

NOTA TÉCNICA

| | |
|---------|--|
| Fecha: | 24/07/2024 |
| Para: | PATROJOC |
| A/A: | Comité técnico |
| Asunto: | Información de la STS (Plan especial urbanístico para la regulación de los juegos de azar en la ciudad de <u>Barcelona</u>) |

A).- OBJETO

1. El objeto de la presente Nota técnica es dar una opinión jurídica sobre la **sentencia nº 1361/2024, de fecha 18 de julio de 2024 (Rec. casación nº 5662/2023)¹, dictada por la Sección 5ª de la Sala de lo Cont-Adm del Tribunal Supremo** (en adelante, la "SENTENCIA"), por la que se desestima el recurso de casación (y **fija doctrina**) interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona frente a la sentencia del TSJ de Cataluña nº 1047/2023, de fecha 21-3-2023², que **estimó parcialmente** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **PATROJOC** y declaró la **nulidad** *"de los artículos 15 y 16 de la Ordenanza y así como la DT primera y segunda en cuanto reputan como fuera de ordenación las actividades que contraríen dicha norma"* y *"de los arts. 10 y 11 en cuanto regulan la distancia y el concepto de usos protegidos"*.

B).- DOCUMENTACION FACILITADA

2. Al aquí firmante se le ha facilitado la siguiente documentación:
 - La SENTENCIA.

C).- ANÁLISIS

3. Empezaremos el análisis transcribiendo el FALLO de la SENTENCIA:

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

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

SEGUNDO.- No ha lugar al presente recurso de casación núm. 5662/2023, interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona contra sentencia núm. 1047/2023, de 21 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mencionada en el primer fundamento.

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

¹ Se acompaña dicha sentencia como **ANEXO I**.

² Procedimiento Ordinario nº 240/2021, seguido ante la Sala de lo Cont-adm del TSJ de Cataluña (Recurso SALA TSJ 2403/2021).

7. Resumen de la SENTENCIA:

1) Repaso a la doctrina jurisprudencial (FD QUINTO)

El Tribunal Supremo (en adelante, el “TS”), siguiendo la línea marcada en las sentencias dictadas anteriormente en casos similares (**Ayuntamiento de Talavera de la Reina**³ y **Ayuntamiento de Burgos**⁴) hace un repaso de la doctrina jurisprudencial existente sobre:

Por un lado, en relación con *“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”*; invocando sentencias dictadas *“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.”*

Y, por otro, sobre la **aplicación de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM)** a la **actividad del juego**, a pesar 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 y 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)⁵.

Con relación a esta última cuestión (aplicación de la LGUM al sector del juego) la SENTENCIA establece la siguiente doctrina:

*“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 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.”*

³ STS núm. 1068/2024, de 17 de junio (Rec. casación nº 1809/2023).

⁴ STS núm. 1243/2024, de 10 de julio (Rec. casación nº 8754/2022).

⁵ FD QUINTO de la SENTENCIA:

“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.”

2) Fijación de doctrina (FD SEXTO)

Con base en lo anteriormente expuesto, el TS, siguiendo lo señalado en el asunto de Talavera de la Reina, fija la siguiente doctrina sobre el particular:

*“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.”***

3) Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado (FD SÉPTIMO)

→ Principio de vinculación negativa

Respecto al **principio de autonomía local**, el Alto Tribunal reitera (como ya hizo en la sentencias sobre el caso de Talavera de la Reina y de Burgos) la aplicación del **principio de vinculación negativa** en materia de planeamientos urbanísticos que puedan limitar la libertad de empresa, lo que se significa que las entidades locales no necesitan de una habilitación específica en cada ámbito sectorial, sino que pueden establecer estas medidas urbanísticas siempre que no tengan excluida esa competencia y siempre que no contravenga la legislación estatal o autonómica que haya ya regulado previamente esa materia.

→ Incumplimiento de la LGUM

El TS, acogiendo el argumento defendido por **PATROJOC** en su escrito de impugnación al recurso, considera que el instrumento urbanístico vulnera los **principios de necesidad y proporcionalidad** exigidos por el artículo 5 de la LGUM:

“Pues bien sostiene PATROJOC en su escrito de oposición, que el PEUJA vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad exigidos por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, de modo que cualquier límite de acceso a una actividad económica o su ejercicio -y el establecimiento de distancias mínimas, sin duda lo es- exige un plus de motivación en relación con las imperiosas razones de interés público que determinan su imposición.

Entendemos que un proyecto definido por objetivos ajenos a la ordenación urbanística y de usos como es aquel, no cumple las exigencias de tal canon reforzado como por otra parte, así debe ser si atendemos a que la afectación lo es al principio de libertad de empresa proclamado en el artículo 38 C.E. y menos aún, cuando fundamenta la fijación de distancias mínimas en una ratio media sobre los criterios más arriba expresados por definición, variables y cambiantes y con arreglo a una estadística desfasada por referencia a la fecha de aprobación definitiva del PEUJA en el año 2021.”

→ Infracción de la normativa sectorial del juego

Asimismo, el Alto Tribunal, a diferencia de lo que ocurría en el caso de Talavera de la Reina, evidencia que el instrumento urbanístico incurre en **infracción de la normativa sectorial de aplicación**, acogiendo el argumentario desplegado por **PATROJOC** en su impugnación del recurso:

“Desde luego, el objetivo de protección de la salud pública en general y en particular, la preservación frente a la adicción al juego de grupos vulnerables como los menores de edad y adolescentes u otros de

*los citados en la Memoria del PEUJA, representa un interés general en los términos que dispone el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Sin embargo, ni se constata una **motivación de la medida de restricción de las distancias mínima que el Plan impone, simétrica a la entidad de aquellas razones imperiosas de interés público, ni es proporcionada por dejar sin margen alguno a la política de planificación autonómica sobre el sector del juego, ni a la efectividad del régimen de distancias previsto, tanto legal como reglamentariamente, lo que evidencia un claro incumplimiento de la normativa autonómica sectorial de aplicación.***

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.”

→ Extralimitación en el ejercicio de la competencia municipal en materia de urbanismo

Y, por todo ello, concluye que el Ayuntamiento de Barcelona, a través del acto impugnado, no ejerció sus potestades en el marco del artículo 25.2 a) de la LRBRL con respeto a la normativa de Juego.

*“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 Barcelona no ha elaborado una justificación suficiente y adecuada de las determinaciones que introduce en el PEUJA impugnado en su día, dentro de las posibles existentes, adoptando unas limitaciones en cuanto a distancias mínimas de las zonas indicadas que por **desproporcionadas e inmotivadas**, 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 normativa sectorial vigente en la Comunidad Autónoma.”*

Atentamente,

Fdo. Javier Egocheaga Laiz
Abogado y Consejero experto independiente de PATROJOC