

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 375/2015

SENTENCIA Nº 409/2018

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

Magistrados

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DON FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

DON EDUARDO PARICIO RALLO

En la ciudad de Barcelona, a 17 de mayo de 2018.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Recurso ordinario nº 375/2015, interpuesto por la Sociedad TECNOMATIC CATALUNYA SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Jaume Gassó Espina y defendida por Letrado, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada y defendida por la Abogada de la Generalitat.

Son partes codemandadas, la ASSOCIACIÓ NACIONAL D'EMPRESARIS DE MÀQUINES RECREATIVES (ANDEMAR CATALUNYA), representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carmen Rami Villar y defendida por Letrado, la ASOCIACIÓN EUROPER 2000, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Patricia Yuste Martínez y defendida por Letrada, la ASSOCIACIÓ CATALANA D'OPERADORS DE MÀQUINES RECREATIVES (ACOMAR), representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Feixó Bergadá y defendida por Letrado, la PATRONAL DEL JOC PRIVAT A CATALUNYA (PATROJOC), representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Testor Olsina y defendida por Letrado, la Asociación GREMI CATALÀ DE SALES D'OCI I NOVES TECNOLOGIES DEL JOC (GRECOJOC), representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Manjarín Albert y defendida por Letrado, y el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, representado por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Sanz López y defendido por el Letrado Consistorial.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la representación procesal de la Sociedad actora se interpuso recurso contencioso-administrativo el 23 de octubre de 2015, contra el Decret 163/2015, de 21 de julio, publicado en el DOGC de 23 de julio de 2015.

SEGUNDO - Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la nulidad de los preceptos de la disposición general que se especifican, objeto de recurso, y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO - Acordada la apertura de un periodo de prueba mediante Auto de fecha 13 de diciembre de 2016 y practicada la propuesta y admitida, formularon las partes conclusiones escritas, y finalmente se señaló para deliberación, votación y fallo, el 27 de febrero de 2018.

CUARTO - En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Constituye el objeto del proceso, tal como se ha reseñado en el primer antecedente de esta Sentencia, la impugnación por la Sociedad actora del Decret 163/2015, de 21 de julio, de modificación del Decret 240/2004, de 30 de marzo, de aprobación del Catálogo de juegos y apuestas autorizados en Cataluña y de los criterios aplicables a su planificación y de modificación de los decretos 86/2012, de 31 de julio; 23/2005, de 22 de febrero; 37/2010, de 16 de marzo, y 397/2011, de 11 de octubre, por los que se aprueban diferentes reglamentos en materia de juego, publicado en el DOGC de 23 de julio de 2015.

Solicita la parte actora, en el suplico del escrito de demanda, con fundamento en los motivos que se examinarán, que:

"a) Es declari la nul·litat del tercer apartat de l'article 14 del Catàleg de jocs i apostes autoritzats a Catalunya i dels criteris aplicables a la seva planificació, aprovat pel Decret 240/2004, de 30 de març, en la redacció donada per l'article 5 del Decret 163/2015, de 21 de juliol, en relació a les distàncies mínimes entre sales de joc.

b) Es declari la nul·litat de l'incís relatiu a l'exclusivitat d'empresa operadora de màquines recreatives per local de l'apartat 2 de l'article 27 del Reglament de màquines recreatives i d'atzar aprovat pel Decret 23/2005, de 22 de febrer, en la redacció donada pel Decret 163/2015, de 21 de juliol".

Las representaciones procesales de la parte demandada y de las partes codemandadas interesan en sus respectivos escritos de contestación a la demanda la desestimación del recurso contencioso.

SEGUNDO - 1) Con arreglo al art. 5 del Decret 163/2015, de 21 de julio:

"Se modifica el art. 14 del Decreto 240/2004, de 30 de marzo, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 14. Salones de juego

Se establece en 126 el número de autorizaciones de salones de juego o tipo B para todo el territorio de Cataluña.

Cuando se produzca la extinción de la autorización de algún salón de juego o tipo B se puede autorizar la instalación de uno nuevo, garantizando los principios de igualdad y publicidad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento aprobado por el Decreto 37/2010, de 16 de marzo, sin perjuicio del supuesto de transmisión, que se rige por lo que dispone el art. 22 del Reglamento citado.

No se puede autorizar el traslado ni la instalación de nuevos salones de juego cuando existan otros salones autorizados dentro de un radio de 1.000 metros desde la ubicación pretendida. Esta distancia se mide desde el punto central de la puerta de acceso al salón; en el supuesto en que la puerta de acceso al salón no coincida con la entrada en el edificio donde se ubica el salón, la distancia se mide desde el punto central de la puerta de acceso al salón".

2) Se impugna por la Asociación actora, la transcrita previsión relativa a distancias mínimas entre salones de juego, con fundamento en los siguientes motivos que se extraen del escrito de demanda: i) la regulación aprobada *"pateix d'una manca de motivació i de justificació suficients i, inclús, incorre en arbitrarietat"*; ii) *"en cap moment l'Administració justifica ni motiva ni acredita suficientment l'establiment de distàncies només entre salons de joc i no, per exemple, entre aquests i les sales de bingo o els casinos"*; iii) *"Vulneració del dret a la llibertat d'empresa de l'article 38 de la Constitució"*.

TERCERO - 1) Del examen del expediente administrativo se colige que contienen referencias a la justificación del régimen de distancias entre salones de juego, impugnado por la parte actora: la *"Memòria general"* de 13 de noviembre de 2014 (fol. 78); el mismo documento, en su versión de 19 de febrero de 2015 (fol. 66); la *"Memòria d'avaluació"*, de 29 de abril de 2015 (fol. 93); y el informe jurídico de 3 de diciembre de 2014 (fol. 184).

Por la Comissió Jurídica Assessora, en su Dictamen 216/15, emitido en fecha 2 de julio de 2015, en relación con el Proyecto de Decret, se insistió (fol. 377) *"en la necessitat d'aprofundir en la fonamentació del règim de distàncies mínimes entre salons de joc i en les raons que porten a no estendre aquesta mesura a la ubicació*

de bingos i salons de joc, atesa la coincidència parcial de tipus de joc (bingo electrònic) que s'hi pot practicar”.

2) Pues bien. La anterior indicación se atendió mediante la “Nota de valoració de les observacions formulades per la Comissió Jurídica Assessora”, suscrita por la DG de Tributs i Joc en fecha 8 de julio de 2015 (fol. 383), donde se señala, en resumen:

“L'Estatut d'Autonomia de Catalunya (article 141.1) atribueix a la (GC) la competència exclusiva en materia de jocs, apostes i casinos, si l'activitat s'acompleix exclusivament a Catalunya...”

L'article 4 de la Llei 15/1984, de 20 de març, estableix que correspon al Govern planificar els jocs i les apostes...

En exercici d'aquesta competència, el Govern de la (GC) sempre ha emprat com a instrument de regulació i planificació del joc, la previsió d'un règim de distàncies entre establiments de joc i no es tracta d'una mesura innovadora...

En aquest sentit, la normativa ha establert limitacions al nombre màxim d'autoritzacions de determinats establiments de joc (el nombre de casinos, el de salons de joc i el de sales de bingo); ha limitat el nombre de màquines que es poden instal·lar en determinats locals...o ha establert unes distàncies entre establiments de joc (reglament de jocs del bingo)...

Mitjançant la fixació de distàncies entre establiments de joc, es pretén evitar la concentració d'aquesta modalitat de locals en una àrea o zona determinada. En aquest sentit, moltes les ordenances municipals preveuen aquestes limitacions en determinats núclis del seu municipi, ja que la concentració d'aquest tipus d'establiments pot alterar la convivència ciutadana.

Sense perdre de vista la facultat del Govern per planificar en el territori la pràctica del joc, el principal motiu per limitar aquesta concentració és protegir l'interès dels col·lectius més vulnerables: la ubicació en un espai reduït de un gran nombre d'establiments de joc produeix un efecte reclam envers els menors i adolescents i d'aquelles persones que tenen algun problema associat a la pràctica del joc (ludopatia). El fet que el desplaçament que hagi de realitzar per anar d'un establiment a un altre sigui mínim facilita l'accés als diferents jocs i fomenta la seva pràctica.

Una justificació de què aquesta es la línia que cal seguir per evitar una distribució caòtica dels salons de joc per Catalunya ens ve donada per una comparativa...només tres comunitats autònomes no preveuen un règim de distàncies. La resta...sí que estableixen distàncies que van des dels 50 fins a 1.000 metres...

Pel mateix motiu, el Decret 240/2004, de 30 de març, estableix un règim de distàncies per les sales de bingo que la pràctica ha demostrat molt útil per la planificació i distribució d'aquests establiments en el territori.

L'opció de no establir un règim de distàncies, pot provocar el risc de que determinades zones (amb aflluència turística, comercial, etc) es converteixin en núclis on es concentrin multitud d'establiments de joc.

Respecte l'observació de perquè no s'ha establert aquest règim de distàncies també entre sales de joc i sales de bingo, atès que desenvolupen una activitat similar, cal tenir en compte que, atès que l'autorització i trasllat de sales de bingo ja preveuen també un règim de distàncies entre aquests tipus d'establiments, no establir distàncies entre sales de joc i sales de bingo el problema més greu que podria provocar seria que dins d'aquest radi poguessin coexistir un saló de joc i una sala de bingo. No es produiria en cap cas una proliferació d'aquests establiments ateses les seves respectives limitacions".

3) Como consta a las partes, anteriores regulaciones del régimen de distancias mínimas entre salas de juego hubieron de ser anuladas por este Tribunal, mediante Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008, rec. 166/2005 -confirmada por STS, Sala 3ª, de 27 de febrero de 2012, rec. 5639/2008-, por defectos del procedimiento de aprobación de la disposición general, y mediante Sentencia de 4 de junio de 2012, rec. 210/2010, por carencias de motivación.

No es el caso del aquí impugnado art. 5 del Decret 163/2015, de 21 de julio, que modifica el art. 14 del Decreto 240/2004, de 30 de marzo, cuya justificación, a tenor de cuanto se ha transcrito, se estima suficiente.

En lo que se refiere a la regulación independiente de las salas de juego -suficientemente razonada como está, en relación con las salas de bingo-, respecto de los casinos de juego, con evidencia, el bajo *númerus clausus* de estos últimos, establecido en norma de rango legal (LP 6/2014, de 10 de junio, D. Adicional Segunda), justifica la procedencia de su regulación separada de las restantes categorías de establecimientos del juego.

4) Invocada por la parte actora el derecho a la libertad de empresa, ex art. 38 CE, supuestamente vulnerado por la previsión reglamentaria impugnada, procede estar a lo razonado en la STS, Sala 3ª, de 28 de marzo de 2000, rec. 2679/1996, a tenor de cuyo FJ 8º:

"...como hemos declarado en nuestras Sentencias de 23 de noviembre de 1994 (recurso de apelación 7571/90, fundamento jurídico cuarto) y 13 de julio de 1996 (recurso de casación 2783/93, fundamento jurídico séptimo), siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno 227/1993, de 9 de julio, el propio artículo 38 de la Constitución condiciona el ejercicio de esa libertad a las exigencias de la economía general y de la planificación, de manera que la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores u ordenan un sector como el de los juegos de azar, en el que las potestades administrativas de intervención y control están sobradamente justificadas por los intereses que en el mismo subyacen, ya que la libertad de empresa, seguíamos diciendo en aquellas nuestras sentencias, no ampara entre sus

contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos o condiciones, sino que, por el contrario, su ejercicio ha de ceñirse a las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica, por lo que, en conclusión, la intervención de la Administración en la instalación de los Casinos de Juego no es sino una técnica administrativa, impuesta por razones de policía, que se corresponde con el carácter de las autorizaciones llamadas "operativas", por contraposición a las simples, y que presentan como rasgo peculiar el que el acto administrativo no se agota con su emisión sino que se proyecta en una función de vigilancia respecto de la actividad autorizada a lo largo del tiempo (Sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1990, de 3 de mayo de 1994, 13 de julio de 1996 y 25 de noviembre de 1996).

(En el mismo sentido, STS, Sala 3ª, de 30 de junio de 2009, rec. 8815/2004; y Sentencia de esta Sala y Sección de 21 de julio de 2010, rec. 191/2008).

Procede, por cuanto antecede, desestimar la impugnación del art. 5 de la disposición general objeto de recurso.

CUARTO - 1) Con arreglo al art. 14 de esta última, Decret 163/2015, de 21 de julio:

"Se modifica el apartado 2 del art. 27 del Reglamento de máquinas recreativas y de azar, aprobado por el Decreto 23/2005, de 22 de febrero, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 27. Solicitud y autorización de instalación de máquinas en los establecimientos a que hacen referencia los apartados d y e del art. 24.1 de este Reglamento.

*27.2 La instalación de máquinas de tipo B en los establecimientos a que hacen referencia los apartados d y e del art. 24.1 de este Reglamento, **la debe hacer una empresa operadora** y se debe autorizar, en cualquier caso, como una actividad complementaria de la actividad principal de estos locales".*

2) Se alega en la demanda, en relación con dicha previsión reglamentaria: i) *"inexistència d'habilitació legal d'una mesura que limita la competència i la llibertat de prestació de serveis i que no respon a cap dels principis legals informadors de la regulació en el sector del joc";* ii) *"l'exclusivitat d'operadora afavoreix la concentració i, en cara que sigui a petita escala, una gestió monopolística de les màquines recreatives".*

QUINTO - 1) La Administración demandada ha alegado en el proceso, frente a los anteriores argumentos, en esencia, que *"l'article 14 del Decret 163/2015, modifica l'article 27.2 del Reglament de màquines recreatives i d'atzar, aprovat pel Decret 23/2005, de 22 de febrer, a l'efecte de suprimir qualsevol referència a aquesta modalitat de màquines recreatives tipus A, per donar compliment a la Directiva 2006/123/CE però no es va introduir cap altra modificació en la seva redacció".*

Tal con se puso de manifiesto en el Auto dictado en fecha 30 de junio de 2016 en la pieza separada de medidas cautelares seguida en este proceso, por esta Sala y Sección se dictaron, en fecha 29 de diciembre de 2015, dos Sentencias, numos. 831/2015 y 832/2015, resolviendo respectivamente los recursos numos. 254/2012 y 270/2012, teniendo por objeto común, en los términos del FJ 1º de la segunda,

"...la impugnación por la Sociedad actora del Decret 78/2012, de 10 de julio, "de tercera modificació del Reglament de màquines recreatives i d'atzar", aprobado por anterior Decret 23/2005, de 22 de febrero.

El Decret impugnado fue publicado en el DOGC de 12 de julio de 2012, y mediante su artículo único, modifica la redacción de los arts. 6, 6 bis (suprimido), 7, 8, 9, 11, 12, 22, 24, 26, 27, 43 y 46 del anterior Decret 23/2005".

En el FJ 8º de la segunda Sentencia, se razonó lo siguiente:

"1) Con arreglo al art. único.11 del Decret impugnado:

"Se modifican el título y los apartados 1, 1.e) y 2 y se suprime el 3 del art. 27 del Reglamento de máquinas recreativas y de azar, aprobado por el Decreto 23/2005, de 22 de febrero, que queda redactado de la manera siguiente:

Artículo 27. Solicitud y autorización de instalación de máquinas en los establecimientos a los que hacen referencia los apartados d) y e) del art. 24.1 de este Reglamento.

*...2. La instalación de máquinas de tipo A y B en los establecimientos a que hacen referencia los apartados d) y e) del art. 24.1 de este Reglamento **se realizará por una empresa operadora por cada tipo de máquina** y se autorizará en cualquier caso como una actividad complementaria de la actividad principal de estos locales".*

*2) En relación con este precepto, en su redacción originaria en el Proyecto de Decret, la **Comissió Jurídica Assessora**, en su dictamen 170/12 (FJ VI), razonó lo siguiente:*

*"E) Apartat 11 de l'article únic. La reforma que es projecta de l'article 27, on es regula la instal.ació de màquines tipus A i B, estableix en l'apartat 2 que la instal.ació d'aquestes màquines en els establiments als quals fan referencia les lletres d) y e) del art. 24.1 **es farà en règim d'exclusivitat a favor d'una única empresa operadora per local.***

El règim d'exclusivitat que estableix, és a dir la prohibició de simultaniejar més d'una única empresa operadora en el mateix establiment, perquè afecta la llibertat de contractación del titular de l'establiment, en el context de la llibertat d' empresa de l'article 38 de la Constitució, ha de tenir fonament legal i ha d'estar basat en la protecció de béns jurídics superiors o en raons tècniques que facin necessari adoptar la mesura.

La Llei del joc, en l'article 4.1, en atribuir al Consell Executiu la planificació del joc,

obre el camí a la intervenció pública en l'ordenació del joc, si bé aquesta intervenció s'ha de fonamentar en algun dels criteris i principis als quals fa referència la llei: l'atenció a la realitat i la incidència social del joc, les seves repercussions econòmiques i tributàries i la necessitat de reduir, diversificar i no fomentar-ne l'hàbit, i d'impedir, dis de la seva gestió, activitats monopolístiques. Cal comprovar, per tant, si l'exclusivitat que es projecta està prevista directament en una llei o bé si respon a la defensa d'interessos generals connectats amb el joc.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora considera que l'exclusivitat que ara es projecta ni té habilitació legal expressa ni es pot connectar als principis legals que ordenen la intervenció planificadora del Govern en el joc. La justificació de la mesura que es dona a l'expedient es limita a deixar constància que "la convivència d'operadors en un mateix establiment ha estat sovint poc pacífica" o a refugiar-se en el fet que és una mesura temporal que "dura 5 anys"; raons de poc pes davant de les quals qui s'oposen a la mesura al·leguen que mostren que l'exclusivitat no tan sols no és adequada, necessària i proporcionada, sino que tampoc respon a un interès general. Per la qual cosa cal concloure que la mesura no respon a un interès superior o general, sinó que amb ella es preten únicament protegir interessos particulars, que són en termes generals els de les empreses operadores. En conseqüència, cal admetre que l'exclusivitat a favor d'una única empresa operadora per local no té suport legal i s'ha de suprimir.

Aquesta observació es formula amb caràcter essencial i la seva acceptació deixaria sense fonament i funcionalitat la disposició transitòria primera del Projecte sobre el qual es dictamina, que estableix el règim transitori per l'exclusivitat d'empresa operadora per local".

Se alega en el escrito de conclusiones de la parte actora que, "Finalmente la Administración demandada, valora la anterior observación en el sentido de "no imponer la presencia d'una única empresa per establiment sinó que es lliga al tipus de màquines" (fol. 401 del expediente). Esta medida tampoco resulta debidamente justificada y vulnera el principio de libertad de empresa y los objetivos de la Ley 15/1984, de 20 de marzo, del juego".

3) Procede remitirse, en cuanto a la impugnación de ese precepto, a lo razonado en la Sentencia de esta Sala y Sección, que se dicta en esta misma fecha, en el recurso 254/2012, seguido a instancias de otro recurrente, con el mismo objeto:

" La entidad recurrente impugna asimismo la nueva redacción del artículo 27.2 del Reglamento de máquinas recreativas y de azar, que ha introducido el Decreto impugnado. En concreto, la impugnación se contrae a la previsión de que la instalación de máquinas de los tipos A y B, en los establecimientos a que se refiere el artículo 24.1, apartados d) y e), del propio Reglamento, "la realizará una empresa operadora por cada tipo de máquina". Con ello, se introduce un régimen de exclusividad, conforme al cual, en cada establecimiento, todas las máquinas del tipo A han de ser instaladas por una misma empresa operadora, lo que también se predica de las máquinas del tipo B.

La sociedad actora considera que este régimen de exclusividad carece de amparo legal y contradice los principios que ordenan la actividad planificadora de la

Administración en materia de juego, en especial el de impedir actividades monopolísticas, que resultaría claramente vulnerado, en la medida en que se limita la libre competencia, impidiendo que otras empresas operadoras puedan competir en igualdad de condiciones.

Sobre esta cuestión, el dictamen emitido por la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya sobre el proyecto de reglamento que aquí se impugna, contiene una observación de carácter esencial, que se basa en las siguientes consideraciones... (sigue la transcripción que ya se contiene en este FJ).

Este Tribunal comparte y hace suyos los argumentos que tuvo en cuenta la Comisión Jurídica Asesora, que no se han visto alterados por el hecho de que, finalmente, la exclusividad se predique por separado de cada tipo de máquina recreativa, y no de todas ellas en conjunto. Por una parte, al tratarse de una limitación impuesta a la libre contratación por parte de los titulares de los establecimientos referidos, resulta necesaria la correspondiente habilitación legal, que aquí no existe. En segundo lugar, la limitación no responde a ninguno de los principios que justifican la intervención administrativa en este sector, que recoge el artículo 4 de la Ley. Las vagas referencias a la existencia de conflictos no aparece concretada de forma suficiente y, además, se trata de una medida que restringe la libre competencia, sin justificación bastante, en contra de lo que se establece en la Ley del Juego .

Por todo ello, procede estimar parcialmente este recurso, en cuanto se refiere al artículo 27.2 del Reglamento de máquinas recreativas y de azar y, por conexión, a la disposición transitoria 1ª del Decreto impugnado, en los términos que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución".

(La D.T. Primera del Decret contiene la siguiente previsión: "Als efectes del que disposa l'article 27.2, no es renovaran les autoritzacions d'emplaçament que caduquin llevat que compleixin els requisits exigits per l'esmentat article ")."

2) La modificación del Reglamento de máquinas recreativas y de azar, efectuada por el Decret 163/2015, objeto del presente recurso, suprime del art. 27.2 la mención a las máquinas tipo A, contenida en la redacción anterior conferida por el Decret 78/2012 (objeto de las dos Sentencias antedichas), como resulta evidente y en ello coinciden las partes.

Así las cosas, si esa fue la única finalidad de la modificación realizada en virtud del Decret 163/2015, como alegan las partes demandada y codemandadas, debe convenirse en que la mención anterior a "una empresa operadora para cada tipo de máquina", mantiene en la redacción actual, aunque no lo diga explícita y literalmente, el régimen de exclusividad para el tipo B que permanece.

Dicho régimen de exclusividad ha sido declarado no conforme a derecho por este Tribunal, que por tanto debe ser congruente y coherente con sus pronunciamientos, aunque las Sentencias que los contienen hayan sido recurridas en casación.

Siendo así que, "...Anulada una disposición de carácter general,... devienen inválidas también las sucesivas disposiciones generales que tenían como presupuesto de validez necesario, no sustituible, la licitud de aquélla".

(STS, Sala 3ª, de 19 de octubre de 2005, rec. 7160/2002, FJ 9º; e igualmente, STS, Sala 3ª, de 28 de junio de 2006, rec. 1900/2003, FJ 5º; y de 20 de diciembre de 2012, rec. 2662/2010, FJ 2º).

Procede pues, de acuerdo con lo antedicho y con estimación parcial del presente recurso contencioso, declarar la nulidad de la mención "*la debe hacer una empresa operadora*", contenida en el art. 27.2 del Decret 23/2005, de 22 de febrero, en la redacción conferida por el art. 14 del Decret 163/2015, de 21 de julio, aquí impugnado.

SEXTO - Sin imposición de costas a ninguna las partes, con arreglo al art. 139.1 LJCA.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora, contra el Decret 163/2015, de 21 de julio, publicado en el DOGC de 23 de julio de 2015, y declarar la NULIDAD de la mención "*la debe hacer una empresa operadora*", contenida en el art. 27.2 del Decret 23/2005, de 22 de febrero, en la redacción conferida por el art. 14 del Decret aquí impugnado.

2º.- DESESTIMAR el recurso contencioso, en lo restante solicitado.

3º.- NO HACER pronunciamiento sobre el pago de las costas devengadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al art. 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el art. 86 y siguientes LJCA.

Así, por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

