

ORDENANZA RELATIVA A LA ZONA DE BAJAS EMISIONES PARA PRESERVAR LA CALIDAD DEL AIRE EN LA CIUDAD DE BARCELONA. ANÁLISIS DEL INSTRUMENTO AMBIENTAL, REFLEXIÓN SOBRE EL ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS Y CONSIDERACIONES SOBRE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 21 DE MARZO DE 2022¹

María Jesús MONTORO CHINER
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. La necesidad de delimitar ZBE—2. La posición de los jueces y los criterios de las sentencias—3. Sobre los derechos y libertades afectados—4. El riesgo de tramitar ordenanzas anteriores a la vigencia de la ley de cambio climático y al reglamento (futuro) por el que se regularán las zonas de baja emisión. La indeterminación de las normas—5. Sobre la técnica normativa y su incidencia en la legalidad del procedimiento—6. Sobre la proporcionalidad—7. Sobre el sacrificio especial

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA NECESIDAD DE DELIMITAR ZBE

Estas páginas contienen el texto de la ponencia, tal y como se presentó en el Seminario relativo a las ZBE titulado *Las Zonas de Bajas Emisiones: justificación y regu-*

¹ Para citar este artículo: María Jesús MONTORO CHINER (2023), «Ordenanza relativa a la Zona de Bajas Emisiones para preservar la calidad del aire en la ciudad de Barcelona. Análisis del instrumento ambiental, reflexión sobre el alcance de las restricciones impuestas y consideraciones sobre las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de marzo de 2022», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, enero–junio 2023, Madrid, Marcial Pons.

lación (30 de septiembre de 2022). En realidad, se trata de unas reflexiones sobre el instrumento ambiental denominado ZBE, de un análisis de su potencialidad restrictiva, y de las sentencias que declaran la nulidad de la «Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona relativa a la restricción de circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire», que incluye la denominada Zona de Bajas Emisiones. La Ordenanza se aprobó por el Ayuntamiento de Barcelona y fue publicada en el *BOPB* de 31 de diciembre de 2021. En su conjunto, el tema es de enorme complejidad. Muchas piezas son las deben de ser ensambladas; la escasa regulación existente permite, sin embargo, efectuar un análisis constructivo, ya que así lo que requiere la protección de las personas y el alto nivel de protección de la calidad del aire.

Las sentencias del TSJC recaídas en 21 de marzo de 2022 y que se analizan también en este texto, corresponden a los recursos 43/2022, 58/2022, 59/2022, 60/2022, 61/2022, y 62/2022 (a esta última, corresponden también, las citas a páginas que se contienen en este texto).

Antes de proceder al análisis, quiero expresar mi opinión acerca de lo siguiente: se trata éste de un estudio académico y jurídico; ni sociológico ni económico. Aunque ahora sea *trendy* entre juristas, no me considero con metodología suficiente para realizar incursiones sociológicas ni económicas. Tampoco es, por supuesto, un estudio técnico.

Las líneas que siguen no pretenden ser un *curriculum vitae*, tan solo expresan una posición de declarada ambientalista. En el año 2002, creo haber introducido el concepto del «Estado ambiental de Derecho», en un capítulo publicado en el Libro Homenaje a R. Martín Mateo, el maestro pionero del medio ambiente; he publicado diversas obras sobre residuos, aguas, declaración de impacto ambiental, redactado anteproyectos de normas ambientales y colaborado en la supervisión ambiental de la ejecución de infraestructuras aeroportuarias. Me alinee, pues, en las corrientes doctrinales que sustentan las tesis de la calidad de vida como valor; que la salud, la limpieza del aire, el derecho a la vida y a la integridad física, y el ejercicio de actividades económicas han de defenderse por reglas no solo ambientales; que las libertades, como la de empresa, las que afectan a la iniciativa económica, a la movilidad, al ejercicio de profesiones, pueden delimitarse y restringirse en beneficio de otros bienes jurídicos, valores y derechos. Pero, para que sea todo eso efectivo, es preciso que el acto, el reglamento, la ordenanza o la disposición de que se trate, sean válidas y capaces de producir efectos. Cuando no se ha operado correctamente, se pierde tiempo, se causan daños económicos complementarios, se originan vicios de procedimiento que hay que reparar económicamente y se encarece la puesta en marcha de la norma o del plan. Si se dilata, además, su aplicación, acontece lo contrario de lo que se pretendía: mala y tardía protección del bien jurídico, y ausencia de seguridad jurídica. En fin, desaparece la eficacia protectora. No estamos sobrados de tiempo para perderlo en cosas mal hechas. Y, si el precio de reparar la falta de comprobaciones, estudios, evaluaciones, cálculos deficitarios, contrastes, valores, etc., de la Ordenanza, tal y como las sentencias expresan, es el aumento de permisividad del acceso de vehículos

contaminantes, de la extensión del horario, etc., sin más estudio que la concesión a los difíciles tiempos económicos que se viven y que nadie niega, se habrá hecho un flaco servicio a la calidad del aire y a la ciudad de Barcelona.

La transición energética significa adaptación, ataque, modificación. Pero no involución ni regresión; y, de momento ya hay dos casos de ZBE cuestionados legalmente por su mala factura formal, aunque no siempre se haya suspendido su aplicación. La contaminación no es cosa territorial sino supranacional, extensible, y el mal que provoca circula y se incrementa por conexión con otros factores y agentes contaminantes; por tanto, cuando se procede un *ultra vires* por parte de cualquier Administración a través del planeamiento, se está incumpliendo, además, el Derecho de la UE.

Adelanto también, que las sentencias del TSJC, recaídas con motivo de la Ordenanza sobre ZBE, tienen todo mi respeto; que no había otras salidas ante la debilidad formal, documental y de tramitación de la Ordenanza; que la argumentación es correcta y suficiente. Además, considero ajustado a Derecho que la solicitud formulada al TSJC para la aplicación de la sentencia antes de que se resuelva el recurso de casación interpuesto, que todavía no ha sido admitido por el Tribunal Supremo, no haya sido acogida por el TSJC, bajo el argumento de que carecen de firmeza las sentencias recaídas.

Se tramita en la actualidad una nueva Ordenanza modificada (para el caso de que el TS se alinee en las tesis del TSJC), adaptándola ya a la Ley del cambio climático (noticia de 30 de mayo 2022), en la que no se va a entrar en detalles en este escrito. Incluiré tan solo aquellas medidas que se prevén porque afecten a las tesis que en esta ponencia se contienen. La delimitación de ZBE se reducirá a Ronda Litoral y de Dalt y, con el objeto de mantener la vigencia de la Ordenanza, caso de prosperar la casación, se aprobará ésta con mayor participación, actualizando el marco normativo; pero sin incluir novedades sobre el etiquetaje de los vehículos. La ZBE incluida en la Ordenanza anulada abarcaba Ronda de Dalt–Ronda Litoral, Barcelona ciudad a excepción del Puerto, Vallvidrera, Tibidabo y Les Planes, L'Hospitalet del Llobregat, parte de Esplugues, Cornellà y Sant Adrià de Besòs.

Habré de referirme, aunque no por este orden, a cuestiones como:

- La situación normativa de partida, sin estar en vigor la Ley de cambio climático.
- El deber de delimitar las ZBE y sus directrices de desarrollo.
- Los derechos afectados: fundamentales y libertades.
- La posición de los Jueces; criterios de las sentencias.
- Efectos de las sentencias.
- La proporcionalidad.
- La motivación y los cálculos e informes que apoyan la elaboración de la Ordenanza. Técnica normativa.
- El acierto de mencionar la teoría del sacrificio especial.

2. LA POSICIÓN DE LOS JUECES Y LOS CRITERIOS DE LAS SENTENCIAS

Contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos y sistemas de Derecho, en nuestro país, los jueces raramente han querido ser legisladores o creadores de Derecho. Cuando lo han sido, las circunstancias eran extremas y el supuesto concreto ha llegado a tener gran resonancia. En las Sentencias que se analizan así ha sucedido. Conforme al carácter de la jurisdicción contenciosa, el comportamiento ante la actuación administrativa ha sido el del control y la revisión de la ordenanza; en consecuencia, se ha procedido a la estimación del recurso contencioso interpuesto, con resultado de anulación, imponiendo a la parte demandada las costas por un límite máximo de 3 000 € por todos los conceptos.

El primero de los votos particulares se dirige indistintamente a los motivos expuestos en su conjunto y que justifican la anulación de la Ordenanza, manifiesta su discrepancia argumental, compartiendo el fallo de la sentencia mayoritaria. El segundo de los votos particulares, concurrente también, se dirige, entre muchas causas, contra argumentación utilizada sobre la motivación y la proporcionalidad, como criterios de control. Entiende que la Ordenanza resulta viciada significativamente hasta el punto de imponer su revocación, aunque solo en este aspecto.

Resulta interesante que la mayor colisión entre los criterios disidentes se centra en la diferencia dada a los valores ambientales. A los efectos de evaluar la proporcionalidad de las medidas, el voto disidente de las decisiones mayoritarias toma en consideración los derechos a la salud y al medio ambiente, además de los derechos a la movilidad de las personas, la libertad económica, y la libertad de empresa. Por otro lado, porque, a la hora de valorar la proporcionalidad de las medidas, la mayoría atribuye a las mismas un valor menor a la relevancia de los costes que impone la ordenanza; es decir, infravalora el problema de contaminación ambiental para conceder la máxima relevancia a los costes que impone la Ordenanza. A mi juicio no creo que exista un enfrentamiento absoluto ni frente al fallo ni frente a los argumentos de las sentencias en la forma redactada por los ponentes.

En cuanto al control judicial y su intensidad y extensión para enjuiciar la ordenanza los jueces poseían el margen del enjuiciamiento de los hechos, del presupuesto de hecho, la competencia del Ayuntamiento de Barcelona, el control del procedimiento, del fin y de la motivación (sobre los costes, el control de lo puramente técnico les está vedado). En cuanto a lo puramente discrecional, sobre la adecuación, la racionalidad y la proporcionalidad pueden entrar en su modo de obtención, en la verificación de la certeza, en la verificación de su utilización, en los cálculos económicos ciertos, creíbles, eficientes, factibles e implementables para hacer desplegar la eficacia y la eficiencia de la Ordenanza. En cuanto al control del núcleo de la discrecionalidad, pueden controlar la racionalidad, la proporcionalidad, la congruencia, la arbitrariedad y los derechos fundamentales, como límites, además, de la motivación.

El margen de apreciación del tribunal determina el grado de control. El tribunal no ejerce un control sustitutivo, no vuelve a decidir, sino que controla la legalidad de la decisión tomada. Interesante resulta en las sentencias la mención a la jurisprudencia que marca los límites de la potestad reglamentaria, que se fijan en la interdicción de la arbitrariedad establecida en el art. 9.3 de la CE, de forma que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular ni con la naturaleza de las cosas, o la esencia de las instituciones. A partir de ahí, se centran las sentencias en el control de la discrecionalidad o en el control efectivo sobre el modo del ejercicio de la discrecionalidad, a través del procedimiento y la motivación como garantía de que el resultado discrecional final sea razonable y como resultado del cumplimiento de los deberes jurídicos conectados a los principios constitucionales de Buena administración y el derecho a un procedimiento debido; sin que ello suponga la invasión de ámbitos funcionales correspondientes al poder municipal.

La metodología y sistemática utilizada por las sentencias se centra y distribuye de la siguiente forma. Uno, análisis de la ordenanza impugnada. Su justificación. Y derechos afectados por la ordenanza. Dos, competencia municipal. Tres, ámbito del control judicial. Cuatro, tramitación del expediente y forma. Cinco, restricciones objetivas y subjetivas y temporales. Seis, impacto presupuestario económico y social de la delimitación. Siete, conclusiones. El análisis de la forma resulta exhaustivo, así como el del procedimiento.

Sobre la sistemática de las sentencias se puede aplaudir: adelantan el método argumental (ya en la página tercera de la sentencia). Las «afectaciones a los derechos» (en la página cinco) distinguiendo entre «los vehículos que sin distintivo ambiental (viven) en la zona de bajas emisiones». Naturalmente, también a «los profesionales sin tenerlo». La ausencia del informe del interventor y su trascendencia queda también adelantada (ya en la página nueve), aunque su omisión ha sido justificada por el Ayuntamiento «porque no reconoce derechos y obligaciones de contenido económico». En efecto, podría ser así, pero como las generara, si hubiera que indemnizar por las medidas excesivas impuestas, se deja claro ya que no han sido consideradas.

Las conclusiones se formulan claras y precisas (págs. 41 a 45). El escaso número de páginas dedicadas a la memoria económica, a los informes sociales y de impacto presupuestario, se subrayan de entrada. El informe jurídico, que tiene 30 páginas, se manifiesta de entrada, no sin cierta ironía.

En el análisis sobre la competencia municipal, hacen hincapié las sentencias en los derechos afectados. Entre las restricciones y prohibiciones, se centran en las autorizaciones de circulación y en la necesidad de inscribirse en un registro. Hay especial atención a la afectación a la actividad económica y al principio contenido en el art. 38 de la Constitución, el de la libertad de empresa. En el análisis de la proporcionalidad se siguen los criterios de los principios generales del Derecho europeo.

Es de lamentar que las ponderaciones sabias que se tienen en cuenta en la página 14, no se consideren con la misma intensidad por los legistas cuando preparan

la tramitación de normas «para los legisladores correspondientes», en especial, en lo relativo a sus efectos económicos.

Comparto el reproche del primero de los votos particulares en la medida en que resalta que se ha puesto mayor intensidad argumental respecto de los principios y derechos económicos afectados, que respecto de la valoración del problema de la contaminación ambiental. Si bien es también cierto que las sentencias no infravaloran el problema de la contaminación ambiental. Se limitan a establecer la incoherencia de las restricciones impuestas en la ordenanza y la incapacidad e insuficiencia formal del procedimiento para valorar los costes de su puesta en marcha además de la afectación a derechos. Tanto las sentencias como los votos particulares invocan derechos ambientales, aunque sin resaltar en lo que valen otros derechos fundamentales también afectados: integridad física, incluida salud, intimidad, e inviolabilidad del domicilio frente a injerencias inmateriales como humo, polvo, ruido, olores... Sobre ello volveré.

Las sentencias recaídas son parcas en introducir citas de referencias a tratados normas y jurisprudencia; pero eligen cuidadosamente las que citan. Me explicaré. El manejo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es patente, y se muestra incluso cuando se asume la tesis o la teoría del «sacrificio especial» como justificativo del daño que algunos ciudadanos pueden o han podido sufrir respecto de las restricciones impuestas cuando posiblemente traspasen el deber de tolerar. (A estos efectos, la influencia de la doctrina de la Abogada General Kokott es marcada, como ya diré. También es marcada la influencia del Abogado General Bobek en los asuntos C-177/19 y 119/19. Reglamento comunitario sobre vehículos euro 6, Asuntos *Dieseltgate*, en los que desestimó la casación de los municipios de París, Bruselas y Madrid).

En ningún caso cabe decir que las sentencias se comporten, como ahora es la moda utilizar la expresión *ultra vires*, salvadas las distancias, en especial después de la Sentencia de 5 de mayo de 2020, donde el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el asunto del Banco Central Europeo, censura la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En las sentencias se deja suficientemente claro que en ningún momento la protección de los ciudadanos contra la polución ambiental puede quedar en un lugar menor; a lo que se oponen, es a que se efectúe al precio de una restricción desproporcionada de derechos; de la discriminación y de la infracción generalizada del orden jurídico. La prohibición y las limitaciones se han efectuado de una manera tan radical que podrían quedar sin utilidad vehículos privados al privarles de su uso y afectando a decenas de miles de vehículos sin etiqueta ambiental en Barcelona. Comparto estas tesis y estoy de acuerdo en que se han ignorado posibles medidas menos restrictivas, tales como suelen ser las previsiones de estacionamiento, restricción horaria de acceso a vehículos determinados, acceso de vehículos concretos a la zonificación por franjas horarias, o el condicionamiento de la circulación, o el número de personas ocupando los vehículos. Incluso los peajes ambientales, o de descongestión, o al menos, analizando su posible cobertura legal.

En fin, los jueces no han renunciado a la defensa y protección de los derechos fundamentales; tampoco han dado respuestas superficiales; de haberlo hecho, hubieran permitido que la autoridad administrativa expandiese su potencial más allá de las competencias atribuidas. Las sentencias han cuidado los argumentos jurídicos, los económicos, los procedimentales, la motivación y la proporcionalidad. Han aplicado principios meteorológicos reconocibles. No se razona desde argumentos futuribles o escatológicos. Tampoco utilizan principios apasionadamente creativos. Cuando hay derechos fundamentales implicados, saben que la interpretación sutil obliga antes que la letra del derecho material. Y de eso son conscientes los jueces. No hacen de *Richter als Kunstler*...

La Ordenanza tiene efectos extraterritoriales. Aunque no lo apunten expresamente, los jueces son conscientes de ello. ¿Podían haber elegido la solución de una invalidez/nulidad parcial, al modo de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso del Plan de acción territorial de la infraestructura verde del litoral de la Comunidad Valenciana (PATIVEL)? Pues es muy difícil de responder esta pregunta. En el caso del PATIVEL, el Tribunal Supremo salva el instrumento de planificación y devuelve los autos al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya Sentencia de 18 de marzo de 2021 había declarado nulo el PATIVEL, para que se pronuncie de nuevo sobre su contenido material respecto del informe y evaluación del impacto de género. Pero no parece tratarse del mismo supuesto de hecho ni de la misma situación procesal (no se incluía un informe de impacto de género en el caso del Plan Litoral que había sido aprobado por *Decret del Consell* en 4 de mayo de 2018).

En el caso de Madrid, los jueces del TSJM, en las Sentencias de 27 de julio de 2020, procedieron a declarar la nulidad parcial de la ordenanza homóloga: tan solo declaran nulos los preceptos que afectan a Madrid–Central (arts. 21 a 25 y disposición transitoria III). Al no haberse admitido el recurso de casación por el déficit en la memoria y en el cálculo de costes, ha quedado anulada la Ordenanza tan solo en lo referente al Madrid–Central.

¿Podían los Jueces del TSJC haber declarado la nulidad parcial atendiendo a la doctrina sentenciada por la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo fijada para los planes de urbanismo en aquellos supuestos en que el vicio apreciado para la declaración de nulidad puede individualizarse respecto de un determinado ámbito territorial del plan o concretas determinaciones, sin que tenga relevancia alguna respecto del resto de ese ámbito territorial? Es decir, declararse la nulidad respecto de esas concretas determinaciones, sin que ello autorice a considerar la nulidad de pleno derecho subsanable con la retroacción del procedimiento. La Sentencia del TS 569/2020, de 27 de mayo, explica que, en los supuestos de que se trate de omisiones de trámites, en especial de informes preceptivos, los efectos no son la nulidad de pleno derecho con carácter absoluto por lo que afecta al plan en su totalidad.

En el caso de la Zona de Bajas Emisiones no se trata de falta de informes o de dictámenes, ni de participación. Se trata de la insuficiencia de los informes existentes,

y de que éstos, siendo informes técnicos, están apoyados en datos no actualizados sobre los que existe una real dificultad para ser lanzados en fase de prospectiva y llegar al cálculo de lo que serían los datos existentes en la realidad; cosa que tampoco sería competencia del juez.

Con elegancia, pero con ironía, en la página nueve de la Sentencia, capítulo relativo a la «tramitación de la ordenanza: aspectos formales», se lee que el informe de necesidad contiene seis folios, la memoria general contiene ocho folios, la memoria de impacto económico contiene dos folios, y se denomina memoria de impacto económico y social; la memoria de evaluación del impacto normativo contiene dos folios y la memoria de impacto presupuestario y fiscal solo dos folios; el informe de impacto de género contiene ocho folios. El informe jurídico se contiene en las páginas 236–251. Considero, pues, que declarar una nulidad parcial, no hubiera sido jurídicamente admisible.

3. SOBRE LOS DERECHOS Y LIBERTADES AFECTADOS

Hablar sobre los derechos afectados sería hablar sobre su ponderación en la Ordenanza, en las sentencias e, indirectamente, sobre la proporcionalidad. Mas, merecen un tratamiento aparte.

Están implicadas en la ejecución de la ordenanza, la libertad de empresa y la libertad económica; la movilidad de las personas que ejercen actividades económicas; la movilidad de las personas a título particular; y todas aquéllas que padecerán un efecto directo o indirecto debido a las medidas y restricción de la Ordenanza.

Puede añadirse que están implicados derechos fundamentales afectados por la calidad del aire y por la contaminación: a saber, la salud, la vida, la integridad física, la intimidad, y la inviolabilidad del domicilio frente a injerencias no materiales o in-materiales, como ruidos, olores, *electrosmog*... Así lo declaró hace más de dos décadas el TEDH en los casos López Ostra y Moreno Gómez.

Es cierto que en la Constitución no se mencionaban los ahora llamados «nuevos derechos», como son los derechos digitales, y los derechos ambientales, por poner dos ejemplos. Pero han de ser extraídos éstos por los jueces como adaptación a la realidad y por la naturaleza de las cosas (como argumentan las sentencias recaídas con cita a la del TS de 19 de octubre de 2020).

En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2001 (290/2000), se dice expresamente que los referidos nuevos derechos han de incluirse en el catálogo de Derechos Fundamentales, que el catálogo ha de ser completado por los jueces, y que los jueces han de incorporar derechos que en la Constitución no figuran al ser producto del avance tecnológico que ha forzado a extraerlos. Su incorporación da mayor seguridad jurídica en defensa de la libertad. Estamos hablando de derechos como el derecho al olvido, o el derecho a la conexión de Internet, el matrimonio entre personas de igual sexo, la eutanasia, y algunos otros que, por ahora, se

cuestionan todavía. La base de todos ellos es la dignidad humana y de la persona, que consagra su iniciativa privada, no solo la pública, y exigen la conciliación de ambos intereses como parte de la evolución económica y del Estado social y económico. El ejemplo más reciente es el del derecho al olvido, creación de la tecnología, cuyo contenido se conecta con la realidad tecnológica social.

A mi entender, la mención a esta nueva categoría de derechos hubiera reforzado el juicio integrado de proporcionalidad que hubieran podido efectuar los jueces, tanto si se formula éste con presupuestos germanos, como si se acompaña de argumentación anglosajona. Cuando se argumenta que no pueden ignorarse derechos para beneficiar otros derechos, han de tenerse en cuenta aquéllos que afectan a la economía y, especialmente, los que afectan a la persona, a su vida y a su integridad (los derechos de libertad de primera generación). En conclusión, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en los derechos (fundamentales o no) deben compensar los sacrificios que imponen a los titulares de otros derechos en beneficio de la sociedad. Con la particularidad de que la intensidad de la protección es distinta si se trata de los derechos económicos, o de los derechos que afectan a las personas, con contenido de derechos fundamentales. Ese parece ser el sentir del primero de los votos particulares cuando reprocha la importancia dada en la Ordenanza a los derechos económicos y a los costes económicos, en detrimento de la argumentación sobre la calidad del aire y la calidad de vida.

Llamaré atención sobre el proceso que pende, C-61/21, demanda de responsabilidad contra el Estado francés por la contaminación del aire, y sobre las Conclusiones de la Abogada General Kokott. A su juicio, el primer requisito es que «los valores límites establecidos en las Directivas de la Unión para los contaminantes en el ambiente y en el aire ambiente y las obligaciones de mejora de la calidad del aire tienen por objeto conferir derechos a los particulares». La finalidad de estas disposiciones, que son claras, consiste en proteger la salud humana. Esa es la finalidad principal de la norma. Según la Abogada General, se está atribuyendo un derecho subjetivo a los particulares en momentos concretos de exceso de contaminación, en particular, cuando la contaminación afecta sobre todo a determinados grupos de personas que residen o trabajan en zonas particularmente contaminadas. Argumenta, también, que la superación de tales valores es una violación caracterizada de las normas relativas a la protección de la calidad del aire y, en opinión de la Abogada General, dicha violación comprende todos los periodos durante los cuales se han superado los valores límite vigentes sin que se dispusiera de un plan de mejora de la calidad del aire que no presentase deficiencias manifiestas. Si se llegase a probar una relación de causalidad directa entre la violación caracterizada de las normas relativas a la calidad del aire y los daños concretos a la salud, lo que habría de ser demostrado, el perjudicado, una vez acreditado y probado el perjuicio que se pueda asociar a la correspondiente contaminación del aire, tendría derecho a una indemnización por los daños causados a su salud. Lo importante de las argumentaciones de la Abogada General no es solo lo que afecta a la reparación y a la responsabilidad del Estado francés, sino a la argumentación de que «a los particulares se les se les atribuye un derecho subjetivo a través del derecho objetivo que establece los valores límite en las directivas de la UE».

A todo esto, hay que añadir que, en el 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había declarado ya que en la aglomeración de París se habían superado los valores límite de dióxido de nitrógeno desde el momento en que pasaron a ser obligatorios desde el año 2010. El Consejo de Estado francés había comprobado que sus valores límite se habían superado de manera continuada en París hasta el año 2020 y que los valores límite de PM 10 (partículas) se habían superado hasta 2018 y 2019. El Tribunal de apelación de lo Contencioso–Administrativo de Versalles, que conocía el asunto, ha planteado al TJUE la cuestión de «si los particulares pueden reclamar al Estado un resarcimiento por los daños a su salud causados por el incumplimiento de los valores límite de la Unión y, si es así, con qué condiciones».

Lo que nos interesa de todo este hilo argumental es, si, ciertamente, el derecho conferido a los particulares en las normas que establecen valores límite para los contaminantes en el aire constituye un derecho a la calidad del aire, o forma parte del conjunto de derechos que irradian del derecho a la vida y a la integridad física. Si ha pasado de ser un mero derecho ambiental para convertirse en un derecho fundamental con perfiles propios. Y, aunque ésta sea una cuestión teórica no puede dejar de reconocerse que merece más lujo argumental que el que se otorga en las sentencias a las cuestiones económicas, como la libertad de empresa y al ejercicio de actividades económicas y profesionales. Si bien, a nuestro entender, el aporte argumental que se echa en falta no hubiera desarrollado su potencialidad, dados los vicios en la tramitación de la Ordenanza que llevan a los jueces a su anulación solamente por cuestiones formales.

Entiendo, en un discurso teórico, que puede haber lesión al derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad al domicilio procedente de injerencias ambientales y que, como tal, hay que darle protección y efectividad. Exactamente igual que el ruido o la contaminación por olores afectarían a la inviolabilidad del domicilio, sin ser «la patada en la puerta» o la irrupción en el domicilio por la fuerza y sin mandamiento judicial, de no darse la condición de la flagrancia. Pragmáticamente, sin embargo, han entendido los jueces que «la impugnación no afecta tanto a la legitimidad para la intervención... sino al ajuste... con el concepto de «Zona de bajas emisiones...» y al alcance de las medidas de intervención... En esa perspectiva resulta necesario, partir de los derechos afectados por la ordenanza...».

Entran en conflicto la libertad de empresa, la libertad económica, la libertad empresarial del transporte, la libertad comercial del transporte, la de circulación en general y la movilidad, frente a los derechos a la vida, a la integridad física, a la inviolabilidad del domicilio, a la protección frente al ruido, olores, gases y humos procedentes de los vehículos, especialmente, de aquellos sin distintivo ambiental. En conclusión, si los vehículos sin distintivo ambiental pueden sufrir la restricción de no circular en horarios laborables, acceder, o salir de la ZBE (al parecer son el 55 por ciento de los vehículos; los de gasolina anteriores al 2000, y los de diésel anteriores al 2006). Los propietarios de los vehículos mencionados sufren el mayor impacto económico, pues la prohibición de circular priva de utilidad al vehículo, y si, además de ser residentes fueran empresarios, comerciantes o profesionales, estos últimos incurrirían en riesgo de incumplimiento de sus contratos y compromisos al no poder desplazarse. En

cualquier caso, habrían de cambiar de vehículo para trabajar, no solo para desplazarse (en la memoria de impacto se lee que el impacto por ello es negativo gracias a los salvoconductos, y el Registro de vehículos excluidos). ¿En qué queda la cosa?, ¿han de eliminarse por contaminantes o continuarán contaminando provistos de permiso?

En cualquier caso, las ZBE han limitado los derechos anteriormente referidos, derechos de diversa naturaleza, hasta el punto de amenazar o hacer desaparecer el contenido del derecho. Ni interpretando in *dubio pro natura* tales ablaciones, de haber tenido cobertura legal, podrían ser impuestas, sin ser compensadas. La mayor parte de los titulares de los vehículos mencionados son de capacidad económica no alta.

La razón es palmaria: existen derechos subjetivos a que las Administraciones dicten medidas de mejora de la calidad del aire, efectivas y suficientes desde junio de 2010, fecha límite de la transposición de la Directiva 2008/50/CE y a respirar aire por debajo de los límites que allí se marcan.

4. EL RIESGO DE TRAMITAR ORDENANZAS ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO Y AL REGLAMENTO (FUTURO) POR EL QUE SE REGULARÁN LAS ZONAS DE BAJA EMISIÓN. LA INDETERMINACIÓN DE LAS NORMAS

La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, y su Reglamento, establecen un marco para la cooperación interadministrativa; su objetivo son las instalaciones contaminantes; regulan el planeamiento futuro, y, en su art. 16.4, enumera la Ley las competencias municipales de «restricción total o parcial de tráfico y de los vehículos más contaminantes y su circulación por ciertas zonas». Ambas eran las normas básicas para enmarcar la respuesta a los problemas de contaminación atmosférica. La Ley 34/2007 apuntaba la necesidad de una ley de movilidad sostenible... que no se ha llevado a buen término todavía. La Ley 34/2007 define lo que es Zona (parte del territorio delimitado para la evaluación y gestión de la calidad del aire). En el art. 4.4 establece el deber de las Entidades locales de adaptar sus ordenanzas.

El Real Decreto Legislativo 6/2015, de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en su art. 7g) menciona las restricciones de circulación por motivos ambientales.

La Ley 33/2011, General de Salud Pública, en su art. 27.2, otorga competencias a los Ayuntamientos con base a motivos ambientales. En especial, el control sanitario del medio ambiente en materia de contaminación atmosférica. La *Llei 15/1990 d'ordenació sanitària de Catalunya*, relaciona en el art. 68, también las competencias de los Ayuntamientos enfocadas al control sanitario del medio ambiente, contaminación atmosférica, e industrias.

La Carta Municipal de Barcelona, en sus arts. 102 y 103, otorga competencias en la prevención y el control de la contaminación. Y la Ley 1/2006, de Régimen Espe-

cial del municipio de Barcelona, en el art. 19.1*a*), se refiere a limitaciones temporales o permanentes por razones de medio ambiente.

Podría añadirse la Ley 37/2003 del Ruido. Y, por encima de todas, la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su art. 25.2. *b*), *g*) y *j*), que prevé actuaciones en materia de contaminación atmosférica, movilidad del tráfico y protección de la salubridad pública.

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, constituye la base normativa para la delimitación de las Zonas de Bajas Emisiones. Se mencionan las ZBE en sus arts. 14.3, 18 y disposición final séptima. La Ley 7/2021, como es sabido, tuvo una larga tramitación de casi cuatro años. (En abril de 2022, se ha comenzado a tramitar el proyecto de Real Decreto por el que se regularán las Zonas de bajas emisiones). Ninguna de estas disposiciones estaba vigente cuando se inicia la tramitación de la ordenanza. Las expresiones de la Ley 7/2021 no son determinantes; es Ley de resultados, las medidas que se han previsto no son tales, sino finalidades. En la Ley hay criterios, no hay reglas ni restricciones claras, ni mención a derechos afectados. La remisión genérica al desarrollo reglamentario sería cuestionable (si se compara con un Plan de urbanismo, según la leyes del suelo, se comprueba cuán vagas son sus determinaciones).

La Ordenanza de Barcelona ha impuesto numerosas limitaciones, restricciones y prohibiciones que no todas parecen estar cubiertas por las leyes de calidad del aire, régimen local, salud, tráfico, etc. Prohibiciones y restricciones de acceso no son solo pérdida de utilidad de un vehículo; representan pérdida o disminución de un objeto, o expropiación del uso de un objeto, cuya privación debería tenerse en cuenta (cálculo, cuantificación, compensación).

Anticipadas conclusiones de todo lo anterior serían:

1) El Ayuntamiento de Barcelona estaba habilitado para adoptar medidas sobre calidad del aire por la Directiva 50/2008/CE, desde junio del 2011, fecha límite en que debió ser traspuesta. O, por la Ley 34/2007. No hubiera hecho falta esperar a que la Ley 7/2021 mencionase lo que son las ZBE.

2) Los derechos subjetivos a respirar con nivel de calidad, bajo los límites de la Directiva, nacen desde el momento en que transcurre la fecha de transposición sin haberse llevado ésta a cabo.

3) La habilitación legal de las ZBE podría ampararse en las directivas y en la Ley 34/2007.

4) La cobertura para adoptar las restricciones, totales y parciales debe buscarse en el Derecho interno, en normas generales y sectoriales en función de los derechos afectados. La Ley 34/2007 habla de restricciones totales y parciales de circulación de tráfico y de los vehículos más contaminantes y de su circulación por ciertas zonas. ¿Cómo y cuáles? ¿Interpretación restrictiva? ¿La medida menos restrictiva? ¿Ciertas zonas solamente? ¿Los vehículos más contaminantes? ¿Prohibiciones totales o parciales de tráfico? ¿Lo total o parcial no ha de ser temporal? ¿La restricción es para los vehículos? ¿Es para actividades? ¿La justificación, es la superación de los valores límite en las Zonas marcadas?

5) Para la restricción máxima de la ZBE de Barcelona según la Ordenanza es dudoso que exista cobertura; incluye, indirectamente, la restricción del ejercicio de la actividad económica, empresarial, profesional e incluso la movilidad personal de los residentes sin actividad comercial.

6) La restricción ha de tener por objeto el vehículo, no la actividad.

7) De mantenerse la restricción tal y como está, se originaría un sacrificio especial por la intensidad de la afectación. Las medidas transitorias no lo compensan y, además están impuestas en perjuicio de la calidad del aire puesto que los vehículos más contaminantes continuaran contaminando.

8) La motivación, la ponderación del sacrificio de derechos, su necesidad, la extensión y la intensidad de la limitación y su necesidad, y su proporcionalidad han de justificarse por la Administración que las imponga.

El Reglamento, actualmente en preparación, desarrollará el apartado tres del art. 14 de la Ley 7/ 2021, que es hoy la ley que constituiría la base regulatoria y la reserva formal y material para la intervención en los derechos, y libertades, o derechos a la libertad de empresa. Pero la intervención en los mencionados derechos necesita una norma con rango de ley dónde, además de ser identificadas, se establezcan sus limitaciones por razones de calidad del aire; una norma habilitante suficientemente clara. De lo contrario, ni una disposición de carácter general o una ordenanza serían título suficiente para imponer restricciones como las que en la Ordenanza de la Zona de Bajas Emisiones de Barcelona están contenidas. Ya sabemos que el título habilitante que la Ordenanza invoca es el de la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera; el de la Ley General de salud pública 33/2011, y el del Real Decreto Legislativo 6/2015, texto refundido de la ley sobre tráfico y circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Por supuesto, invoca también las normas de régimen local, que considera que amparan su competencia.

La futura Ley de movilidad sostenible dará cobertura a las tasas/cánones/prestaciones patrimoniales no tributarias, y habilitará al Ejecutivo para la planificación, definirá derechos cuyo contenido ni limitaciones determina de forma precisa. Sin embargo, por ahora, no se lee en esta norma cuál es la intensidad de la restricción cuya imposición se prevea, ni sus compensaciones.

Ya se ha dicho que, en la actualidad, el Ayuntamiento está tramitando una nueva Ordenanza con mayor participación y adaptada a la Ley de cambio climático. Sin embargo, podrán seguir circulando los vehículos sin distintivo ambiental según cual fuere su dedicación y cuyos titulares se encuentren por debajo de un cierto nivel de ingresos; marcará nuevas exenciones. Se otorgarán autorizaciones diarias todos los días cada año «para los coches sin etiqueta». Moratorias para titulares que se encuentren a menos de cierta edad de la jubilación... ¿Se ajustarán esas nuevas condiciones a las reglas de protección de la atmósfera y el aire? O, ¿son contrarias a los límites y tiempos de las Directivas UE?

Existen, además, otros obstáculos y otros problemas respecto de la cobertura legal de las medidas: las remisiones no determinantes de las leyes a los reglamentos y éstos

a las ordenanzas, cuando la Ley no ha previsto con claridad las medidas. Es decir, las remisiones a remisiones en la delimitación de Zonas de Bajas Emisiones.

Aunque tal cuestión parecería desbordar ahora el ámbito de este análisis, se va a aludir a ella. De acuerdo con la tesis de la Abogada General Kokott ya expuesta, la Directiva 2008/50/CE relativa a la calidad del aire, por cuyo incumplimiento se ha abierto causa a España ante el TJUE en 24 de marzo de 2020, dado que su fecha de transposición terminaba en junio del 2010, otorgaba derechos subjetivos a la ciudadanía a respirar por debajo de los límites de calidad marcados. Y, solo por esa razón el Ayuntamiento de Barcelona podía dictar una ordenanza usando los mandatos y criterios de la Directiva, pero usando las restricciones bajo la cobertura de la reserva legal vigente en el derecho interno. Es decir, respetando la reserva formal de ley para las definiciones, limitaciones, limitaciones y restricciones de derechos. Y mejor aludir a un ejemplo actual que podría servirnos para reflexión.

Por aludir a un caso similar. El Tribunal Supremo cuestionó la constitucionalidad del art. 7.2 de la Ley 13/2011, de regulación del juego, de 27 de mayo; como es sabido prohíbe determinadas formas de publicidad del juego; pero puede ser contrario a la reserva de ley del art. 53.1 de la Constitución. Es poco explícita su redacción. Si así fuera, deja de ser garantía por remitirse al reglamento. En efecto, el Real Decreto 958/2020, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, va más allá de lo habilitado por la Ley, que es excesivamente genérica y no regula la limitación ni las condiciones de la limitación de la libertad de empresa, remitiéndose al Reglamento. Así, el Tribunal Supremo ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Supremo conoce perfectamente que la libertad de empresa no es un derecho fundamental, pero «sus límites y condiciones» han de estar expresados por la ley o por norma reglamentaria suficientemente adecuada y habilitada”. Este temor no es irracional aplicado a la Ley de cambio climático, al Reglamento en preparación, y a la Ordenanza que establezca la zona de bajas emisiones (anterior o posterior a la normativa citada). La Ley 7/2021 ha debido de establecer límites, contenidos y condiciones y respetar el contenido esencial de los derechos. Y, la crítica generalizada, a la que me sumo, se inclina hacia la vaguedad de sus postulados.

Las sentencias del TJSC dan a entender que se pone en duda la constitucionalidad material de algunas de las restricciones de la Ordenanza, pero no entran en ello al declarar su nulidad por motivos de forma. Los recurrentes de la Plataforma de afectados se inclinaban por la inconstitucionalidad de la Ordenanza por inobservancia del principio de legalidad, material, añadiría yo. La Ordenanza ZBE, por mucha naturaleza y legitimidad democrática que posea, tiene sus límites en la imposibilidad de imponer restricciones a derechos y libertades que no se encuentren contenidas en ley formal. No puede «crear Derecho», por muy motivada y necesaria que estuviese o fuera la creación.

5. SOBRE LA TÉCNICA NORMATIVA Y SU INCIDENCIA EN LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Los arts. 129 y siguientes de la Ley 39/2015 establecen los principios de buena regulación aplicables al procedimiento administrativo común. Ya es sabido que por mor de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, estos principios alcanzan a las Administraciones locales, en los términos allí expresados.

Por si fuera poco, el Ayuntamiento de Barcelona elaboró unas normas que fueron aprobadas por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona el 15 de abril de 2015, y publicadas el 14 de mayo de 2015, denominadas Directrices para la elaboración de las normas municipales. Se destacaba especialmente en ellas la elaboración de memorias de impacto normativo como instrumento para evaluar los efectos de la nueva regulación; y dentro de la memoria de impacto normativo, se fijaba la necesidad de elaborar análisis de impacto normativo y social para evaluar los costes y beneficios que implica el proyecto de disposición para sus destinatarios y, especialmente, la realidad social y económica, incluyendo el efecto sobre la competencia, así como la detección y medida de cargas administrativas. Como se dice en las sentencias del TJSC, las Directrices, ni son vinculantes ni se puede prescindir de ellas, «porque integran la parte nuclear del expediente de elaboración de normas municipales en cumplimiento de los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficacia en la toma de las decisiones».

Hay que mencionar también, la Ley 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en lo referente a la evaluación de gastos; y no solo en relación con la unidad de mercado, Ley 20/2013, sino también en relación con el acceso a las actividades de servicio, la Ley 17/2009.

En conclusión, lo que representan el art. 129 y siguientes de la ley procedimental para las disposiciones de carácter general de las Administraciones públicas en la Ley 39/2015, representan las Directrices para el Ayuntamiento de Barcelona. Aunque, esencialmente, está el Ayuntamiento ya vinculado por las normas de la ley de procedimiento, 39/2015, se ha auto vinculado, además, por sus propias Directrices. Por ese motivo, debería de haberse realizado el estudio de impacto económico y social de forma que permitiese ver la realidad por sí misma, antes de efectuar las restricciones y la delimitación que el Ayuntamiento se ha propuesto. Debería haberse tenido en cuenta la realidad social y efectuar, conforme a la realidad de las cosas, los cálculos necesarios y manteniéndolos actualizados en tanto se tramitaba el procedimiento. Con mayor motivo y con mayor razón, puesto que la Ordenanza comenzó a tramitarse a la par que veía la tramitación la Ley de cambio climático.

Esa es una razón de peso que se avanza ya para señalar que no van desencaminadas las sentencias en su fase argumental cuando inciden y ahondan dentro de los aspectos formales, en los aspectos presupuestarios, de costes, etc. Aunque no les dieran relevancia anulatoria de pleno derecho, porque la omisión de trámites no es total y absoluta, sobre ellos (informes, análisis, etc.) se apoyan el valor de la realidad social

y los cálculos sobre los que van a recaer las restricciones impuestas a los vehículos en beneficio del medio ambiente.

Para enjuiciar tales defectos, ponen las sentencias en relación las restricciones establecidas por la Ordenanza tanto objetivas como subjetivas y temporales; los vehículos afectados por la ordenanza, la progresividad de los vehículos afectados; los vehículos excluidos; las medidas establecidas de prohibición de circulación; las medidas alternativas o menos restrictivas; el alcance temporal y las medidas transitorias (y el régimen transitorio de las furgonetas, camiones, autobuses y autocares, además del régimen transitorio de los vehículos de turismo profesionales y autorizaciones de acceso).

Pues bien, la valoración de los estudios y análisis efectuados concluye en que no se parte de datos actualizados del parque móvil afectado; aunque el distintivo ambiental elegido puede servir de referencia razonable al establecimiento de restricciones. Ello, no obstante, el distintivo elegido de la Dirección General de Tráfico 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 las zonas prohibidas se condiciona a la capacidad económica del titular para proceder a la adquisición de un nuevo vehículo con distintivo ambiental, lo cual no resulta ponderado en el procedimiento de elaboración de la ordenanza. Solamente esta observación es esencial para concluir que la realidad social no ha sido contemplada con respecto al sacrificio que se impone ni a sus costes respecto de un valor inmaterial como es el valor de la calidad del aire. Eso sucede en el caso de los vehículos profesionales, y el efecto limitativo que se proyecta respecto a colectivos empresariales de menor capacidad económica, como son los autónomos. La progresividad supone un condicionamiento más intenso todavía a la hora de decidir la renovación en especial respecto del antiguo, y la posibilidad de renovarlo mediante la adquisición de un vehículo nuevo o seminuevo de mayor coste económico. Es obvio que la Ordenanza no incide igualmente en los titulares de los vehículos, sino que castiga particularmente a los titulares de menor capacidad económica (ideas estas todas estas que se toman parcialmente apoyadas en el texto de las sentencias).

Opinión y criterio propio en puros términos de técnica normativa. Se ha omitido por parte de los proyectistas que elaboraron la Ordenanza la adaptación a la realidad, además de las repercusiones de la normativa en relación con esa realidad. Se ha omitido identificar claramente la realidad a través de la identificación de la necesidad a cubrir; se ha omitido favorecer un marco normativo de certidumbre para ajustarlo a la realidad que se regula. Se ha regulado mediante la imposición de mandatos y restricciones no siempre adecuados y exactas, puesto que no se han evitado aquellos efectos innecesarios y accesorios.

El desajuste a la realidad ha afectado a la efectividad de la participación. Los derechos ambientales no han sido conocidos por los ciudadanos, a favor o en contra de la Ordenanza, dado que las bases de datos, cuantificaciones, estadísticas, etc. no estaban actualizadas. Por ello, fallará la motivación y los cálculos de proporcionalidad. No solo se infringe la Ley 27/2006, de participación e información ambiental, el acceso

a la información etc. No hay participación auténtica apoyada en bases inciertas, no certeras, hipotéticas, caducadas, no actualizadas (me referí a ello en un análisis de técnica normativa de la Ley 39/2015, que publiqué en la REDA núm. 182, 1/2017).

Hay que operar con un margen de certidumbre; hay que partir de un presupuesto fáctico estable y además reconocible. Identificable. Para establecer semejantes restricciones no puede atenderse a presupuestos sobrevenidos. Tampoco se puede partir de presupuestos imprevisibles, hipotéticos, ya que el riesgo de un presupuesto aún no existente, aunque probable, a partir de evidencias presentes, no facilita datos exactos. En todo caso, la realidad, lo fáctico, exacto, defendible, no vagamente perceptible, requiere datos y cálculos exactos. En este caso, los de población, número de vehículos y situación de los titulares. El cálculo de mayor trascendencia es el de la delimitación de las zonas y su racionalidad y proporcionalidad. La prueba de que no ha sido así es que en la tramitación de la nueva Ordenanza que sustituirá a la anulada se ha procedido a reducir drásticamente la extensión de Zona de bajas emisiones.

No era deseable que el Ayuntamiento hubiera usado la opción cero. Tampoco hay que pensar que debió de haber esperado a la entrada en vigor de la Ley de cambio climático, ya que la normativa interna nacional anterior sobre calidad del aire y la propia normativa europea le permitían y le habilitaban para la delimitación. Aunque no amparaban todas las medidas. A cambio, sí que cabría esperar que en la elaboración de la norma se hubiese tenido en cuenta alguna medida alternativa, o se hubiera tenido en cuenta la efectividad de otra tipología de medidas menos restrictivas respecto de los vehículos, como horarios, alternancia diaria para vehículos «de edad mediana», alternancia semanal, número de ocupantes, situaciones personales, situaciones profesionales, situaciones familiares, valorar peajes ambientales, etcétera.

De manera secuencial, el falsamente e incorrecto calibrado de la realidad social o, al menos, el no analizado profundamente estatus de la realidad social afecta al impacto presupuestario al económico y social de la ordenanza.

Tanto afecta para el Ayuntamiento como para los «afectados por las restricciones». El coste económico de la implantación de la zona no ha tenido el cálculo de las personas que han de soportar sacrificios especiales derivados de la implantación de la ordenanza, bien sean personas particulares o administraciones públicas las afectadas.

Como dicen las sentencias, el ahorro de costes se menciona sin que haya estimaciones o cálculos que correspondan exactamente. Ni los relativos a la salud. En el estudio del coste económico de la implantación de la zona de bajas emisiones no se incide en el coste económico que puede recaer sobre el Ayuntamiento por el daño causado respecto de profesionales o personas que tengan que sufrir o a las que se les pueda exigir un sacrificio especial; (recordaremos de nuevo la posición del Abogado General del TJUE en el pleito relativo al Reglamento comunitario sobre mediciones y límites de emisiones de vehículos). Tampoco se consideran las consecuencias económicas para los propietarios de vehículos sin distintivo ambiental.

En el impacto sobre la competencia y en el mercado, solamente se prevé la moratoria; no otros costes. Consta un informe del RAC pero no es un estudio de com-

petencia. «El paso al coche eléctrico se retrasa y es incierto». Cualquier alternativa es cara. La moratoria parece un placebo. En la fase de información pública se señala que no hay alternativas, ni siquiera de mercado. No se han analizado; que no es lo mismo. No se han valorado otras medidas limitativas alternativas. Ni siquiera otras medidas alternativas menos restrictivas. Con lo que tampoco se han valorado las consecuencias sociales de las impuestas.

Al elaborarse la Ordenanza se ha procedido como se suele proceder con la elaboración de los proyectos de Ley: muy superficialmente. Pero olvidando que la fuerza que tiene la ley para instalarse el ordenamiento, a pesar de sus defectos de técnica normativa, no la posee una ordenanza. Con ello me ratifico en mi posición inicial: considero dudoso que se hubiera podido proceder a una declaración de invalidez parcial (como parecía indicarse en el segundo de los votos particulares).

6. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD

Hay que rectificar a tiempo. La Ordenanza que se tramita en sustitución de la anulada ha reducido drásticamente el perímetro. Se ha reconocido la falta por el propio autor. Además, ahora ya no incluye L'Hospitalet, Sant Adrià de Besòs, parte de Cornellà, parte de Esplugues de Llobregat, aunque se sigue dejando fuera el Puerto de Barcelona.

En la Ordenanza se adoptan medidas cuantitativa y cualitativamente no adecuadas y los presupuestos y elementos de la proporcionalidad son la: idoneidad, necesidad, y ponderación.

1) Idoneidad: que la acción sea idónea y adecuada al fin propuesto. Los jueces lo analizan, usando su *self-restraint*. Concluyen que no se da en todos los casos.

2) Necesidad: existen normas y reglas que otorgan valores de protección y exigen conductas y comportamientos a las Administraciones públicas. Pero entre ellas ha de buscarse la menos onerosa (para ello, y en materia de medio ambiente, resulta oportuno recordar la sentencia TJUE relativa a los envases con fianza, tal y como expresan las sentencias).

3) Ponderación: lo que equivale no solo al correcto uso de la discrecionalidad; también de su legitimidad; estos son principios estándar ya unificados por la doctrina.

Deben añadirse, además: la consideración de la legitimidad constitucional del objetivo, la adecuación de las medidas, y la ponderación de los principios constitucionales en juego. El juicio integrado de proporcionalidad es el más riguroso porque es el único que engloba los presupuestos germanos y anglosajones del control de proporcionalidad. Se compone de considerar el balance de la ponderación. 1) No pueden ignorarse derechos para beneficiar otros derechos. 2) Las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho deben compensar los sacrificios a otros derechos que imponen a los titulares y para la sociedad. 3) Es preciso contraponer medidas y derechos afectados, pues, en ocasiones, la imposición de sacrificios puede

no ser contraria al principio de proporcionalidad; aunque de ignorarse o eliminarse derechos deba de preverse su compensación.

Valorar el juicio de la ponderación de proporcionalidad es operación que debe efectuarse en la tramitación. Así se dice en las sentencias. «Que exista un procedimiento pendiente ante la Comisión Europea justifica una intervención municipal urgente, aunque no necesariamente determina la validez del modelo de planificación de la ordenanza, mayormente cuando no actúa sobre el principal foco de contaminación de Knox que es el puerto. Existía una situación de descenso de contaminación que se había producido por la introducción de diferentes mejoras de la calidad del aire, aunque existen dos zonas donde sistemáticamente se superan los valores. En el procedimiento no se han ponderado estos elementos al partirse de datos no actualizados y al cambiar lo que era un modelo de intervención episódica por contaminación en una situación estructural o permanente».

Ello no obstante, en la decisión de la Sala y en el fallo, pesan mucho más los argumentos de que no se cumplen los requisitos de adecuada motivación; que no se realizó un análisis suficiente de las alternativas y no se efectuó suficientemente el análisis de costes y beneficios. Y lo justifican así los jueces. «La existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan el ejercicio de la potestad reglamentaria no impide el control judicial efectivo sobre los fundamentos en que se asienta la disposición 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, en modo alguno, el juez sustituya la ponderación administrativa, sino que garantice que la misma se ha producido efectivamente. «Los vicios sustanciales en la elaboración de la norma exigen que el control efectivo arrastre la nulidad de la ordenanza».

En la decisión de las sentencias no aparece como única razón la de la proporcionalidad, sino la de no haber llegado a la convicción de que la Administración ha mostrado actuar con proporcionalidad, ponderación y motivación suficiente. «Se ha delimitado una Ciudad de Bajas Emisiones; no una ZBE de una ciudad». Lapidaria declaración de las sentencias.

La cuestión relativa a lo que sucederá con las sanciones impuestas de acuerdo con la Ordenanza anulada no va a ser motivo de este análisis. Reconozco que es un problema no menor. Como tampoco lo será el de las peticiones y reclamaciones de indemnización responsabilidad patrimonial por daños que, de haber actuado con rigurosidad formal, no lo serían.

7. SOBRE EL SACRIFICIO ESPECIAL

Uno de los recursos contencioso-administrativos interpuestos, el de la Asociación de Padres de Familia, reclamaba directamente los daños y perjuicios que padecían las familias numerosas por causa de la Ordenanza y por el hecho de no poder trasladar a sus hijos al colegio al carecer de movilidad después de las ocho de la mañana. Enten-

dieron, y así también lo entendió la Sala, que la Ordenanza ignoraba la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020 sobre la jurisprudencia comunitaria «las restricciones impuestas por los Estados miembros han de cumplir los requisitos de proporcionalidad derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en sus Sentencias de 11 de junio de 2015, caso C-98/14, apartado 64; y de 23 de diciembre de 2015, caso C-293/14, apartado 65)». Tal aseveración es recogida, en efecto, en la Sentencia en cuestión (Rec. 43/2022), que, por otra parte, rehúye entrar en la reclamación de daños y perjuicios causados por la Ordenanza, de forma directa. La Sentencia, al igual que las restantes, menciona en varias ocasiones la idea del sacrificio especial, en la p. 17, en la p. 35 y en otras lo menciona (concretamente, en la del Rec. 62/2020).

La idea del sacrificio especial es aplicable siempre y cuando la situación de desventaja, privación, etc. provenga de un acto o disposición legítimos. La doctrina del sacrificio especial, ahora casi en desuso en nuestro ordenamiento, proviene del concepto del Derecho civil alemán, *Sonderopfer*; fue fijada como doctrina en los años cincuenta del pasado siglo, y significaba la actuación que originaba un sacrificio especial para algún ciudadano que debía padecer en beneficio de la comunidad y que lo situaba en un plano de desigualdad. Posteriormente, el Tribunal Constitucional Federal alemán recogió el concepto del sacrificio especial como una intervención equiparable a la expropiación y, como atentatoria al derecho de propiedad u otros derechos económicos; solo podía ser impuesta mediante indemnización (*Nassauskie-sungsbeschluss*, 1981).

Las sentencias de marzo de 2022 del TSJC no mencionan el sacrificio especial de forma directa, sino reconociéndolo de las Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-177/19 y 119/19, asuntos acumulados, epígrafe 97 (p. 35 de la Sentencia). Se refieren al sacrificio especial entendiendo como coste económico de la implantación de la ZBE y admitiendo que lo es para vehículos particulares y también para los de contratistas de servicios públicos. Claramente se refieren a que tanto concesionarios de servicios públicos como los particulares, pueden sentirse dañados de tal modo por la ZBE que, en el caso de instar reclamación por daños y perjuicios al ayuntamiento de Barcelona, podrían ver estimada la pretensión si se llegara a probar, debido a la pérdida de utilidad de sus vehículos, a la necesidad de adquirir otros nuevos, a la imposibilidad de circular con los vehículos a las horas no permitidas. Se lee la idea en el antepenúltimo párrafo del epígrafe de la sentencia del TSJC referido a «profesionales o personas que hayan de soportar sacrificios especiales derivados de la implementación de la ordenanza»; y, «tampoco puede descartarse que se produzcan daños en los ciudadanos por exigir un sacrificio especial que puedan derivar en costes para el ayuntamiento» (Rec. 62/2020).

Es obvio, que las frases tienen un doble sentido: primero, porque no se ha calculado el coste que representaría la indemnización por los daños y perjuicios cuya reparación los particulares pretendiesen, lo que sería un vicio o defecto de procedimiento de la ordenanza en su tramitación. Segundo, porque deja la puerta abierta a que,

ciertamente, cabría la posibilidad hipotética de que esos daños se produjeran y, si los particulares o cualquier perjudicado afecto a un servicio público probasen la relación de causalidad directa entre la Ordenanza y el sacrificio especial referido, deberían de ser indemnizados, en nuestro ordenamiento, por la vía de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Esa y no otra sería la vía que canalizaría la pretensión de reparación de los daños causados.

Dado que la idea del sacrificio especial está inmersa en la idea del daño que los particulares no tienen la obligación de padecer o que está fuera de los niveles y del estándar de tolerabilidad, es por lo que hemos adelantado ya, que la idea del sacrificio especial, aun cuando doctrinalmente se reconozca, es cierto que habitualmente no se utiliza. Pero sí se viene utilizando en muchas ocasiones por abogadas/os generales en pleitos europeos cuando hay ocasión de hacerlo. No es incorrecto comparar el sacrificio especial con las vinculaciones singulares originadas por el planeamiento urbanístico: edificios privados de naturaleza histórica, monumental, pues ambas categorías coinciden, aun siendo de origen germano una, e italiano, la otra. Bien es verdad que no debería usarse el argumento del sacrificio especial para justificar el daño derivado de la anulación de la Ordenanza ya entrada en vigor, cuya petición de suspensión no ha sido autorizada. En ese caso, se trataría de responsabilidad por la anulación de disposiciones, es decir, causada por una actuación reconocidamente no sometida a Derecho.

En la ponderación de la restricción más o menos discriminatoria y de sus costes, se debió de argumentar por el Ayuntamiento que estos costes (los derivados de hipotéticas indemnizaciones) son, o serían previsibles, como costes de la creación del Derecho, y, en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, al menos, se tenía que haber considerado que esas situaciones de discriminación podrían producirse. La reparación por el sacrificio especial causado representa costes en el ordenamiento, pero son costes debidos; son los costes de la solidaridad y de la balanza entre el beneficio de todos y el sacrificio —que ha de ser proporcionado— de algunos.

En el ámbito del urbanismo, como se dijo, el concepto de las vinculaciones singulares originadas por los planes, sería asimilable al sacrificio especial porque impide a quien se le impone en razón de la naturaleza del edificio o predio, el pleno ejercicio de las facultades urbanísticas. Dicho esto, matizaría que el sacrificio especial se aproxima más a la idea de ablación de facultades del bien o derecho, cuando debido a la intensidad de la restricción, hace que se pierda su utilidad esencial.

En el caso de la *Nassauskiesungsbeschluss* se distinguía entre expropiación por causa de ley y por interés general, intervención cuasi expropiatoria (conceptualmente asimilable a la expropiatoria), y expropiaciones ilegales no sustentadas en la ley. Partiendo de la base de que, en la GG, art. 14, el derecho de propiedad se considera derecho fundamental, el propietario de una finca y titular de una explotación ribereña de la que extraía arenisca, vio inutilizada su empresa y actividad porque dos fincas colindantes se declararon zona de protección de aguas sobre las que se implantó una instalación para aguas de suministro público.

En conclusión y llevado todo a la Ordenanza. Se ha privado parcialmente del uso de vehículos determinados; se ha perdido la utilidad de determinados vehículos. Se ha desnaturalizado la utilidad de un bien. (Se precisaría una ley ordinaria, estatal o autonómica que otorgase cobertura suficiente, respetando el contenido esencial del derecho, sin desnaturalizarlo). La limitación habría de ser idónea, necesaria y proporcionada. Las leyes de salud, circulación y calidad del aire deberían dar cobertura a la restricción, siempre que la Administración justificase su *inutilización* en relación con tales actividades, pues se trata de agentes contaminantes.