ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Álvaro Moliner Gutiérrez
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
NOTIFICADO 17.07.2024

R. CASACION núm.: 1809/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1243/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.ª Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 10 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/1809/2023, interpuesto por la procuradora doña María Concepción López Bárcena en nombre y representación del Ayuntamiento de Burgos, contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, que estimó el recurso contencioso-administrativo n.º 55/2021 interpuesto contra el acuerdo de 19 de febrero de 2021 del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU de Burgos.

NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento esté prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

Ha comparecido como parte recurrida la Asociación Empresarial de Juego Autorizado de Castilla y León (ASECAL), representada por el procurador don Álvaro Moliner Gutierrez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el recurso contencioso-administrativo número 55/2021, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dictó sentencia el 17 de enero de 2023, cuyo fallo dice literalmente:

«Que se rechaza la causa de inadmisibilidad esgrimida por el Ayuntamiento de Burgos contra el recurso contencioso administrativo interpuesto con el número 55/2021 por el Procurador Don Álvaro Gutiérrez Moliner en representación de la Asociación Empresarial del Juego Autorizado de Castilla y León defendida por el Letrado Don Jesús Serrano Escudero contra el acuerdo de 19 de febrero de 2021 del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU de Burgos.

Y se estima el referido recurso declarando que el acuerdo impugnado no es conforme a derecho por las razones esgrimidas en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente sentencia y todo ello sin expresa imposición de las costas procesales del presente recurso a ninguna de las partes.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del Ayuntamiento de Burgos, recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León tuvo por preparado mediante auto de 6 de marzo de 2023 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de fecha 22 de junio de 2023 acordó que la cuestión planteada en el recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

«[...]

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el alcance del ejercicio de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de los establecimientos de juego en los instrumentos de ordenación urbanística municipal en atención a la competencia en materia de juegos y apuestas de las Comunidades Autónomas y, en particular, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

3º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Fundamento Segundo, apartado III, de este auto.

[...]»

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 3 de julio 2023, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal del Ayuntamiento de Burgos, por escrito de fecha 15 de septiembre de 2023, en el que, tras alegar cuanto tuvo por conveniente, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

«[...] dictar Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados, condenándose a la parte recurrida a estar y pasar por la modificación puntual introducida en el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos por acuerdo plenario de 19 de febrero de 2021.»

QUINTO.- Por providencia de 15 de septiembre de 2023 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

oponerse, habiendo presentado la representación procesal de la Asociación Empresarial de Juego Autorizado de Castilla y León en fecha 24 de noviembre de 2023, escrito de oposición al recurso, en el que tras hacer las alegaciones que estimó oportunas terminó suplicando a la Sala que se rechace el recurso de casación, se confirme la sentencia de instancia con imposición de las costas procesales.

SEXTO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública y, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto, quedó concluso el recurso y por providencia de fecha 17 de junio de 2024, se señaló para deliberación, votación y fallo el 9 de julio de 2024, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los términos del litigio y la sentencia impugnada.

La representación procesal del Ayuntamiento de Burgos ha impugnado la sentencia de 17 de enero de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede Burgos que estimó el recurso contencioso-administrativo n.º 55/2021 interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 19 de febrero de 2021, por el que se aprueba la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Municipal, para establecer una categoría específica de uso terciario recreativo que contribuya a contravenir los riesgos en la salud del juego patológico

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede Burgos, estimó el recurso al considerar que la modificación puntual del instrumento de planeamiento urbanístico impugnada: *"…implica de facto la exclusión de la competencia*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

exclusiva de la Junta de Castilla y León, al no dejar margen alguno para la posible regulación de la misma en la práctica totalidad del suelo urbano de Burgos, lo que conlleva la falta de competencia del Ayuntamiento, y supone una modificación que no responde a los requisitos de proporcionalidad, ni coherencia, con vulneración de las facultades inherentes al ius variandi en la modificación objeto de este recurso, dado que los datos objetivos aportados en la Memoria no justifican per se la evidente contradicción con la modificación previa aprobada en el 2016, procediendo por todo ello la declaración de nulidad de la misma.", considerando, de este modo, que la modificación del planeamiento general recurrida implica una serie de restricciones que no están debidamente justificadas desde la perspectiva de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La sentencia de instancia desestima el resto de motivos de impugnación alegados relativos a la falta de competencia del Ayuntamiento para aprobar la modificación puntual por tratase de una determinación de ordenación general, la ausencia de evaluación ambiental estratégica, y la necesidad de avance de planeamiento.

SEGUNDO.- La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Tal como hemos reflejado en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de esta Sala que ha admitido a trámite este recurso ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver la siguiente cuestión:

«Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el alcance y ejercicio de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de los establecimientos de juego en los instrumentos de ordenación urbanística en atención a la

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

competencia en materia de juegos ya apuestas de las Comunidades Autónomas y, en particular, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.».

Identifica, asimismo, como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; artículo 38 de la Constitución; artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; y el art. 70.27º de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

TERCERO.- El escrito de interposición de la representación procesal del Ayuntamiento de Burgos.

El escrito de interposición, en primer lugar, alega la infracción de los artículos 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y 70.1.27º de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, y la jurisprudencia que delimita el alcance de la potestad de planeamiento reflejada en Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de marzo de 2010 (rec. 1385/2006), 12 de diciembre de 2014 (rec. 3058/2012), de 24 de junio de 2015 (rec. 3657/2013) y 1375/2020, de 21 de octubre (rec. 6895/2018), todas ellas citadas en Sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019).

Considera que la modificación puntual del PGOU aprobada se desenvuelve dentro de marco competencial del Ayuntamiento de Burgos sin entrar en colisión con la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de juego. Estima que la modificación respeta la normativa autonómica de juego, dado que la exclusión de la instalación de nuevos establecimientos (salones de juego) en el suelo urbano de uso predominante residencial se ha

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

efectuado respetando la normativa, ya que ni se reducen las distancias respecto de centros de enseñanza ni de los establecimientos de juego entre sí, ni aumenta el número de establecimientos autorizables:

«Sobre esta base, sostenemos que la limitación establecida de resultas de la incorporación al Plan General de Ordenación Urbana de una nueva categoría de uso terciario que no permite nuevos establecimientos en suelo urbano de uso predominante residencial no excluye, ni de iure ni de facto, la competencia exclusiva autonómica, puesto que la Comunidad Autónoma puede establecer mayores restricciones susceptibles de afectar a los establecimientos ya presentes en suelo urbano de uso predominante residencial (a los que no afecta la modificación puntual del planeamiento) y a los establecidos o que se establezcan en el resto del municipio, que incluye tres normas zonales o, lo que es lo mismo, todas las zonas en que el uso residencial no sea predominante (y no, como por error se afirma en la sentencia, en que no haya uso residencial), sin que la modificación del planeamiento operada entre en conflicto en caso alguno con esas eventuales mayores restricciones.»

Para concluir, concreta su pretensión en el sentido de estimar el presente recurso de casación anulando la sentencia de instancia y se declare, con estimación del recurso, la conformidad a Derecho de la modificación puntual del PGOU aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Burgos el 19 de febrero de 2021, con imposición de costas a la parte recurrida.

CUARTO.- El escrito de oposición de la Asociación Empresarial de Juego Autorizado de Castilla y León (ASECAL).

La Asociación Empresarial de Juego Autorizado de Castilla y León (ASECAL) solicita la desestimación del recurso, al considerar acertados los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida.

Considera que el Ayuntamiento de Burgos a través de la modificación puntual de su PGOU, prevé una nueva categoría de suelo terciario, de modo y manera que la actividad de juego privado debe establecerse en zonas de uso predominante no residencial contraviniendo la normativa autonómica de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

aplicación e incumpliendo los principios de proporcionalidad y coherencia precisos para justificar la modificación del instrumento de planeamiento.

Alega que, al tratarse el juego de una competencia autonómica, la utilización de un instrumento urbanístico municipal, para la prohibición de establecimientos de juego presenciales en zonas residenciales, bajo el pretexto de dispensar protección a los usuarios con riesgo de conductas de juego patológicas, es una total invasión de competencias autonómicas. Estima que la modificación puntual aprobada desnaturaliza cualquier medida de planificación aprobada por la Comunidad Autónoma. El hecho de suprimir la posibilidad de instalación de salones de juego en toda la zona de uso predominante residencial supone una medida desproporcionada y contraria a la Ley del Juego de Castilla y León.

Igualmente considera que no existen razones objetivas que justifiquen la variación aprobada, teniendo en cuenta la modificación del PGOU operada en el año 2016, a la que alude la sentencia recurrida, en la que se consideró que los establecimientos recreativos de juego presenciales de pequeño tamaño en zonas residenciales eran compatibles al ser enriquecedores de la actividad económica y social. Por otra parte, la modificación no se encuentra justificada por razones de interés general ni puede apelarse a “ius variandi” de la potestad planificadora urbanística del Ayuntamiento para sostener la medida adoptada

Concluye solicitando la expresa desestimación del recurso.

QUINTO.- Doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones de interés casacional suscitadas.

Cabe recordar que fue objeto de recuso el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 19 de febrero de 2021, por el que se aprobó la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana, para establecer una categoría específica de uso terciario recreativo que contribuya

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

a contravenir los riesgos en la salud del juego patológico, publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León n.º 62 del martes, 30 de marzo de 2021.

Mediante el acuerdo recurrido se modifican parcialmente los artículos 52 y 53, así como la Tabla general de usos en normas zonales del artículo 363 de la normativa del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos y se proyecta de forma concreta sobre los tres aspectos siguientes:

– Crear una nueva categoría de Uso Productivo de Terciario recreativo (PR) específica para los establecimientos de juego regulado, de forma que estén separados de otras actividades de naturaleza diferente y que no son susceptibles de causar juego patológico. Con ello se suprimen los establecimientos de juego de la Categoría-1 del artículo 52.1 de la normativa del PGOU y se establece una nueva Categoría-4, específica para dichos establecimientos de juego regulado, con la denominación “Establecimientos en los que se pueda practicar juegos y apuestas relacionados con la enfermedad del juego patológico, tal como consta definida en el Catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. OMS CEI-10 y CEI-11” en la que se engloban los casinos de juego, las salas de bingo, los salones de juego, las casas de apuestas, etc.

– Establecer como uso prohibido, sin perjuicio de aquellos ya existentes y legalmente autorizados, los establecimientos de juego regulado en las normas zonales cuyo uso predominante es el residencial, manteniendo su compatibilidad solo en las normas zonales cuyo uso predominante no sea el residencial, es decir zonas industriales, de grandes establecimientos comerciales y áreas destinadas al ejercicio de actividad económica en entorno urbano, con la condición, en los casos de compatibilidad referidos, de que el acceso desde la vía pública debe ser independiente de cualquier otro uso, con independencia de si es predominante o compatible. Este aspecto de la modificación afecta a la Tabla general de usos en normas zonales del artículo 363 y al artículo 53 de la normativa del PGOU.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

– Limitar en las normas zonales cuyo uso predominante es el residencial, la publicidad de locales de juego regulado a la fachada del propio local en el que desarrolla la actividad, prohibiéndola en todos los elementos de la vía pública mediante la inclusión de una nueva categoría-4 del artículo 52.1 del PGOU de las actividades de señalización, publicidad, promoción y patrocinio relativas a los establecimientos de juego regulado, sin perjuicio de permitir expresamente las actividades de publicidad, promoción y señalización destinadas a la prevención e información sobre los riegos del juego patológico.

El conflicto entre la limitación a la implantación de actividades económicas desde instrumentos de planeamiento urbanístico como manifestación de la potestad de planificación y el principio de libre mercado y empresa se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones con motivo de la regulación urbanística de la implantación de antenas de telefonía móvil, de salones de juego o, viviendas de uso turístico entre otros.

La regulación urbanística que impone limitaciones a la implantación de ciertos usos desde los instrumentos de planeamiento urbanístico debe estar debidamente fundamentada, teniendo en cuenta que estamos en presencia del ejercicio de una potestad de carácter discrecional como caracteriza a la potestad de planeamiento. Ahora bien, esa posibilidad, insistimos debidamente fundada, no debe implicar una restricción absoluta para los usos permitidos en la zona. Lo adecuado es establecer distancias mínimas para proteger intereses generales imperiosos que necesariamente, en ese caso, deben concurrir. Por lo tanto, si mediante el planeamiento se organiza el territorio y se determinan los objetivos urbanísticos, es legítimo que dicho planeamiento defina y especifique los requisitos esenciales para la implantación de determinados usos. Esto incluye la compatibilidad de tales usos con los residenciales, la implantación sostenible de usos urbanos y la convivencia pacífica de estos con el uso del espacio público. No se debe imponer una restricción absoluta ni interferir con la normativa del libre mercado y la libre competencia.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

En conclusión, una justificación adecuada y suficiente de las razones de interés general que sustenten la regulación limitativa de la implantación de usos, alejada de meros motivos económicos, legitima al planificador municipal para regular usos en una zona urbana. Esto puede incluir la imposición de un régimen de distancias mínimas para nuevas implantaciones o la ampliación de las existentes. Teniendo en cuenta además que el instrumento de planeamiento urbanístico de carácter general, PGOU, POM o cualquiera que sea su denominación, se comporta como un plan de detalle en el suelo urbano fijando la calificación urbanística aplicable respecto del régimen de usos, intensidad y aprovechamiento.

En la sentencia de 19 de noviembre de 2020, n.º 1550/2020 (recurso de casación n.º 5958/2019), dimos respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional planteada por el auto de la Sección Primera de 10 de diciembre de 2019:

> «el alcance de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de alojamientos turísticos —singularmente viviendas de uso turístico— en los planes generales de ordenación urbana, cuando el ejercicio de dicha potestad incide —desde una perspectiva restrictiva— en el ámbito de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios de viviendas destinadas a ese uso turístico».

Ya dijimos en ese supuesto que:

> «Es cierto que la Sala ya se ha enfrentado con planteamientos similares ---si bien en relación con normas reglamentarias autonómicas---, en las que se ha procedido a la regulación, no tanto, de aspectos urbanísticos como el presente, sino, más bien, turísticos o relacionados con las características de las viviendas. Pero el planteamiento general realizado, en tales pronunciamientos anteriores de la Sala, nos sirve, también, en un supuesto como el de autos, en el que la potestad articulada por el Ayuntamiento de Bilbao es la de planeamiento urbanístico».

Con la finalidad de responder adecuadamente a la cuestión de interés casacional la citada sentencia recuerda los pronunciamientos jurisprudenciales

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

previos con relación a los límites de la potestad de planeamiento urbanístico, pronunciamientos plenamente vigentes, citando al respecto la STS 1375/2020, de 21 de octubre (recurso de casación n.º 6895/2018):

> «Como toda potestad de ejercicio discrecional por la Administración, ésta se sujeta a las prescripciones de los artículos 9.3) y 103.1 de la CE , en la medida que el primero proscribe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, con sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo impone a las Administraciones que sirvan con objetividad los intereses generales. En concordancia con estos mandatos constitucionales de genérica aplicación a la actividad de las Administraciones, se deduce que el ejercicio del ius variandi urbanístico debe estar presidido por el respeto a los principios de congruencia, racionalidad y proporcionalidad, y en concreto debe evitar la indeseada discordancia entre la solución elegida y la realidad a la que se aplica, como advirtió en su día la STS de 28 de marzo de 1990.
>
> Así, la potestad de planeamiento es una potestad discrecional de la Administración, que como indica el Tribunal Supremo debe observarse dentro de los principios del art. 103 de la Constitución ; de tal suerte que el éxito de una impugnación de la potestad de planeamiento, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones. En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991 destaca el carácter ampliamente discrecional del planeamiento, independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados. Es cierto que el genio expansivo del Estado de Derecho ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aun así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. La misma sentencia haciendo una referencia concreta a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1977 subraya la importancia de la Memoria como documento integrante del Plan, art. 12,3, a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 38 del Reglamento de Planeamiento y advierte que la Memoria integra ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento.»

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

Con el fin de dar respuesta a la cuestión de interés casacional la sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, analiza el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, con base en la doctrina establecida en la STJUE de 22 de septiembre de 2020 (Gran Sala, ECLI:EU:C:2020:743), dictada en los asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 (Cali Apartments SCI y HX y le Procureur général près la cour d'appel de Paris y la Ville de Paris), y, en definitiva, concluye la legitimidad del ente local, mediante el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico para introducir determinadas limitaciones:

> «Si bien se observa, la ratio decidendi de la sentencia impugnada coincide, plenamente con la doctrina establecida por la STJUE de 22 de septiembre de 2020, cuyo contenido hemos sintetizado en el Fundamento Jurídico anterior. De conformidad con la citada doctrina ---y de conformidad con la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia--- es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención ---ubicando la VUT en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao--- iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del "derecho a la vivienda", digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control --- evitando el deterioro--- del denominado, por la Directiva de Servicios, "entorno urbano".
>
> Se trata, sin duda, de dos conceptos ---los citados--- que habilitan la citada intervención municipal, en uso de la potestad de planeamiento, incluso en el marco de la citada Directiva de Servicios y de la normativa interna española que se ha considerado con infringida, pues tales conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos ---en supuestos como el de autos--- ante "una razón imperiosa de interés general" que habilitaba, a la Administración local, para someter a las VUT de referencia, a una calificación o régimen de usos urbanística, como el contenido en la Modificación del PGOUB, que no va encaminado ---en modo alguno--- a la exclusión de la normativa europea y española sobre competencia, sino, más al contrario, a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas.

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

En este caso, fue la protección del derecho a una vivienda digna en un entorno adecuado el motivo de interés general que justifica la limitación acordada en el instrumento de planeamiento mediante la calificación de estas viviendas de alojamiento turístico como uso de equipamiento y no residencial. Dicha limitación se produce por la inviabilidad de implantar viviendas de uso turístico en edificios de uso residencial, así como también por la limitación en cuanto al número de habitaciones en las viviendas particulares para alquiler turístico. La motivación de intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento debe estar amparada en razones imperiosas de interés general, como ocurrió en ese supuesto con el derecho a la vivienda y la protección del entorno urbano. A este respecto, debemos recordar que, como incide la sentencia, no cabe amparar dicha limitación en razones estrictamente económicas, como ocurrió con el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias (sentencia del Tribunal Supremo 26/2019, de 15 de enero) que pretendía evitar que las viviendas vacacionales compitan con el resto de los establecimientos alojativos turísticos hoteleros o extrahoteleros, evitando que se ubicasen en las mismas zonas.

Sobre similar cuestión nos volvimos a pronunciar, reiterando los argumentos expuestos en la sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, en nuestra sentencia n.º 75/2021, de 26 de enero (recurso de casación n.º 8090/2019) por la que resolvimos el recurso interpuesto frente a la sentencia

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de julio de 2019, estimatoria en parte del recurso núm. 105/2016, contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de fecha 1 de abril de 2016, por el que se aprobó definitivamente el Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona.

La sentencia de la Sección Quinta de esta Sala n.º 4900/2022, de 15 de noviembre (recurso de casación n.º 8378/2021) resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia n.º 515/2021, de 4 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Palma de Mallorca) del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares dictada el procedimiento ordinario n.º 219/2019, relativa a impugnación del Acuerdo del Pleno del Consell Insular de Mallorca por el que se aprobó definitivamente el Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca. En ella, afirmamos la estrecha relación que existe entre la ordenación territorial y, de manera especial, la urbanística, con la libre prestación de servicios y establecimiento. Indicando que:

> «En efecto, si por servicios debe entenderse "cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración" (artículo 4-1º de la Directiva de Servicios) y por "establecimiento" el "ejercicio efectivo de una actividad económica... por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios"; es evidente que esa infraestructura que comporta el ejercicio efectivo de cualquier actividad económica requiere una serie de elementos materiales que han de ubicarse en un determinado espacio físico, en un determinado suelo; es decir, resulta evidente que la libertad de prestación de tales servicios deberá realizarse en la clase de suelo que la ordenación urbanística autorice. En suma, existe una clara conexión e interdependencia entre libertad de servicios y ordenación territorial y urbanística que ofrece no pocos problemas de compatibilidad.».

En la citada sentencia dijimos, tras reiterar las consideraciones expuestas anteriormente sobre la naturaleza discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico, que la potestad de planificación incide sobre la

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

libertad de establecimiento, no resultando suficiente centrar el debate en si las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento vulneran dicha libertad, ya que esas limitaciones son consustanciales al planeamiento. Lo que deberá centrar el debate es que la norma, es decir, el Plan, en esas limitaciones, no encuentre justificación razonable ni razonada, conclusión relevante porque relega el debate a esa falta de razonabilidad y, en definitiva, a la motivación que la justifique; motivación que, en los instrumentos de planeamiento urbanístico debe estar recogida en los documentos justificativos que se han de elaborar en la tramitación del Plan, de manera especial en las Memorias, que adquieren una especial relevancia en ese debate y que, incluso se las otorga el carácter de vinculantes.

De este modo, dimos respuesta a la cuestión de interés casacional del siguiente modo:

> «Así pues, de lo expuesto hemos de concluir que ha de responderse a la cuestión casacional objetiva que se suscita en el presente recurso, haciendo ahora exclusión del concreto contenido del Plan que se impugna en este proceso, en el sentido de considerar que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están legitimados para --en realidad, comportan, en todo caso-- establecer limitaciones a la libertad de establecimiento , siempre que tales limitaciones y conforme con los documentos elaborados en la aprobación del planeamiento, estén suficientemente justificadas, razonables y motivada su necesidad a los fines de la planificación.».

Específicamente, la Sección Tercera de esta Sala se ha pronunciado en sentencia 1.408/2019, de 22 de octubre (recurso de casación n.º 4238/2018), sobre las limitaciones a la implantación de salones de juego en suelo urbano, con motivo del recurso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana que prohíben la instalación de salones de juego en caso de que exista ya otro u

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

otros autorizados en un radio de 800 metros. Una de las cuestiones de interés casacional a responder consistía en:

> «Determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados.».

Con relación a la inclusión de las actividades del juego en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, la sentencia concluye que, si bien la actividad económica del juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE, y por ende, de la citada ley, eso no implica que no le sean de aplicación el conjunto de principios y garantías previstas en los artículos 3 a 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, debido a que su ámbito de aplicación viene configurado con mayor amplitud:

> “La segunda de las cuestiones señaladas en el auto de admisión del recurso de casación consiste en determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados.
>
> Ante todo, es cierto que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito 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 (Directiva de Servicios); y así lo señala expresamente el artículo 2.2.h) de la Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación << (...) h/ las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas>>. Y por ello, la actividad del juego por dinero queda también

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

fuera del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva, esto es, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 2.2.h excluye de su ámbito de aplicación << (...) h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario>>.

Ahora bien, lo anterior no impide que a las actividades del juego sí les resulten de aplicación los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuyo ámbito de aplicación viene configurado con la mayor amplitud, como la propia Ley 20/2013 deja señalado en su Preámbulo:

<< (...) En la elaboración de esta Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición 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, también conocida como "Directiva de Servicios", proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación>>.

En consonancia con lo anunciado en su Preámbulo, también el articulado de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, delimita su ámbito de aplicación con gran amplitud al venir este referido, sin excepciones, << (...) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional>> (artículo 2). Y, más adelante, el artículo 16 de la propia Ley 20/2013 se refiere al principio de "libre iniciativa económica" señalando que <<El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales>>.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en STC79/2017, de 22 de junio de 2017, << (...) La Ley 20/2013 ha desbordado el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior -y al que se refiere una de sus leyes de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio-, pues ha incluido en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado (art. 2 de la Ley 20/2013), incluyendo no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de productos. Así lo subraya el preámbulo de la propia Ley 20/2013 cuando afirma que "la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley [la Ley 20/2013] se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos".

En esa misma línea, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 362/2019, de 18 de marzo de 2019 (casación 1746/2016, F.J. 6º) tuvimos ocasión de señalar que: << (...) A diferencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición 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 (Directiva de Servicios), que expresamente excluía de su ámbito de aplicación un listado de servicios [...], la LGUM extiende su aplicación -como precisa su Preámbulo- a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. En este sentido, artículo 2 de la LGUM precisa que la ley será de aplicación, a "las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional", sin consignar actividades exceptuadas, entendiendo por actividad económica, según el Anexo de definiciones, "cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicio", por lo que no cabe duda que la LGUM es aplicable a la actividad [...] a que se refiere este recurso>>.

Por tanto, debe concluirse que a la actividad del juego le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

> La representación de las asociaciones recurrentes aduce que, por ser la del juego una actividad "intensamente regulada", no le son de aplicación los principios, cautelas y garantías de la Ley 20/2013. La objeción carece sin embargo de consistencia pues, si bien es cierto que la del juego por dinero es una actividad regulada y que su reglamentación establece requisitos y restricciones de diversas índole, no hay razón para excluir que esa regulación deba operar dentro de los límites que marca la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, de manera que las restricciones que impone la normativa del juego deben ser respetuosas con los principios y garantías que se establecen en los ya citados artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013.".

De igual modo, la sentencia considera suficientemente justificada la necesidad del establecimiento de distancias mínimas entre establecimientos de juego con base, tanto en el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de garantía de unidad de mercado en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como con la Jurisprudencia del TJUE que admite con normalidad que la actividad del juego pueda ser objeto de limitaciones o restricciones por los estados miembros atendiendo los intereses en juego vinculados al orden público, a la salud pública y a la protección de los menores y otros colectivos especialmente sensibles, pese a no entender justificada la concreta distancia de 800 metros impuesta por falta de motivación suficiente en ese aspecto.

Y como respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo que nos interesa a efectos de la resolución del presente recurso de casación concluyó:

> «El hecho de que las actividades relacionadas con el juego sean objeto de una regulación que someta el ejercicio de la actividad a autorización y a determinadas limitaciones o restricciones está contemplado con normalidad en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE. Por otra parte, el establecimiento de limitaciones en la regulación del juego cuenta asimismo con el respaldo de la legislación interna, tanto estatal como autonómica.
>
> La actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y fuera también del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); pero sí resultan en cambio de aplicación a las actividades del juego los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada.».

Por su parte, la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala n.º 1442/2022, de 8 de noviembre (recurso de casación n.º 200/2021), resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 20/2017, que tuvo por objeto la resolución de 16 de mayo de 2017 de la Delegación Territorial de la Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, (confirmada por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado LGUM, según comunicación de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado SECUM de 3 de julio de 2017), se denegó una autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería de Betanzos (La Coruña), al resolver la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia reiteró la jurisprudencia de la STS n.º 1408/2019, de 22 de octubre, dictada en el RCA 4238/2018, de que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

los servicios en el mercado interior, y fuera también del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); pero sí resultan en cambio de aplicación a las actividades del juego los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Con posterioridad, la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala n.º 205/2023, de 22 de febrero (recurso de casación n.º 6930/2021), que resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de Audiencia Nacional de 16 de abril de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo n.º 21/2017, que tuvo por objeto la resolución de 7 de abril de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, que deniega la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuesta en un local de hostelería situado en Santiago de Compostela en aplicación del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia, resolución denegatoria confirmada luego por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, resolvió la siguiente cuestión de interés casacional:

> «Declarar que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las SSTS de 20 de junio de 2018 (casación 1810/2016) y de 22 de octubre de 2019 (RCA 4238/2018) en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería), en supuestos, como el presente, de la intervención de un tercer competidor en el procedimiento de autorización de la actividad (en este caso, intervención del titular de una máquina B respecto de la solicitud de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en el mismo establecimiento).».

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

La sentencia reitera que, a la actividad del juego, sin perjuicio de su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, si le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, señalando expresamente:

> «Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que la fijación por la Administración de limitaciones o restricciones en la actividad económica del juego debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada. Y, partiendo de ese postulado, debe concluirse que resulta injustificado y desproporcionado -y, por ello mismo, contrario a lo dispuesto en el citado artículo 5 de la Ley 20/2013- que para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería se exija la conformidad del titular de la máquina tipo B ya instalada en ese mismo local.».

SEXTO.- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

Esta Sala no alberga duda alguna de que la doctrina establecida en las sentencias anteriores continúa plenamente vigente. Ahora bien, conviene recordar que en reiteradas ocasiones -por todas, baste citar la STS n.º 4/2023, de 9 de enero (RC 1509/2022)- hemos establecido que para dar respuesta precisa a las cuestiones planteadas debemos tener presente que la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (ex artículo 93.1) no puede hacerse "en abstracto", prescindiendo del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes.

En nuestra reciente jurisprudencia hemos resaltado la presencia, y exigencia, de un urbanismo cambiante, que intenta adaptarse a las nuevas

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

circunstancias, realidades y necesidades sociales, urbanísticas y medioambientales, y que, a tal fin, utiliza sus instrumentos de planificación urbanística para conseguir y alcanzar la inevitable transformación de las ciudades. Y, para tal fin, se encuentran legitimadas ---y obligadas--- las Administraciones públicas que cuentan con competencia en el ámbito material del urbanismo, especialmente Ayuntamientos y Comunidades Autónomas para alcanzar tal fin.

Y es, en este marco urbanístico ---en transformación--- en el que debemos proyectar el dilema jurídico sobre el que se nos plantea y exige un pronunciamiento jurisdiccional; se trata, pues, de buscar un punto de equilibrio entre la actual configuración ---fundamentalmente--- de las ciudades, en el marco de exigencia social y jurídica que hemos expuesto, y, por otra parte, las exigencias de la libertad de mercado y liberalización de servicios.

La planificación urbanística, que regula los asentamientos humanos y las ciudades, es una preocupación primordial para el Legislador. No solo es relevante para los poderes públicos nacionales, sino que adquiere un alcance internacional, como se refleja en la Nueva Agenda Urbana aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible en diciembre de 2016. También mantiene su importancia en la Unión Europea, que, aunque ha evitado integrar los aspectos más específicos del urbanismo en su normativa, ha incorporado elementos básicos de la materia, tal como se observa en el Manual de Estrategias de Desarrollo Urbano Sostenible y la Agenda Urbana para la UE fruto del Pacto de Ámsterdam, aprobado en la Reunión Informal de Ministros de Desarrollo Urbano de la UE, celebrada el 30 de mayo de 2016, y de la que deriva la Agenda Urbana Española documento estratégico, sin carácter normativo, y por tanto de adhesión voluntaria, que, de conformidad con los criterios establecidos por la Agenda 2030, la nueva Agenda Urbana de las Naciones Unidas y la Agenda Urbana para la Unión Europea persigue el logro de la sostenibilidad en las políticas de desarrollo urbano.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

Constituye, además, un método de trabajo y un proceso para todos los actores, públicos y privados, que intervienen en las ciudades y que buscan un desarrollo equitativo, justo y sostenible desde sus distintos campos de actuación. Para los fines presentes, es suficiente referirse al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aborda el contenido, finalidad y efectos de las potestades públicas de "regulación, ordenación, ocupación y transformación y uso del suelo". Mediante los instrumentos de planeamiento urbanístico se determinan, entre otras cuestiones, el régimen jurídico de los usos del suelo. En la regulación de estos usos, es innegable que se implica la libre prestación de servicios y establecimientos.

La fijación por parte de la Administración municipal, en su instrumento general de planeamiento urbanístico, de distancias mínimas entre locales destinados a determinadas actividades económicas, como los salones de juego y apuestas, representa, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento y prestación de servicios contempladas en los artículos 49 y 56 del TFUE. Por lo tanto, dicha limitación administrativa debe cumplir, tal y como hemos indicado anteriormente, con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, en el sentido de justificar que estas restricciones son necesarias para proteger un interés general imperioso y que son proporcionadas a dicho interés.

El artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se refiere a las razones de interés general descritas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Estas razones incluyen el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, los destinatarios de servicios y los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de la política social y cultural.

Junto a lo anterior resulta esencial que el contenido y determinaciones de cualquier modificación puntual esté suficientemente motivado y que las limitaciones impuestas no representen una restricción absoluta para la implantación de los usos. En conclusión, las entidades locales están legitimadas para regular, con rango reglamentario, en sus instrumentos de planeamiento urbanístico, las condiciones de implantación de determinados usos, siempre que estas limitaciones estén justificadas en razones imperiosas de interés general, según lo interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sean proporcionadas a la finalidad que persigan.

De este modo, tal y como hemos señalado recientemente en nuestra sentencia de 17 de junio de 2024 (recurso de casación n.º 8754/2022), y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada podemos afirmar que el planeamiento urbanístico puede incluir determinaciones específicas sobre el uso del suelo urbano en relación con los locales de juego y apuestas. Estas determinaciones, si indirectamente afectan a la libertad de empresa y la libre prestación de servicios, deben estar adecuadamente justificadas por necesidades imperiosas de interés general. Además, las medidas adoptadas deben ser proporcionales, no imponer una restricción absoluta a la apertura de locales de juego y deben ser respetuosas con la legislación estatal y autonómica aplicable al sector del juego.

SÉPTIMO.- Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto de autos, hemos de recordar que el objeto de la modificación puntual recurrida consistió en la modificación parcial de los artículos 52 y 53, así como la Tabla general de usos en normas zonales del artículo 363 de la normativa del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, estableciendo una categoría específica de uso terciario

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

recreativo que contribuya a prevenir los riesgos en la salud del juego patológico de Burgos, que se proyecta de forma concreta sobre los tres aspectos siguientes:

– Crear una nueva categoría de Uso Productivo de Terciario recreativo (PR) específica para los establecimientos de juego regulado, de forma que estén separados de otras actividades de naturaleza diferente y que no son susceptibles de causar juego patológico. Con ello se suprimen los establecimientos de juego de la Categoría-1 del artículo 52.1 de la normativa del PGOU y se establece una nueva Categoría-4, específica para dichos establecimientos de juego regulado, con la denominación “Establecimientos en los que se pueda practicar juegos y apuestas relacionados con la enfermedad del juego patológico, tal como consta definida en el Catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. OMS CEI-10 y CEI-11” en la que se engloban los casinos de juego, las salas de bingo, los salones de juego, las casas de apuestas, etc.

– Establecer como uso prohibido, sin perjuicio de aquellos ya existentes y legalmente autorizados, los establecimientos de juego regulado en las normas zonales cuyo uso predominante es el residencial, manteniendo su compatibilidad solo en las normas zonales cuyo uso predominante no sea el residencial, es decir zonas industriales, de grandes establecimientos comerciales y áreas destinadas al ejercicio de actividad económica en entorno urbano, con la condición, en los casos de compatibilidad referidos, de que el acceso desde la vía pública debe ser independiente de cualquier otro uso, con independencia de si es predominante o compatible. Este aspecto de la modificación afecta a la Tabla general de usos en normas zonales del artículo 363 y al artículo 53 de la normativa del PGOU.

– Limitar en las normas zonales cuyo uso predominante es el residencial, la publicidad de locales de juego regulado a la fachada del propio local en el que desarrolla la actividad, prohibiéndola en todos los elementos de la vía pública mediante la inclusión de una nueva categoría-4 del artículo 52.1

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

del PGOU de las actividades de señalización, publicidad, promoción y patrocinio relativas a los establecimientos de juego regulado, sin perjuicio de permitir expresamente las actividades de publicidad, promoción y señalización destinadas a la prevención e información sobre los riegos del juego patológico.

Una vez delimitado el objeto de la modificación puntual, procedemos, de modo sistemático, a dar respuesta a las cuestiones controvertidas planteadas de especial relevancia para resolver el presente recurso con base en la doctrina anteriormente fijada.

1º.- Pleno respeto al principio de autonomía local. El criterio de la vinculación negativa.

Cualquier determinación establecida por la Administración a través del planeamiento urbanístico que pueda limitar la libertad de empresa debe estar fundamentada en el principio de vinculación negativa. Esto significa que las entidades locales no necesitan una habilitación legal específica en cada ámbito sectorial, siempre que no se excluya expresamente esta competencia y no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable.

Contrariamente, la vinculación positiva implicaría que la corporación solo tiene competencia normativa cuando ha sido atribuida por una norma legal en un ámbito material específico. La potestad municipal para dictar normas urbanísticas y determinar su contenido debe seguir el criterio de la vinculación negativa, lo que legitima esta competencia según lo dispuesto en el artículo 25.2.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en materia de urbanismo. Así, la modificación del articulado de las normas urbanísticas se sitúa dentro del ámbito de competencia municipal reconocida, siempre y cuando no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable.

La STS 2338/2015, de 22 de mayo (recurso de casación n.º 2436/2013), resolvió el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

de 27 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso contencioso-administrativo n.º 425/2009 que tuvo por objeto el Acuerdo de aprobación definitiva, en el Pleno de 24 de julio de 2009 del Ayuntamiento de Zaragoza, de la Ordenanza Municipal de Ecoeficiencia Energética y Utilización de Energías Renovables en los Edificios y sus instalaciones.

En la citada sentencia establecimos con claridad que cualquier decisión sobre las competencias municipales no puede sustentarse sobre el criterio de la "vinculación positiva", es decir, que un ayuntamiento sólo tiene competencia normativa cuando la misma ha sido atribuida por una norma legal, en un determinado ámbito material de la actuación administrativa. Tal es su vinculación al principio de legalidad. Sin que pueda dictar, por tanto, una ordenanza en ese ámbito sectorial sin dicha habilitación previa. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente de esta Sala se ha inclinado por el criterio de la "vinculación negativa", en virtud del cual la competencia normativa de las entidades locales no precisa de una específica habilitación legal en cada ámbito sectorial, siempre, claro está, que no esté excluida dicha competencia y que no contravenga la correspondiente legislación, estatal o autonómica, que resulte de aplicación. Indicando expresamente al respecto:

> "Este cambio o evolución jurisprudencial encuentra su justificación en las exigencias derivadas de la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988, que reconoce no sólo la autonomía local (artículo 3.1), sino también el principio de subsidiariedad (artículo 4.2), en virtud del cual las " entidades locales tienen, dentro el ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad ".
>
> De modo que cuando la sentencia señala que " no se localiza norma estatal alguna en tal sentido", y luego insiste en que " no se localizan normas habilitadoras concretas sobre la materia específica objeto de regulación por la Ordenanza impugnada ", se evidencia que se sigue una línea jurisprudencial ya abandonada por esta Sala Tercera, e incompatible con la Carta Europea de Autonomía Local.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

> En el sentido expuesto, venimos declarando, en SSTS de Sentencias de 11 de febrero de 2013 (recurso de casación nº 4490/2007), 8 de marzo de 2013 (recurso de casación nº 5778/2005), 2 de abril de 2013 (recurso de casación nº 97/2006) y 30 de abril de 2013 (recurso de casación nº 3027/2006), que << viene declarando repetidamente (sentencias de 21 de mayo de 1997 , 30 de enero de 2008 y 7 de octubre de 2009 , entre otras) que de los artículos 25 a 28 LRBRL , interpretados de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante instrumento de 20 de enero de 1988 resulta una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias relacionadas en el artículo 25.2 de aquella disposición y que representan el contenido competencial en que se hace reconocible el principio de autonomía municipal garantizado en los artículo 137 y 140 de la Constitución >>"

El principio de autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 CE, se configura como una garantía institucional de los entes locales de participar de modo efectivo en la toma de decisiones que afecten a la esfera de lo local. En definitiva, se materializa en el derecho de la comunidad local a participar a través de sus órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación existente entre los intereses locales y los supramunicipales relativos a los diferentes asuntos o materias. Como sabemos la CE no asegura a las corporaciones locales un ámbito de competencias determinado, no pudiendo hablarse de “intereses naturales de los entes locales” (STC 32/1981, de 28 de julio), sino que, más allá del contenido mínimo existente en un derecho de intervención en los asuntos de su competencia, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Y tal como señaló la STC 92/2015, de 14 de mayo:

> «…indudablemente, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, figuran, de acuerdo por lo dispuesto en la normativa básica estatal, tanto el urbanismo [art. 25.2 a) LBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local] como el medio ambiente [art. 25.2 b) LBRL].».

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

2º.- Inadecuada motivación de la modificación puntual e incumplimiento del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: proporcionalidad y concurrencia de razones imperiosas de interés general.

La sentencia 3/2023, de 17 de enero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, objeto del presente recurso de casación, en su fundamento de derecho sexto analiza de modo pormenorizado el contenido específico de la modificación puntual y como su aplicación supone la imposibilidad de establecimiento de salones de juego en aquellas zonas que tengan un uso predominantemente residencial, lo que de facto imposibilitaría su implantación en todo el centro urbano, sin dejar margen de actuación a la regulación autonómica de aplicación:

> «Y a este respecto se ha de significar en primer lugar que la modificación impugnada tiene por objeto la supresión de los establecimientos de juego de la categoría 1 del artículo 52.1 de la normativa del PGOU y establecer la categoría 4 específica para dichos establecimientos de juego regulado, estableciendo dicho uso como prohibido, sin perjuicio de los establecimientos ya existentes en todas las normas zonales cuyo uso predominante sea el residencial, manteniendo el uso en zonas industriales, de grandes establecimientos comerciales y áreas destinadas al ejercicio de actividad económica de entorno urbano, con los condicionantes que en estas zonas se adicionan respecto de los accesos independientes, por lo que no se ha tratado de establecer un incremento de protección respecto de lo que se establece en el artículo 4.8 de la Ley 4/1998 del Juego y Apuestas de Castilla y León, respecto al régimen de autorización en zonas de influencia a centros de enseñanza o de distancias a otros establecimientos, incrementando las fijadas en la Ley o estableciendo un criterio de planificación conforme atribuye el artículo 9 de la referida Ley a los Ayuntamientos, que estableciera una mayor distancia o zonas de saturación de dichas actividades, sino que directamente ha suprimido la posibilidad de establecimiento en toda la zona de suelo urbano cuyo uso sea residencial, lo que de facto implica la imposibilidad de desarrollo de dicha actividad, sin dejar margen alguno a la regulación que en base a dicho competencia exclusiva en materia del Juego le corresponde a la Junta de Castilla y León, por lo que dicha ordenación urbanística no guarda a juicio de esta

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

> Sala, los requisitos necesarios de ordenación urbanística que son los de proporcionalidad y coherencia, ya que no se puede pasar por alto respecto a la referida modificación que la misma venga justificada en su Memoria en base a todas las consideraciones que se realizan respecto de la ludopatía o juego patológico y su clasificación desde 1992 como enfermedad por la Organización Mundial de la Salud, incluida en la décima edición del Catálogo Internacional de Enfermedades, Anexo: CIE-10 Capítulo V: Trastornos mentales y del comportamiento, apartado F63.0) Ludopatía patológica, por lo que se concluye que existe un evidente paralelismo entre el incremento de establecimientos de juego regulado, y el incremento de personas con problemas de juego patológico, aunque lógicamente este último este diferido en el tiempo uno o dos años. Así, el número de casos atendidos por la Asociación Burgalesa para la Rehabilitación del Juego Patológico - ABAJ; que pertenece a FECYLJAR; se ha incrementado de 60 personas a 104; esto supone un incremento del 75% de casos de juego patológico tratados. Y que según se expone, el incremento del número de nuevos establecimientos de juego regulado, y de los casos de juego patológico tratados por la asociación, requiere una intervención urgente, que contribuya a la prevención de la enfermedad en la ciudad de Burgos, actuando en varias líneas, y siendo una de ellas la modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Lo que determina que, de las 10 normas zonales existentes, solo se permita el uso en tres de ellas, que son las indicadas anteriormente».

La memoria justificativa de la modificación, tras analizar de modo detallado las consecuencias altamente negativas de la ludopatía y su clasificación como enfermedad por la OMS, concluye que los usos del suelo cuya actividad pueda causar la enfermedad mencionada deben ser incompatibles con el uso predominante residencial de vivienda. La memoria no analiza ni proyecta otras alternativas posibles, otros modelos ensayados que, igualmente pudieran coadyuvar a evitar el riesgo del juego en la población especialmente sensible, sino que de modo directo concluye la necesidad de prohibir el uso en las zonas predominantemente residenciales de viviendas, lo que a juicio de esta Sala se presenta como una medida desproporcionada y carente de la motivación necesaria y suficiente, tal y como entendió la sentencia objeto del presente recurso de casación.

En este caso concreto, a diferencia del recientemente resuelto en sentencia 17 de junio de 2024 (recurso de casación 8754/2022), no se

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

considera suficientemente motivada la razón de interés general que ampara el ejercicio del "ius variandi" por el planificador municipal.

De este modo, aunque se pudiera entender que se trata de limitaciones necesarias en la actividad económica del juego y apuestas para la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, consistente en la preservación de la salud, las limitaciones impuestas no resultan proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada, sin que, ni tan siquiera, a se hayan estudiado y ensayado en la memoria modelos alternativos que pudieran conseguir el mismo objetivo menos restrictivos para la actividad empresarial.

3º.- Inadecuación a la normativa sectorial en materia de juego.

Con relación a la supuesta infracción de la normativa castellanoleonesa del juego hemos de indicar que consta en el expediente administrativo requerimiento de anulación de la modificación del PGOU efectuado por la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el que se da cuenta de las medidas adoptadas dirigidas a proteger la seguridad y salud de los consumidores, con especial atención a los menores y a los colectivos de jugadores, citando, entre ellas, el establecimiento de distancias mínimas que deben guardar los establecimientos de juego respecto de centros escolares o entre sí.

En este sentido se ha de indicar que, de conformidad con el art. 9 de la Ley 4/1998, de 24 de junio, reguladora del Juego y Apuestas de Castilla y León, corresponde a la Junta de Castilla y León la planificación de los Juegos y Apuestas en la Comunidad con arreglo, entre otros criterios, a la localización y distribución geográfica, y conforme al art. 4.8 del citado texto legal, en su redacción vigente al momento de aprobarse la modificación puntual del PGOU de Burgos impugnada, tras la modificación operada por la Ley 6/2017, de 20 de octubre, de medidas de reducción de cargas administrativas para la dinamización empresarial, en ningún caso se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego en la zona de influencia de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

centros de enseñanza que se establece a una distancia mínima de 100 metros, ni cuando exista otro establecimiento de la misma naturaleza a menos de 300 metros. Previsión desarrollada por el art. 55.6 del Reglamento regulador de las máquinas de juego y de los salones de juego de la Comunidad de Castilla y León aprobado por Decreto 12/2005, de 3 de febrero que establece que en ningún caso se autorizará la instalaciones de salones a menos distancia de 100 metros de los accesos normales de entrada o salida a centros de educación preescolar, centros que impartan enseñanzas escolares y centros de enseñanza universitaria e igualmente tampoco se autorizará cuando exista otro salón ya autorizado a una distancia inferior a 300 metros.

De igual modo, con relación a las casas de apuestas la zona de influencia a centros escolares quedó regulada en el art. 25 del Reglamento regulador de las apuestas aprobado por Decreto 53/2014, de 23 de octubre en cuyo art. 25 se dispone que a efectos de lo previsto en el art. 4.8 de la Ley 4/1998 no podrá otorgarse autorización administrativa de instalación de casas de apuestas a menor distancia de 100 metros de los accesos normales de entradas o salida de centros educativos. Y para los casinos el Decreto 1/2008, de 10 de enero, contempla similar previsión.

Con posterioridad la Ley 2/2024, de 15 de marzo, ha dado una nueva redacción al art. 4.8 de la Ley 4/1988, ampliando la distancia a centros docentes a 150 metros:

«En ningún caso se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego y apuestas en la zona de influencia de centros en los que se imparta educación primaria, secundaria obligatoria, ciclos formativos de grado básico, enseñanzas elementales de música y danza, así como educación secundaria postobligatoria comprensiva del bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas artísticas tanto de música y de danza como de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio, que se establece en una distancia de 150 metros.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

Asimismo, tampoco se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego y apuestas cuando exista otro establecimiento específico de juego y/o apuestas ya autorizado a menos de 300 metros de distancia de la ubicación pretendida.

La forma de medir estas distancias se establecerá reglamentariamente.»

Justificando la modificación de distancias operada en la exposición de motivos al indicar que:

«La modificación que se aborda de la Ley reguladora del Juego y las Apuestas de Castilla y León da respuesta a la ordenación que corresponde a esta Administración en esta actividad económica, especialmente dirigida a la protección de las personas menores de edad y los colectivos especialmente vulnerables o que presenten conductas compulsivas ante el juego y las apuestas, a la protección de la salud pública, de la seguridad y del orden público y a la implementación de las recientes políticas del juego responsable, con el objeto de crear un entorno de juego seguro, consciente y responsable. Sin olvidar el cometido que también tiene que ejercer la Administración para garantizar el desarrollo de esta actividad empresarial con la adecuada seguridad jurídica que vele también por sus intereses económicos en tanto promotores de empleo y desarrollo económico.»

Establecer como uso prohibido los establecimientos de juego regulado en todas las normas zonales cuyo uso predominante sea el residencial, supone, como acertadamente indica la sentencia impugnada, de facto, la imposibilidad de desarrollo de la actividad empresarial del juego en todo el centro urbano de la ciudad de Burgos, sin dejar margen alguno a la política de planificación autonómica sobre el sector del juego, ni a la efectividad del régimen de distancias previsto, tanto legal como reglamentariamente, lo que evidencia un claro incumplimiento de la normativa autonómica sectorial de aplicación.

Por todo ello, debemos concluir que el Ayuntamiento de Burgos a través de la modificación puntual de su POM impugnada, no ejerció sus potestades en el marco del artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, con respeto a la ley 4/1998, de 24 de junio, reguladora del Juego y las Apuestas de Castilla y León y no contando

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

con la adecuada justificación de la opción escogida dentro de las posibles, adoptando una medida desproporcionada.

Las razones expuestas comportan la desestimación del presente recuso de casación.

OCTAVO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

F A L L O

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

PRIMERO.- Fijar como doctrina casacional la reseñada en el fundamento de Derecho Sexto.

SEGUNDO.- No ha lugar al presente recurso de casación n.º 1809/2023, interpuesto por el Ayuntamiento de Burgos, contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, mencionada en el primer fundamento.

TERCERO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)

Así se acuerda y firma.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:a2TN-Uspp-3iFA-LVQq-J Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Carlos Lesmes Serrano (10/07/2024 13:47)
FIRMA (2): Angel Arozamena Laso (10/07/2024 13:51)
FIRMA (3): Wenceslao Olea Godoy (10/07/2024 13:52)
FIRMA (4): Angeles Huet De Sande (11/07/2024 12:49)
FIRMA (5): Fernando Roman Garcia (15/07/2024 13:50)