada en el precepto impugnado es aplicable a todas las barras de degustación, con independencia de su ubicación.

Más aún, el precepto impugnado no solo se limita a disponer los establecimientos que podrán contar con una barra de degustación, lo que como ya hemos concluido, supone una vulneración de las competencias atribuidas estatutariamente a la Comunidad de Madrid, sino que además establece cuando “*deberán cumplir las condiciones establecidas en la normativa de especial aplicación para bares y cafeterías*”, incidiendo así en la materia de “*Espectáculos públicos*”, cuya competencia está atribuida, igualmente, a la Administración autonómica (artículo 26.1.1.30 del Estatuto de Autonomía).

La concreta regulación sobre Espectáculos Públicos se encuentra en la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, cuyo artículo 1 y 4 establecen su ámbito de aplicación, así como el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos e Instalaciones (desarrollado hoy por Decreto 184/1998, de la Comunidad de Madrid). Son dichas normas jurídicas, y solo ellas, las que deben determinar si un establecimiento público se encuentra o no sometido al régimen de los Espectáculos Públicos. Concretamente, el Anexo II del Decreto 184/1998 citado determina y define los establecimientos de “*Hostelería y restauración*”, clasificándolos en “*Tabernas y bodegas*”, “*Cafeterías, bares, café-bares y asimilables*”, “*Chocolaterías, heladerías, salones*

de té, croissanterías y asimilables”, “Restaurantes, autoservicios de restauración y asimilables”, “Bares-restaurante”, “Bares y restaurantes de hoteles”, “Salones de banquetes” y “Terrazas”.

Es por todo ello que la Sala, en Providencia de 30 de junio, haciendo uso de la facultad contemplada en el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, sometía a la consideración de las partes la eventual vulneración por los párrafos primero y tercero del artículo único de la Ordenanza del Comercio Minorista de Alimentación de 28 de mayo de 2014 (redacción dada por Acuerdo del Pleno de 28 de mayo de 2014) de los artículos 1 y 4 de la ya citada Ley autonómica de Espectáculos Públicos y Decreto 184/1998; infracción que procede que ahora constemos.

En consecuencia, de cuanto antecede se concluye que el Artículo único, párrafo primero y tercero, de la Ordenanza del Comercio Minorista de Alimentación de 28 de mayo de 2014, vulneran la distribución competencial en materia de “*comercio interior*” reservada a la Comunidad Autónoma de Madrid, así como los artículos 1 y 4 de la citada Ley autonómica de Espectáculos Públicos y Decreto autonómico 184/198, en cuanto que dichas disposiciones son las que vienen a establecer el ámbito de aplicación de la citada normativa y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos e Instalaciones, por lo que será procedente la declaración de nulidad de los párrafo primero y tercero del precepto impugnado (artículo 62.2 de la Ley 30/1992).

Vicios de nulidad que no alcanzan al párrafo segundo del expresado Artículo único, en cuanto se limita a disponer el cumplimiento de la instalación de la “*barra de degustación*” de las condiciones exigibles para dicha actividad en la Ordenanza de Protección de la Salubridad Pública de la Ciudad de Madrid, disposición que aparece *a priori* entre las atribuidas como propias a la Administración municipal, tal como se deduce del artículo 25.a.j) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local respecto de la “*Protección de la salubridad pública*”.

SÉPTIMO.- Por último, queda que nos refiramos al párrafo noveno del artículo 6 bis de la Ordenanza de Mercados Municipales de 22 de diciembre de 2010, en redacción dada por el Acuerdo del Pleno de 28 de mayo de 2014, aquí impugnado, precepto al que acordamos extender nuestro enjuiciamiento en Providencia de 30 de junio de 2016, haciendo uso de la facultad contemplada en el párrafo tercero del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción, por su

conexión con el Artículo único, párrafos primero y tercero, de la Ordenanza del Comercio Minorista de Alimentación anteriormente referida.

Para la debida comprensión de la expresada cuestión debe ponerse de manifiesto que el artículo 10 de la Ordenanza de Dinamización de Actividades Comerciales en Dominio Público, aquí impugnado, viene referido a la “*Modificación de la Ordenanza de Mercados Municipales de 22 de diciembre de 2010*”.

El párrafo tres del citado artículo dispone la introducción de un artículo 6 bis en la Ordenanza de Mercados Municipales, del tenor siguiente:

“Artículo 6 bis. Actividades de degustación en el comercio minorista de la alimentación ubicado en mercados municipales.

1. Los establecimientos del comercio minorista de la alimentación que comercialicen alimentos no envasados, tanto frescos como transformados, así como los establecimientos de elaboración y venta de churros y masas fritas, podrán realizar actividades de degustación de dichos productos en los términos y condiciones señalados en los apartados siguientes, requiriéndose autorización del concesionario cuando las zonas destinadas al desarrollo de dichas actividades no se ubiquen exclusivamente en el interior de los locales del mercado.

2. Se entiende por actividad de degustación la comercialización para su consumo en el propio local de los productos definidos en el apartado anterior sin ser sometidos a más manipulaciones que su entrega al consumidor, previo cortado, troceado, fileteado o tratamiento térmico en equipos que no precisen para su instalación y funcionamiento de campana extractora captadora de gases y vapores provista de los correspondientes filtros y sistema de recogida de grasas, conectada a chimenea o, en establecimientos de elaboración y venta de churros y masas, en equipos dotados de campana extractora captadora de gases y vapores específicos para la elaboración de este tipo de productos.

3. La degustación de los productos previstos en los apartados anteriores se podrá acompañar de bebidas refrescantes, vino, cerveza, sidra, cava, champagne, cafés, chocolate o infusiones.

4. El desarrollo de la actividad de degustación no podrá contemplar atención y servicio de mesas por personal del propio establecimiento.

5. La zona de degustación podrá ubicarse dentro del local que la desarrolle o en zonas o espacios comunes del mercado y de forma compartida y conjunta con otros locales. En este segundo supuesto se requerirá que dichas zonas o espacios comunes hubieren

computado a efectos de edificabilidad, cumplan las normas de seguridad que les resulten de aplicación y cuenten con autorización del responsable o titular de la gestión del mercado.

6. En el caso de que la actividad de degustación se realice dentro del local, este deberá contar con una “zona de degustación” cuya superficie máxima, incluidos los elementos de mobiliario destinados a este fin, no podrá ser superior al 25% de la superficie de la sala de ventas, ni superar en ningún caso los 20 m².

7. Cuando la zona de degustación se ubique en zonas comunes de forma compartida por diversos locales, la superficie máxima destinada a este fin no podrá superar el 40% de la superficie total de las zonas comunes, con un máximo de 20 m² por cada local.

8. Se entenderá por superficie destinada a la actividad de zona de degustación el área ocupada por la totalidad de elementos de mobiliario que sirvan de apoyo para el desarrollo de la actividad de degustación propiamente dicha. Cuando para el desarrollo de dicha actividad se utilicen diversos elementos independientes se computará la superficie del polígono imaginario que abarque la totalidad de dichos elementos.

9. En el supuesto de que se incorporen a la actividad de degustación bebidas distintas a las recogidas en el apartado 3, o exista servicio de mesas atendido por personal propio del establecimiento, o se destine a la actividad de degustación una superficie superior a los valores máximos señalados en los apartados anteriores, la actividad desarrollada no será considerada de “actividad de degustación” sino actividad de hostelería y restauración, siendo de aplicación a la misma la normativa de especial aplicación para la instalación y ejercicio de estas últimas actividades.”.

Nuestro enjuiciamiento, por así haberlo acordado en Providencia de 30 de junio de 2016, se limita al contenido del indicado párrafo 9 del artículo 6 bis citado. Nada hay en principio que objetar al resto de los párrafos incluidos en dicho precepto, en cuanto que vienen a regular una materia, mercados municipales, sobre la que la Administración municipal, sí tiene competencia (artículo 25.2.i) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

No sucede lo mismo, sin embargo, respecto del contenido del párrafo 9. En efecto, dicho precepto viene a establecer cuándo la “*actividad de degustación*” deberá ser considerada “*actividad de hostelería y restauración*”, siendo en tal caso aplicable la normativa de especial aplicación para la instalación y ejercicio de estas últimas actividades. Concretamente se dispone que la actividad dejará de ser considerada “*actividad de degustación*”, pasando a ser considerada “*actividad de hostelería y restauración*”, con la

consiguiente aplicación de la normativa de especial aplicación para la instalación y ejercicio de estas últimas actividades, cuando: (i) Se incorporen a la actividad de degustación bebidas distintas a las recogidas en el apartado 3 (bebidas refrescantes, vino, cerveza, sidra, cava, champagne, cafés, chocolate o infusiones); (ii) Exista servicio de mesas atendido por personal propio del establecimiento; o (iii) Se destine a la actividad de degustación una superficie superior a los valores máximos señalados en los apartados anteriores. En el resto de los supuestos, por tanto, la actividad será considerada de degustación, no siéndole de aplicación, por tanto, la normativa de especial aplicación para la instalación y ejercicio de las actividades hostelería y restauración.

Pues bien, tal como indicábamos en el fundamento jurídico precedente, corresponde a la Administración autonómica la regulación de la materia de los “*Espectáculos Públicos*”; competencia que se ha venido a plasmar en la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Será, por tanto, dicha Ley la única que podrá establecer su propio ámbito de aplicación (artículo 1), así como el correspondiente Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos regulados por dicha Ley, cuyo desarrollo y modificación se posibilita sea efectuado por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (artículo 4).

Por tanto, en la medida en que el párrafo noveno del artículo 6 bis de la Ordenanza de Mercados Municipales dispone qué concretos establecimientos en que se ejerza la “*actividad de degustación*” están o no sometidos a la normativa específica reguladora de la actividad de “*Espectáculos Públicos*”, viene a desconocer la competencia propia establecida sobre dicha materia en favor de la Comunidad de Madrid. Es la normativa autonómica la única competente para determinar qué concreta actividad quedará o no sometida la regulación de espectáculos públicos (Anexo II del Decreto 184/1998); estando vedada dicha posibilidad a la Administración municipal.

En consecuencia, será procedente la declaración de nulidad del párrafo noveno del artículo 6 bis de la Ordenanza de Mercados Municipales de 22 de diciembre de 2010, en redacción dada por el Acuerdo del Pleno de 28 de mayo de 2014 impugnado (artículo 62.2 de la Ley 30/1992).

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no se hace expresa imposición de las costas causadas.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la FEDERACIÓN MADRILEÑA DE DETALLISTAS DE LA CARNE (FEDECARNE), la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DETALLISTAS DE PESCADOS Y PRODUCTOS CONGELADOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID (ADEPESCA) y la CONFEDERACIÓN DE COMERCIO ESPECIALIZADO DE MADRID (COCEM), representadas por el Procurador D. Álvaro Arana Moro, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 28 de mayo de 2014, por el que se aprueba la **Ordenanza de Dinamización de Actividades Comerciales en Dominio Público** (BOCM núm. 135, de 9 de junio de 2014), debemos declarar y declaramos la nulidad de los artículos:

(i) 6 dos, que añade un apartado 3 al artículo 54 de la Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente Urbano de 24 de julio de 1985,

(ii) 8, respecto de los apartados primero y tercero del Artículo único de la Ordenanza de Comercio Minorista de la Alimentación de 27 de marzo de 2003, que modifica, y

(iii) 10 tres, únicamente respecto del párrafo noveno del artículo 6 bis de la Ordenanza de Mercados Municipales de 22 de diciembre de 2010.

Y todo, ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Firme la presente Sentencia deberá procederse a la publicación de su Parte Dispositiva en la forma dispuesta en el artículo 72.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

Procedimiento Ordinario 490/2014

LA LETRADA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE
LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID CERTIFICA:

Que la anterior fotocopia, compuesta de 19 folios, es fiel reflejo de la sentencia original firmada por los Magistrados que figuran en la misma, la cual ha sido publicada y entregada a esta Secretaría en el día de hoy y, una vez expedida la presente certificación para su unión al rollo y copias para su notificación, ha quedado archivado el original para su unión al libro de sentencias originales. Madrid a 24 de noviembre de 2016.