ADMINISTRACION DE JUSTICIA

R. CASACION núm.: 3878/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1351/2024

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 18 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3878/2023 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CÁDIZ, representado y defendido por la letrada doña Ana Fernández de la Puente Millán contra la sentencia 2 de marzo de 2023 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, recaída en los recursos contencioso administrativos acumulados números 40/2021, 41/2021 y 45/2021, relativo a la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del articulado de las Normas Urbanísticas para la regulación de los establecimientos de juego.

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 está 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:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Se han personado como partes recurridas la mercantil Gestión de Juegos, S.L., representada por la procuradora doña María Isabel Escartín García de Ceca, bajo la dirección letrada de don Daniel Piñeiro Fernández, la Agrupación Gaditana del Recreativo, representada por la procuradora doña Dolores Arrones Castillo, bajo la dirección letrada de don Jesús Manuel Saborido Perales y la Junta de Andalucía, representada por la letrada de los Servicios Jurídicos doña Helena E. García Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

1. El Pleno del Ayuntamiento de Cádiz, por acuerdo de 25 de septiembre de 2020, aprobó definitivamente la Modificación Puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU para la regulación de la implantación de los establecimientos de juego.

2. La representación procesal de la mercantil Gestión de Juegos, S.L., la de la persona jurídica Agrupación Gaditana del Recreativo y la de la Junta de Andalucía presentaron recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, que resultó en los procedimientos 40/2021, 41/2021 y 45/2021, ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sección Segunda, que resultaron en el dictado de la sentencia de 2 de marzo de 2023 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo.

3. La sentencia, en lo que ahora interesa, se basa su decisión de estimar el recurso en los argumentos contenidos en los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto: «**Tercero**.- De cuanto se lleva expuesto se concluye que la competencia para la regulación del juego en nuestra Comunidad Autónoma es exclusiva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

de la misma y ello, por lo demás, no se discute por el Ayuntamiento de Cádiz, aunque en la modificación del PGOU cuestionada ha ido más allá de lo que en un principio pretendían los grupos municipales proponentes.

En efecto, éstos se referían a que “en relación al control de la proliferación de las apuestas online y casas de juego y tomar medidas de prevención ante la ludopatía” (documento 1 del expediente), se instara “al gobierno autonómico a que, igual que pasa con el gremio de tabacaleras o farmacias, limite la apertura de las casas de apuestas físicas mediante el establecimiento de un mínimo de metros de separación o por núcleos de población, para frenar así su expansión”.

Y lo que finalmente el Ayuntamiento acordó fue, y transcribimos de nuevo su texto, “aprobar definitivamente la modificación puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU para la regulación de la implantación de establecimientos de juego, concretamente el art 3.4.11 (definición y categorías de los servicios terciarios recreativos), excluyendo del mismo “las salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar”, y el art 3.4.20 (condiciones de implantación del uso comercial), introduciendo el apartado 4 que dice:

- Tanto en edificios de uso exclusivo como en edificios de uso compartido la implantación de establecimientos de juego solamente se podrá situar en las zonas de uso global “residencia y de equipamiento”, si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o socio-cultural.

- En este sentido, se entiende por establecimiento de juego aquellos locales, recintos o instalaciones de pública concurrencia que se destinen a la práctica de juegos de suerte, envite y azar, consistentes en concursar, arriesgar o apostar cantidades de dinero u objetos susceptibles de evaluación económica con el fin de obtener un premio en metálico o, en su caso, en especie, y sin que el resultado del juego dependa de la habilidad o destreza de la persona jugadora, sino exclusivamente del azar o de la suerte”.

Por otro lado, es incuestionable la potestad de planeamiento que ostentan en plenitud los municipios, a salvo la existencia de intereses supramunicipales o de controles de legalidad que justifican la intervención en dicha materia de otras Administraciones.

El Ayuntamiento de Cádiz fundamenta el acuerdo recurrido en el art 9 de la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía, que define cuáles son las competencias propias de los municipios andaluces, aunque la cita que hace de esta Ley se limita a los apartados 1, 13 y 22, […] No explica, sin embargo, el Ayuntamiento, en cuál de los varios subapartados del art 9.13 residencia su competencia para justificar en una cuestión de salud pública el acuerdo del que conocemos […]. La referencia genérica al art 9.13 es, pues, insuficiente para justificar la decisión adoptada, máxime cuando dicho precepto, salvo una convincente explicación en contrario que no se ha dado, parece referirse más bien a cuestiones de salubridad pública -en consonancia con lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, art 25.2.j)-, algo que ya advertimos al resolver la pieza de medidas cautelares.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Y, en fin, el apartado 22 del art 9 habrá de entenderse en el sentido de que no se invadan con la actuación municipal competencias, exclusivas o concurrentes, que tengan atribuidas otras Administraciones.

Ciertamente, obran en el expediente distintos informes acerca el impacto del juego sobre la salud. Así, el de la Consejería de Salud y Familias, folio 63 a 69, favorable a la

Modificación Puntual, o el que emitió la Delegación Municipal de Salud sobre la adicción al juego de azar como problema de salud, que principia el expediente y en el que se basó el Ayuntamiento para iniciar la tramitación de la Modificación Puntual que nos ocupa. Nos vamos a detener en éste porque si bien este Tribunal comparte la preocupación por los perniciosos efectos del juego patológico en general y más en colectivos vulnerables, como los menores, que deben ser objeto de la máxima protección al efecto, no es menos cierto

que si de lo que se trata es de establecer una regulación afectante únicamente a la ciudad de Cádiz, en tal informe bien poco se dice de que se haya detectado o apreciado en Cádiz un especial y muy grave problema de salud a causa de la adicción al juego que pudiera justificar la intervención municipal vía modificación del planeamiento en los términos a

los que después nos referiremos. Así, en dicho informe se alude a un encuentro en Cádiz de profesionales (más de treinta se dice) de distintos ámbitos (sin especificar cuáles), sin mayores precisiones ni referencias a los estudios y conclusiones a los que tales profesionales llegaron, y a un estudio socioepidemiológico del consumo de drogas en la ciudad de Cádiz 2013-2017 del que resulta que, transcribimos, “cada vez se atiende más personas con problemas comportamentales como el juego patológico o la adicción al teléfono móvil y el problema está muy repartido a lo largo de la ciudad de Cádiz. En 2018 se realizaron 27 nuevos casos de tratamiento en dicho Centro (4% del total de los pacientes atendidos por adicciones)”. No nos aclara el número de personas atendidas en el quinquenio 2013-2017, ni la proporción que representan en el total de la población, ni

si esos pacientes atendidos por adicciones en ese período (o cuántos de los 27 nuevos casos de 2018) lo eran por adicción al juego patológico o por adicción al teléfono móvil, únicas alternativas en las que el informe municipal centra esos problemas comportamentales. Lo demás en él son referencias genéricas a España, a otras provincias españolas o a otros países. La falta de motivación de la Modificación Puntual es manifiesta en este sentido.

Cuarto.- […] Por más que se pretenda brindar una definición de “establecimiento de juego”, se ha de considerar que las salas de reunión en las que se desarrollen juegos de azar, para el Ayuntamiento de Cádiz y según la Modificación Puntual aprobada, ya no son uso de servicios terciarios recreativos sino uso comercial.

No se puede ocultar, sin embargo, que el propio PGOU define el uso comercial (en el que ahora incluye los establecimientos de juego) en el art 3.4.19 por remisión a la Ley andaluza 1/1996: “el uso engloba las actividades de comercio minorista, tal y como se definen en el art 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía”, referencia que hoy ha

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

de entenderse hecha al Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía.

El art 3, en la redacción vigente al tiempo del acuerdo recurrido, rezaba así: […]

Es evidente que los juegos de azar no pueden ser considerados como actividad comercial minorista a los efectos de su regulación como Uso Comercial del PGOU de Cádiz, dada la definición de éste antes expuesta, ni las salas de reunión, ahora llamadas establecimientos de juego, en las que se llevan a cabo, como locales en los que se desarrolla una actividad de venta minorista, pues no se adquieren productos para su reventa en ellos, según definición legal asumida y acogida por el PGOU. Se desvirtuaría por completo la regulación del Uso Comercial, tal como viene definido en el PGOU, si se incluyeran en él los establecimientos de juego.

A mayor abundamiento, y por si con ello no fuera bastante, ese apartado 4 que se añade al art 3.4.20 impone que la implantación de establecimientos de juego solamente se
podrá situar en las zonas de uso global “residencia y de equipamiento”, si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o sociocultural.

El propio plano de la ciudad de Cádiz que va unido al documento 3 del expediente, de elaboración municipal, deja bien claro que prácticamente en toda la ciudad no cabe la nueva implantación de un establecimiento de juego. Más claro todavía queda ello, y con una superficie afectada aún mayor, en los planos que la recurrente AGARE adjunta a su demanda.

De ello concluimos que realmente el trasfondo del asunto no es urbanístico, no se trata con la Modificación Puntual de regular un uso, porque con ella no se regula, al contrario,
deja de regularse, porque de contar con una normativa de aplicación entre los usos terciarios recreativos pasa a incluirse entre los usos comerciales a los que por propia
definición -legal y del PGOU, como vimos- la actividad no puede adscribirse. Lo más aproximado a un aspecto, muy parcial, de una regulación de usos es la distancia de 500
metros entre locales y centros educativos, deportivos o socioculturales, pero esa distancia es tan exagerada, tan desmedida, tan falta de justificación, que lo que debe concluirse de su exigencia es que el Ayuntamiento realmente ha pretendido con la Modificación Puntual la prohibición de nuevas aperturas de establecimientos del tipo que tratamos y que la mayoría de los ya existentes, si no todos, pasen a la situación de fuera de ordenación.

Quinto.- En otro orden de cosas, aparte de lo expuesto, y por lo que se refiere a esa limitación de los 500 metros, se vulnera además el art 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, redacción vigente al tiempo de estos hechos, a cuyo tenor […].

En nuestro caso, no apreciamos ninguna razón imperiosa de interés general, de entre las que sean competencia municipal, y la salud pública -que no salubridad- no lo es o, al menos, no lo es en exclusiva, como dijimos, que justifique la imposición de esa limitación, que en sí misma es, además, desproporcionada habida cuenta que conduce a la imposibilidad de nuevas

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

aperturas de salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar, sin que se hayan valorado otros límites menos restrictivos o distorsionadores, como dice el transcrito precepto.

O, en palabras del TS, Sentencia de 22 de octubre de 2019, recurso 4238/18, en la que se dilucidaba la conformidad al ordenamiento jurídico de la distancia establecida entre salones de juego, el establecimiento de tales distancias "....constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el art 5 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", exigencias que tampoco se cumplen en el caso examinado.

Además de lo expuesto, hemos de remitirnos al respecto a lo que antes expusimos acerca de la motivación en el Tercero de los Fundamentos de Derecho, in fine. »

4. Contra la anterior sentencia presentó recurso de casación la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz.

SEGUNDO.- El recurso de casación promovido por la parte.-

1. La parte recurrente, la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos los artículos 137 y 140 de la Constitución, el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad del mercado.

2. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, toda vez que la sentencia vulnera el principio de autonomía local, al vaciar de contenido las competencias municipales en las materias de urbanismo y protección de la salud, así como la regulación de la normativa de unidad de mercado ante la existencia de una razón imperiosa de orden público.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

3. Subraya que la normativa que entiende vulnerada forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se da la presunción contenida en el artículo 88.2, letra a), y el artículo 88.3, letra a) LJCA.

TERCERO.- Admisión del recurso.-

Mediante auto de 8 de mayo de 2023, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó auto el 25 de enero de 2024 acordando:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 3878/2023, preparado por la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz, contra la sentencia de 2 de marzo de 2023, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en los recursos acumulados 40/2021, 41/2021 y 45/2021.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

1) Determinar si los municipios tienen competencia, y en su caso a través de qué título o títulos competenciales, para regular la apertura y funcionamiento de establecimientos de juego en el término municipal y los límites, en su caso, de dicha competencia.

2) Determinar si resulta ajustado a Derecho que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias, y singularmente a través de la potestad de planeamiento en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.

3.º) 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 Razonamiento Jurídico Cuarto, apartado 2, de este auto.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Remitir las actuaciones para su tramitación y decisión a la Sección Quinta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme (artículo 90.5 LJCA).»

CUARTO.- Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: «Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por formulado, en tiempo y forma, ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia de 2 de marzo de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Recurso Nº 40/21 (Acumulados 41/21 Y 45/21), y en su virtud dicte Sentencia por la que estime el recurso, anulando la sentencia recurrida y declarando la conformidad a derecho del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cádiz de 25 de septiembre de 2020, al punto 3º del orden del día, que aprueba definitivamente la Modificación Puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU número 3.4.11 y 3.4.20, con imposición de costas a las partes recurridas.»

QUINTO.- Oposición al recurso.-

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Dado traslado para oposición, la representación procesal de Gestión de Juegos, S.L presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, y termina suplicando a la Sala: «que tenga por presentado este escrito, y, en su virtud, por evacuado el trámite de oposición al recurso que se me confería mediante Providencia del día 5 de abril de 2024, acordando su admisión y, en su virtud, proceda en su día a dictar sentencia por la que se acuerde declarar no haber lugar a la estimación del recurso, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.»

Asimismo, por la representación procesal de la Agrupación Gaditana del Recreativo, se presentó escrito de oposición y en base a las alegaciones realizadas en el mismo, suplica a la Sala «dicte resolución por la que se confirme íntegramente la sentencia de 2 de marzo de 2.023 recurrida. Con imposición de costas a la recurrente de proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 139.3 y 93.4 de la Ley de esta Jurisdicción.»

Por la representación de la Junta de Andalucía se formula oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, suplicando a la Sala la desestimación de este y la confirmación de la sentencia impugnada.

SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose por providencia de 19 de junio de 2024 para votación y fallo la audiencia del día 16 de julio de 2024, en cuyo acto tuvo lugar su celebración**,** habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento**.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

La representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz ha impugnado la Sentencia de 2 de marzo de 2023, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Andalucía, con sede en Sevilla, que estimó el recurso contencioso-administrativo número 40/2021 y acumulados números 41/2021 y 45/2021, interpuesto por la mercantil Gestión de Juegos, S.L.; la Agrupación Gaditana del Recreativo (A.GA.RE) y la Junta de Andalucía contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Cádiz, de fecha 25 de septiembre de 2020, de aprobación definitiva de la Modificación Puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU en concreto, artículos 3.4.11 y 3.4.20, para la regulación de la implantación de establecimientos de juego.

La Sentencia impugnada de entrada, hace una síntesis de los motivos de impugnación que las recurrentes esgrimen en concreto, (1) la falta de competencia del Ayuntamiento de Cádiz por razón de la materia, ya que la regulación del juego privado es competencia exclusiva de la Junta de Andalucía; (2) la vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y (3) subsidiariamente, que el acuerdo carece de justificación y de fundamentación.

Continua haciendo una referencia al marco normativo vigente estatal y autonómico del que resulta la exclusividad de la competencia autonómica en materia de juego, plasmada en los siguientes particulares: Qué juego o apuesta se autoriza; a quién se autoriza su organización y explotación exigiéndose unas condiciones esenciales a las empresas titulares y por último, en donde se autoriza el juego o apuesta concreto, prestándose un especial énfasis a la defensa de los menores, a los que se limita la entrada en locales en los que se practique el juego.

Alerta que es con posterioridad a la aprobación de la modificación del PGOU objeto de impugnación, que se han verificado diversas reformas en la normativa autonómica con la finalidad de normar las distancias mínimas respecto de los accesos de centros educativos de enseñanza reglada no universitaria, estableciéndose para los salones de juego de nueva apertura una distancia mínima de ciento cincuenta metros radiales respecto de los accesos de entrada a los referidos centros docentes.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Aborda seguidamente, la normativa que invoca el Ayuntamiento de Cádiz para fundamentar la adopción del acuerdo impugnado en concreto, el artículo 9 de la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía, que define cuáles son las competencias propias de los municipios andaluces, en particular los apartados 1, 13 y 22 cuya literalidad reproduce.

Del análisis de la misma y en particular, del apartado 13, la Sala aprecia que si bien se integra por un conjunto de subapartados, el ente local no designa en cuál de ellos residencia su competencia para justificar en una cuestión de salud pública la necesidad de la modificación del PGOU, considerando que la referencia genérica al artículo 9.13 es insuficiente para justificar la decisión adoptada por referirse a cuestiones de salubridad publica -en consonancia con el artículo 25.2, letra j) de la LBRL- y sin que los informes que obran al expediente administrativo, relativos al impacto del juego en la salud -se detiene y analiza el emitido por la Delegación Municipal de Salud sobre la adicción al juego de azar como problema de salud- aporten luz sobre el particular, de donde concluye que la falta de motivación de la Modificación Puntual es manifiesta.

A continuación, pasa a examinar las concretas normas urbanísticas del PGOU afectadas por la Modificación Puntual -Secciones Segunda y Tercera del Capítulo 4- relativas a las Condiciones Particulares del Uso de Actividades Económicas.

De tal análisis, obtiene las siguientes conclusiones:

i) El Acuerdo impugnado excluye de la categoría de uso terciario recreativo "*las salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar*"; y añade, "*Así pues, las salas de reunión en la que se lleven a cabo juegos de azar dejan de estar reguladas en el Uso de Servicios Terciarios pues ya no se de consideran integradas en él.*"

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

ii) No obstante el propósito de brindar una definición de *"establecimiento de juego"*, para el Ayuntamiento de Cádiz y según la Modificación Puntual aprobada, *"ya no son uso de servicios terciarios recreativos sino uso comercial."*

iii) Una vez transcrito el artículo 3 del Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, razona según transcribimos, *"Es evidente que los juegos de azar no pueden ser considerados como actividad comercial minorista a los efectos de su regulación como Uso Comercial del PGOU de Cádiz, dada la definición de este antes expuesta, ni las salas de reunión, ahora llamadas establecimientos de juego, en las que se llevan a cabo, como locales en los que se desarrolla una actividad de venta minorista, pues no se adquieren productos para su reventa en ellos, según definición legal asumida y acogida por el PGOU. Se desvirtuaría por completo la regulación del Uso Comercial, tal como viene definido en el PGOU, si se incluyeran en eil los establecimientos de juego."*

iv) La nueva previsión relativa a que la implantación de establecimientos de juego solamente se podrá situar en las zonas de uso global de *"residencia y de equipamiento"*, si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o socio-cultural, es puesta en relación con el plano de la ciudad de Cádiz unido al documento 3 del expediente de elaboración municipal, para deducir que *"prácticamente en toda la ciudad no cabe la nueva implantación de un establecimiento de juego.",* lo que queda aún más claro -según refiere- con los planos que la recurrente A.GA.RE aporta a su demanda.

v) En definitiva, concluye que el trasfondo de la controversia no es urbanístico pues con la Modificación Puntual dirigida a la regulación de un uso del suelo, *"con ella no se regula, al contrario, deja de regularse, porque de contar con una normativa de aplicación entre los usos terciarios recreativos pasa a incluirse entre los usos comerciales a los que por propia definición -legal y del PGOU, como vimos- la actividad no puede adscribirse. Lo más aproximado a un aspecto, muy parcial, de una regulación de usos es la distancia de 500 metros entre locales y centros educativos, deportivos o socioculturales, pero esa distancia es tan exagerada, tan desmedida, tan falta de justificación, que lo que debe concluirse de su exigencia es que el Ayuntamiento realmente ha pretendido con la Modificación Puntual la*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

prohibición de nuevas aperturas de establecimientos del tipo que tratamos y que la mayoría de los ya existentes, si no todos, pasen a la situación de fuera de ordenación."

Aborda a continuación, la alegación de infracción del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, redacción vigente al tiempo de estos hechos, relativo al Principio de Necesidad y Proporcionalidad.

Según razona la Sala territorial, la limitación de los 500 metros vulnera el citado precepto dado que no aprecia ninguna razón imperiosa de interés general de entre las que son competencia municipal y de salud pública – y matiza, que no de salubridad – que justifique aquella, habida cuenta que -reitera ahora- es desproporcionada por conducir a la imposibilidad de nuevas aperturas de salas de reunión relacionadas con el juego de azar y sin que conste que se hayan valorado otros limites menos restrictivos. Trae a colación y transcribe, la STS de 22 de octubre de 2019 (recurso número 4238/2018), según la cual, se considera una limitación a la libertad de establecimiento, las limitaciones de distancia entre salones de juego, siendo por ello que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el art 5 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.

Une a ello, la manifiesta falta de motivación de la Modificación del PGOU.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver la siguiente cuestión:

«1) Determinar si los municipios tienen competencia, y en su caso a través de qué título o títulos competenciales, para regular la apertura y funcionamiento de establecimientos de juego en el término municipal y los límites, en su caso, de dicha competencia.

2) Determinar si resulta ajustado a Derecho que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias, y singularmente a través de la potestad de planeamiento en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.»

Identifica, asimismo, como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si asiì lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: Artículos 137 y 140 de la Constitución; Artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía; Artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local; Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad del mercado.

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

El Ayuntamiento de Cádiz hace valer los siguientes motivos de impugnación:

1.- Infracción de los artículos arts. 137 y 140 de la Constitución Española; Art. 92 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Hace especial mención de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en particular su artículo 6 *"-2. Las competencias locales que determina la presente ley tienen la consideración de propias y mínimas, y podrán ser ampliadas por las leyes sectoriales. 3. La determinación de competencias locales se rige por el principio de mayor proximidad a la ciudadanía"; articulo 8 -clausula general de competencia- y*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

articulo 9 que atribuye a los municipios andaluces como competencia propia, nº 13 "Promoción, defensa y protección de la salud pública".

Señala que subyace a la Modificación Puntual del PGOU, la salvaguarda de la salud pública como justificación de la opción adoptada por el planeamiento, dentro de la facultad discrecional que tiene el planificador urbanístico y considera infundado e insuficiente que la Sentencia impugnada concluya sobre una manifiesta falta de motivación por el hecho de no haberse especificado el subapartado del artículo 9.13 de aquel texto legal, en que se residencia la competencia del municipio.

Defiende que puesto el listado de posibles actuaciones municipales en concordancia con en el título competencial genérico (Promoción, defensa y protección de la salud pública), la negada motivación puede ser aportada por los siguientes:

(a) La elaboración, aprobación, implantación y ejecución del Plan Local de Salud;
b) El desarrollo de políticas de acción local y comunitaria en materia de salud;
c) El control preventivo, vigilancia y disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud, y
d) El desarrollo de programas de promoción de la salud, educación para la salud y protección de la salud, con especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad o de riesgo.

2.- Infracción del 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.

Todos ellos relativos a la atribución al municipio de la potestad de planeamiento urbanístico para que decida sobre la configuración del

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

asentamiento urbano y que la Sentencia que impugna, vacía de contenido por mor de la competencia autonómica en materia de casinos y establecimiento de juegos y apuestas.

Considera extrapolables los pronunciamientos que contiene la Sentencia de esta Sala número 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019), de la que destaca ciertos pasajes, en relación con las viviendas para fines turísticos, que entiende aplicable mutatis mutandi al supuesto actual, con la finalidad de evidenciar el modo en que resuelve el aparente "choque" competencial entre la competencia exclusiva autonómica en materia de turismo y regulación de los establecimientos hoteleros y hosteleros y la competencia municipal para intervenir a través del planeamiento para regular los usos y condiciones de implantación de las viviendas con fines turísticos y que en el caso de autos, ha de tenerse en cuenta ya que en la actividad de juegos de azar y apuestas intervienen diversos títulos competenciales, que se reparten el Estado, las Comunidades Autónomas y los municipios, según el caso.

Finaliza este motivo de impugnación, significando que la Modificación puntual del PGOU fue informada positivamente por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación e inscrita en el registro autonómico de instrumentos urbanísticos, en virtud de resolución favorable de dicha Conserjería.

3.- Infracción a sensu contrario, del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Resalta ahora que la finalidad de la Modificación puntual del PGOU de Cádiz es la imposición de condiciones que hagan compatible la implantación del uso de establecimiento de juego con la existencia de usos generadores de convivencia humana, especialmente en lo que se refiere a la determinación de distancias mínimas respecto a espacios frecuentados por la infancia, la adolescencia y la juventud, esto es, regular las condiciones de implantación de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

los establecimientos en suelo residencial y de equipamiento de la ciudad y en proximidades a colegios, centros deportivos y socio culturales frecuentados por menores.

Asocia tal objetivo a que entre las razones imperiosas de interés general que 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, define se encuentra la salud.

Siendo aquel el objetivo de la modificación de las Normas Urbanísticas, especifica que afectara tan solo a los establecimientos de juego que se pretendan implantar tras su entrada en vigor, no quedando afectados los ya existentes.

Insiste en que se dio traslado a todas las consejerías competentes – Salud y Familia; Ordenación del Territorio; Hacienda, Industria y Energía – sin que plantearan objeciones al expediente de modificación puntual.

Aporta el dato de que modificaciones parciales del planeamiento se han llevado a cabo entre otros, en los municipios de Alcalá de Guadaira, Lebrija, Lucena, asimismo, sin objeción por parte de la Junta de Andalucía, por lo que en definitiva, entiende que la Sala territorial al desconocer estos datos, incurre en una vulneración a sensu contrario del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

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.

CUARTO.- El escrito de oposición de la AGRUPACIÓN GADITANA DEL RECREATIVO (A.GA.RE.)

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Defiende la extralimitación competencial en el ejercicio de las que tiene atribuidas por invadir competencias atribuidas a la Administración autonómica, dejándolas además alguna de ellas sin efectos, como la referente a planificación de establecimientos de juego presencial.

Lo realmente verificado por el Ayuntamiento no es otra cosa que establecer límites adicionales a los autonómicos por los que prohibir la implantación de establecimientos de juego en todo el término municipal, quedando los ya existentes fuera de ordenación.

A continuación y para oponerse al segundo de los motivos impugnatorios, trae a colación la sentencia número 3/2023, de 17 de enero, recurso número 55/2021, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos, sección 1ª), con valoración de la Sentencia de esta Sala número 1550/2020, de 19 de diciembre, recurso 5958/2019, con ocasión del análisis de las políticas urbanísticas en materia de viviendas turísticas.

En relación con el tercero de los motivos impugnatorios, insiste en la línea marcada por la Sentencia impugnada en la vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2012, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Concluye solicitando la expresa desestimación del recurso.

QUINTO.- El escrito de oposición de la mercantil GESTIÓN DE JUEGOS, S.L.

Niega que la Sentencia impugnada cuestione las competencias municipales en materia de urbanismo y salud pública, ni el principio de autonomía local para la gestión de los intereses que afectan a sus ciudadanos, entre ellos la salud y salubridad públicas que pueden verse afectadas por una inadecuada ordenación del territorio.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Sin embargo, rechaza que la modificación del PGOU tal como pretende la entidad municipal, pueda ampararse en el artículo 25.2, letra a) de la Ley de Bases de Régimen Local - Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación- y en ultimo termino, en la protección de la salud pública.

De acuerdo con la Sentencia impugnada en el correlativo a la falta manifiesta de motivación de la Modificación Puntual, insiste en que no siendo fruto del ejercicio de la potestad de planificación urbanística, es obligado atenerse a las previsiones de los artículos 149.1.16 y 17 y 148.1.21 de la Constitución Española sin que, por otra parte, puedan apreciarse supuestos de salubridad pública (artículo 25.2.j de la LRBRL) a la vista de la fundamentación e intencionalidad real del acuerdo recurrido, ni acudir a cláusulas competenciales residuales (artículo 92.2.nÞ. del Estatuto de Andalucía) para justificar la arrogación de unas competencias que no le pertenecen o la injerencia en las mismas con la excusa de proteger fines e intereses mayores mediante el ejercicio de otras que reputa exclusivas o, al menos, compartidas.

Dando un paso más, insiste en que no se han motivado por el Ayuntamiento recurrente las razones técnicas, económicas, sociales o urbanísticas por las que se considera necesario o conveniente ejercer competencias, si no ajenas, al menos compartidas con la Comunidad Autónoma de Andalucía, y establecer unos límites concretos, y no otros, a la instalación y aperturas de Salones de Juego, que difieren de los previstos por la entidad que ostenta las competencias exclusivas sobre el Juego, a lo que añade que tampoco se concretan ni se documentan adecuadamente, los efectos perniciosos que trata de precaver sino que más bien, se ha dejado arrastrar por la presión social y mediática provocada por la publicidad agresiva de grandes compañías de apuestas y juego online que nada tienen que ver

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

con la actividad presencial que se lleva a cabo en los salones de jugo como aquel para el que solicitó una licencia.

A su juicio la cuestión casacional a resolver se constriñe a determinar si en esta concreta cuestión del establecimiento y ubicación de salones de juego, concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que justifican la intervención de otras Administraciones supraordenadas al municipio, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Y estima que en el caso concreto, el Ayuntamiento ha desconocido los principios de oportunidad, proporcionalidad, estabilidad y seguridad jurídicas pues el Acuerdo impugnado supone un ius variandi inadmisible, ya que la potestad de planeamiento se ha ejercido atentando los límites de la discrecionalidad.

En relación con las cuestiones que suscita trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos, sección 1a) número 3/2023, de 17 de enero, Recurso número: 55/2021.

Concluye solicitando la expresa desestimación del recurso.

SEXTO.- El escrito de oposición de la Junta de Andalucía.

No negando las competencias municipales en materia de planificación urbanística y el principio de autonomía local cuyo reconocimiento ha quedado salvaguardado, centra la controversia en la injerencia municipal en la competencia exclusiva en materia de juegos y apuestas y por tanto en la ley 2/1986, de 19 de abril, del juego y apuestas, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin que exista motivación alguna de la prevalencia de su competencia en la promoción, defensa y protección de la salud pública sobre la correlativa autonómica en materia de juego.

Señala que no existe ley estatal ni autonómica que atribuya a los Ayuntamientos andaluces competencia regulatoria alguna en materia sanitaria,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

ni en materia de protección de menores que es la única competencia posible para pretender la fijación de distancias respecto a centros educativos que sin embargo, es propia de la comunidad autónoma.

A continuación, incide en que siendo titular el Ayuntamiento de Cádiz de competencia en materia de planificación urbanística, no es esta la invocada en la Memoria Justificativa de la Modificación que se ha centrado en limitar aún más, las previsiones autonómicas en materia de distancias mínimas a centros docentes.

Añade que la limitación en la oferta de un bien o de un servicio, como sería la de ocio del juego, es una medida extrema de intervención pública sobre una actividad económica que tiene que ser muy razonada para resultar compatible con el artículo 38 CE, sin que tal limitación pueda ser impuesta por una administración local en el ejercicio de su competencia de planificación urbanística pues de facto, ha vaciado de contenido la regulación sectorial en otras materias como sucede con la materia de juegos y apuestas.

Postula que la cuestión de interés casacional objetivo segunda, sea contestada en el sentido de no resultar ajustado a Derecho que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias, y singularmente a través de la potestad de planeamiento en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas, incida en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.

En el hipótesis de que la contestación de la Sala no siga el sentido postulado, con carácter subsidiario, interesa la estimación de las pretensiones ejercitadas en el escrito de demanda, por existir una manifiesta ausencia de justificación de la medida adoptada, la cual resulta excesiva y desproporcionada, sin que baste motivar la medida en la protección a la salud o a los menores, siendo así que y a tal efecto se remite al informe emitido por la Dirección general con competencias en materia de Juego de la Consejería,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

para poner de relieve que si los menores tienen prohibido el acceso a los Establecimientos de Juego y si los mismos deben tener un control de acceso para garantizar que los mismos no accedan a estos locales, es claro que la limitación relativa a la distancia de los Centros docentes, deportivos y socioculturales tiene un carácter de protección adicional, la distancia no es la única medida llamada a combatir posibles adicciones al juego desde la infancia, cuestionando por ello, la proporcionalidad de la distancia que se fija.

Concluye solicitando la expresa desestimación del recurso.

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

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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.

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, nº 1550/2020 (recurso de casación nº 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, mas 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 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 nº 6895/2018):

«Como toda potestad de ejercicio discrecional por la Administración, esta 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 resolvió 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, eso 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento.»

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su 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 dicta da por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 resolvió 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 nº 4900/2022, de 15 de noviembre (recurso de casación nº 8378/2021) resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia nº 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 nº 219/2019, relativa a impugnación del Acuerdo del Pleno del Consell Insular de Mallorca por el que se resolví 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" (articulo 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 resolví 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 libertad de establecimiento, no resultando suficiente centrar el debate en si las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

libertad de establecimiento vulneran dicha libertad, ya que esas limitaciones son consustanciales al planeamiento. Lo que centra 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 nº 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 otros autorizados en un radio de 800 metros. Una de las cuestiones de interés casacional a responder consistía en:

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

«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 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>>.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 libre en todo el territorio nacional y sólo 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>>.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 eso 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.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 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)

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 nº 1442/2022, de 8 de noviembre (recurso de casación nº 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), 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 nº 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 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Con posterioridad, la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala nº 205/2023, de 22 de febrero (recurso de casación nº 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 nº 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 Publicas 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).»

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:

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

«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.»

OCTAVO.- 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 nº 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 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 nº 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.

NOVENO.- Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

Convendrá en primer término, fijar cual sea el alcance de la modificación puntual del articulado de las NN.UU del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de Cádiz que contiene el Acuerdo impugnado, para la regulación de la implantación de establecimientos de juego, concretamente:

- Articulo 3.4.11 sobre definición y categorías de los servicios terciarios recreativos. La Modificación consiste en excluir de tales servicios, "*las salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar",* y

- Articulo 3.4.20 sobre condiciones de implantación del uso comercial, introduciendo un apartado 4 que reza según transcribimos:

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

"- Tanto en edificios de uso exclusivo como en edificios de uso compartido la implantación de establecimientos de juego solamente se podrá situar en las zonas de uso global "residencia y de equipamiento", si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o sociocultural.

- En este sentido, se entiende por establecimiento de juego aquellos locales, recintos o instalaciones de pública concurrencia, que se destinen a la practica de juegos de suerte, envite y azar, consistentes en concursar, arriesgar o apostar cantidades de dinero u objetos susceptibles de evaluación económica, con el fin de obtener un premio en metálico o en su caso, en especie, y sin que el resultado del juego de la habilidad o destreza de la persona jugadora, sino exclusivamente del azar o de la suerte."

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, no sin antes advertir que 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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 nº 2436/2013), resolvió el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia 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 ".

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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.

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*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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].».

Pues bien, según se lee en la Memoria, *"la implantación de salas de juegos y apuestas (…) de forma que los mismos solamente se podrán situar, en las zonas de uso global "residencial y de equipamiento", si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o sociocultural."*

Por tanto, la modificación dispone una regulación sobre la implantación de establecimientos de juego en la que introduce de un lado, un cambio de uso del juego que pasa de ser terciario recreativo a terciario comercial y de otro, un régimen de distancias mínimas respecto de parcelas o zonas destinadas a unos determinados equipamientos.

Como previamente se indicó, esta Sala ha proclamado con reiteración que el pleno respeto al principio de autonomía local pasa porque la intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento, estableciendo determinaciones que puedan limitar la libertad de empresa, se fundamenta en el principio de vinculación negativa según el cual, las entidades locales no necesitan de 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.

Partiendo de la premisa anterior, analizamos el alcance de la modificación aprobada, desde la falta de motivación manifiesta que aprecia la Sentencia impugnada así como, la apreciada vulneración del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

El apartado "*1.- Antecedentes"*, de la Memoria que como documento 3 obra al expediente administrativo (*Documento Técnico de Modificación Puntual*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

PGOU de Cádiz para la regulación dela implantación de establecimientos de juego), según el cual, en la sesión ordinaria del Pleno municipal celebrada el día 25 de enero de 2019, se adoptó por unanimidad un acuerdo sobre control de la proliferación de casas de apuestas *on line* y casas de juego y la adopción de medidas de prevención ante la ludopatía cuya justificación quedó referida en esencia, a la preservación de la salud pública.

Con fundamento en ello, se acordó entre otras iniciativas, *"4.- Estudiar la revisión de las ordenanzas y el PGOU para introducir limitaciones urbanísticas a la implantación de locales de apuestas en las inmediaciones de espacios frecuentados por la infancia, la adolescencia y la juventud, como los centros educativos, deportivos, culturales o juveniles."*

En relación con este concreto extremo, se hace constar, *"En este sentido, respecto del punto 4 del acuerdo, (…), la normativa vigente no establece una regulación pormenorizada de las zonas en las que se permite la implantación de estos establecimientos, por lo que parece oportuno que las Normas Urbanísticas contenidas en el planeamiento general del municipio que regulan los usos comerciales, hagan expresa mención a las salas de juegos y apuestas, regulando e imponiendo determinaciones que hagan compatible su implantación."*

Dado que no existe otra referencia explicativa a la conveniencia del cambio de uso, de modo que el juego presencial pase de ser terciario recreativo a terciario comercial, cabe concluir -con la Sentencia impugnada- que tal modificación de las NN.UU no se presenta razonable y sobre todo, suficientemente motivada por el Ayuntamiento de Cádiz, en términos tales que respete los criterios de proporcionalidad y necesidad a que le obliga el artículo 5 de la Ley 20/2013.

Cabe recordar que el juego por dinero es una actividad regulada, sujeta a requisitos y restricciones de diversa índole y por atribución del propio Estatuto de Autonomía para Andalucía, es de la competencia exclusiva de la

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

comunidad autónoma, tal como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 2/1986, de 19 de abril, del juego y apuestas, de la Comunidad Autónoma de Andalucía y su artículo 2 – que describe el contenido competencial – su articulo 3 – relativo a su ámbito de aplicación – y su artículo 8 que atribuye al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, la competencia para aprobar un Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad Autónoma, que especificará las denominaciones diversas, modalidades, elementos necesarios, reglas esenciales, condicionamientos y prohibiciones que se consideren convenientes imponer para su práctica, así como -lo que resulta esencial en el caso de autos-, *"Planificar los juegos y apuestas en la Comunidad Autónoma, teniendo en cuenta la realidad y la incidencia social del juego y de las apuestas, sus repercusiones económicas y tributarias y la necesidad de diversificar el juego. La planificación deberá establecer los criterios por los que se regirá la concesión de autorizaciones, tanto en lo que respecta a la distribución territorial y al número de las mismas como a las condiciones objetivas para obtenerlas."*

Incontrovertido por las partes en litigio que la competencia en materia de casinos, juegos y apuestas, es exclusiva de la Comunidad Autónoma y comprobado el amplio espectro de determinaciones que conforman su contenido material, es dable concluir que con el cambio de calificación del uso recreativo a comercial, el Ayuntamiento de Cádiz *de facto* desapodera a aquella para arrogarse la competencia de normar el juego en su término municipal como si de una actividad comercial se tratara es decir, opera una modificación competencial que comporta, la vulneración de la competencia exclusiva que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de casinos, juegos y apuestas, tal como prevé el artículo 81 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Verificado lo anterior y acudiendo a genéricas razones de protección de la salud pública que se resuelven en el expediente en afirmaciones apodícticas, introduce un régimen de distancias mínimas -500 metros- en

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

zonas de uso global "*residencial y de equipamientos"*, sin que en la Memoria analice, ni proyecte otras alternativas posibles que puedan coadyuvar a evitar el riesgo del juego en la población especialmente sensible, sino que tal como acertadamente razona la Sentencia impugnada, comportan una restricción absoluta para la implantación de los usos.

Llegados a este punto, convendrá recordar que la intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento ha de estar amparada en razones imperiosas de interés general y a su vez, estas suficientemente motivadas en los documentos justificativos que se deben elaborar en la tramitación de la modificación puntual de las NN.UU, especialmente en la Memoria explicativa, como medio que permita cohonestar la libertad de servicios y la ordenación territorial y urbanística, partiendo de que en efecto, las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento, son consustanciales a la potestad planificadora

Nada se aprecia en el citado documento en el sentido indicado, siendo correcta la conclusión alcanzada por la Sala territorial, sobre la manifiesta falta de motivación de la propia Modificación del PGOU. No se atisba cual sea el motivo de interés general que justifica la limitación de distancias siendo indiscutible – tal como resulta del contenido del fundamento de derecho anterior - que la fijación de distancias mínimas ente los locales de juego comporta una limitación a la libertad de establecimiento, la actuación limitadora del Ayuntamiento de Cádiz debe observar lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013 -necesidad y proporcionalidad- debiendo quedar justificado no solo que las limitaciones son necesarias para la salvaguarda de razones imperiosas de interés general sino además, que las concretamente impuestas son proporcionadas esto es, no solo por referencia a aquellas razones, sino por no conllevar en la practica una imposibilidad de apertura de nuevos establecimientos de juego o dejar fuera de ordenación los ya existentes.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-ZTRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

Así pues y a diferencia del caso resuelto en nuestra reciente Sentencia de 17 de junio de 2024 (recurso de casación 8754/2022), no se considera suficientemente motivada la razón de interés general que ampara el ejercicio de “ius variandi” por el ente local.

Y hemos de concluir tal como hicimos en la también reciente Sentencia núm. 1243/2024, de 10 de julio de 2024 (recurso de casación 1809/2023), que el Ayuntamiento de Cádiz no ha elaborado una justificación suficiente y adecuada de las determinaciones que introduce en la Modificación impugnada en su día, dentro de las posibles existentes, adoptando una medida de cambio de uso que no motiva y unas limitaciones en cuanto a distancias mínimas de las zonas indicadas que por desproporcionadas, conjuran la libertad de establecimiento, excediéndose de la competencia que le resulta propia en los términos que refiere el artículo 25.2, letra a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y con respeto a la Ley 2/1986, de 19 de abril, del juego y apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Lo expuesto y razonado hasta el momento, comporta la desestimación del presente recuso de casación.

DÉCIMO.- Costas Procesales.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)

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

SEGUNDO.- No ha lugar al presente recurso de casación nº 3878/2023, interpuesto por el Ayuntamiento de Cádiz, contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, 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, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:dcYQ-2TRF-9ZPj-azbY-B Puede verificar este documento en https://www.administracionde justicia.gob.es

FIRMA (1): Wenceslao Olea Godoy (19/07/2024 11:29)
FIRMA (2): Carlos Lesmes Serrano (22/07/2024 09:54)
FIRMA (3): Angel Arozamena Laso (22/07/2024 11:17)
FIRMA (4): Fernando Roman Garcia (22/07/2024 17:46)
FIRMA (5): Angeles Huet De Sande (22/07/2024 18:14)