



***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

SECCION 1ª

Presidente/a Ilma. Sra. Dª. M. Begoña González García

SENTENCIA

Sentencia Nº: 3/2023

Fecha Sentencia: 17/01/2023

URBANISMO

Recurso Nº: 55/2021

Ponente Dª. M. Begoña González García

Letrado de la Administración de Justicia: Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por: MLS

Modificación Puntual del PGOU respecto de creación de una nueva categoría de Uso Productivo de Uso Terciario Recreativo específica para establecimientos de juego regulado y prohibición en las normas zonales cuyo uso sea el residencial. Y de limitar en las normas zonales, cuyo uso predominante es el residencial, la publicidad de dichos establecimientos.

URBANISMO Num.: 55/2021

Ponente D^a. M. Begoña González García

Letrado de la Administración de Justicia: Sr. Ruiz Huidobro

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1^a

SENTENCIA N^o. 3/2023

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

D^a. M. Begoña González García

En la ciudad de Burgos a diecisiete de enero de dos mil veintitrés.

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

Ha comparecido como parte demandada el Ayuntamiento de Burgos, representado por el Procurador Don Eugenio Echevarrieta Herrera y defendido por el Letrado Don Juan José González López.

Y como parte codemandada, la Asociación Burgalesa del Juego Patológico representada por la Procuradora Doña Carmen Álvarez Gimeno y defendida por el Letrado Don Luis Oviedo Mardones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo con fecha 21 de mayo de 2021, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos. Admitido a trámite el recurso, se le dio la publicidad legal, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito presentado el día 1 de septiembre de 2021, que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando sea dictada sentencia por la que estimando en todas sus partes el presente recurso contencioso administrativo, se declare nula, anule o revoque y deje sin efecto, la resolución administrativa que se impugna dejando sin efecto la modificación del PGOU promovido por el Ayuntamiento de Burgos, todo ello con expresa imposición de costas a la contraparte si se opusiese a dichas pretensiones.

SEGUNDO. - Se confirió traslado de la demanda por término legal a la parte demandada, que contestó en forma legal por escrito a 30 de noviembre de 2021, solicitando se tuviera por contestada la demanda e inadmitir o subsidiariamente desestimar el recurso, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Y en iguales términos la parte codemandada, por medio de escrito de 24 de enero de 2022, en el que interesaba se desestime íntegramente la demanda, declarando ajustada a derecho la resolución impugnada con todo lo

demás que en derecho proceda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Una vez dictado Decreto de fijación de cuantía y recibido el recurso a prueba, se practicó con el resultado que obra en autos y habiendo solicitado las partes la presentación de conclusiones escritas, se evacuó traslado para cumplimentar tal trámite, quedando los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día **doce de enero de dos mil veintitrés** para votación y fallo, lo que se efectuó.

En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Begoña González García, Magistrado integrante de la Sala y Sección, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Objeto de recurso y Fundamentos de la demanda.

Es objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional el Acuerdo de 19 de febrero de 2021 del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU de Burgos, dicha modificación tiene por objeto establecer una categoría específica de uso terciario recreativo que contribuya a contravenir los riesgos en la salud del juego patológico, promovida por la Asociación para la Rehabilitación del Juego Patológico de Burgos.

Frente a dicho acuerdo se alza en el presente recurso jurisdiccional, la asociación recurrente, tras recoger el objeto de la modificación y los antecedentes de la misma, así como lo acaecido con ocasión de la tramitación de dicha modificación, invocando como fundamentos de derecho de su pretensión impugnatoria, que:

1.- Concorre la causa de nulidad de pleno derecho, en base al artículo 47.1 b) Ley 39/2015 por la falta de competencia municipal para regular la

instalación de establecimientos de juego privados presenciales a través de la modificación del PGOU.

Ya que el art. 4 de la Ley 7/1985 de 2 de abril de Bases de régimen Local reconoce la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos y en ejercicio de la misma, las entidades locales elaboran y aprueban los instrumentos de planeamiento, a través de los cuales ordenan de forma general y detallada las posibilidades de construcción y uso que se pueden desarrollar en su ámbito municipal y que tras la aprobación del Estatuto de autonomía, las competencias en materia de juego fueron asumidas, con base en el artículo 149.3 de la Constitución, a partir de la transferencia competencial operada por la Ley Orgánica 9/1992 del Estatuto de autonomía y en materia de juego y apuestas en virtud del traspaso de competencias realizada por el Real Decreto 1686/1994, siendo dichas competencias de naturaleza exclusiva, por lo que es una evidente invasión competencial, la utilización de un instrumento urbanístico municipal, para la prohibición de establecimientos de juego presenciales en zonas residenciales bajo el pretexto de dispensar protección a los usuarios en evitación de conductas de juego patológicas.

Ya que esta transgresión no se justifica ni desde el ámbito de protección de consumidores y usuarios, como de salud pública o de la protección de menores, porque esos bienes jurídicos tienen su especial regulación a partir de la normativa autonómica y fundamentalmente con la Ley 4/1998 de 24 de junio reguladora del Juego y las Apuestas en Castilla y León, y las normas de desarrollo reglamentario.

Ya que se pone de relieve el régimen normativo que existe en materia de juego, que configura un sistema de intervención administrativa y fiscalizadora, por lo que existe un marco más que suficiente para que el ejercicio de esta actividad económica se desarrolle con unas garantías dirigidas a proteger las situaciones más vulnerables o los aspectos del juego que puedan desembocar en comportamientos problemáticos y si se considerase procedente una mayor restricción deberá hacerse a través de la modificación de la Ley del Juego de Castilla y León.

2.- Nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por prescindir del procedimiento de aplicación, conforme el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, por falta de competencia del Plano municipal para aprobar definitivamente una modificación puntual que afecta a la ordenación general del planeamiento urbanístico.

Ya que la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, para establecer una categoría específica de uso Terciario recreativo que contribuya a prevenir los riesgos en la salud del juego patológico, promovida por la Asociación para la rehabilitación del Juego patológico de Burgos, que modifica parcialmente los artículos 52 y 53, así como la tabla general de usos en las normas zonales del artículo 363 de dicho Plan, afecta a determinaciones de ordenación general para todo el término municipal, los objetivos y propuestas de ordenación, conforme el artículo 80.1.a).1º) y 81 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

Ya que el PGOU de Burgos aprobado por Orden FYM/221/2014 establecía como determinación general obligatoria un modelo sostenible de cambio y recuperación, que preveía tres grandes estrategias, como se recoge en la demanda y del propio documento técnico de la modificación puntual del PGOU de Burgos se extrae, que uno de los criterios y objetivos del PGOU de Burgos aprobado por Orden FYM/221/2014 era considerar únicamente compatibles los casinos de juego y las salas de bingo en las normas zonales cuyo uso predominante no era residencial, por lo que esa limitación o prohibición de usos en la zona residencial de todo el suelo urbano del municipio modificara el modelo territorial del término municipal, por lo que se puede concluir que la Modificación Puntual del PGOU de Burgos en cuanto afecta a uno de los objetivos del instrumento de planeamiento general recogidos en su punto 2.2.3.2 flexibilizar los usos en zonas urbanas existentes para atender mejor a las necesidades cambiantes, modifica determinaciones de ordenación general, como son los objetivos y propuestas de ordenación conforme a los artículos 80.1.a).1º) y 81 del RUCyL.

Y que la modificación propuesta afecta a determinaciones de ordenación general potestativas en cuanto impone condiciones concretas de

edificación, con la exigencia de nuevos accesos independientes y de uso, condiciones y tipo de juego y de publicidad admitidos, conforme al artículo 91.a).2º del RUCyL, como consideró igualmente la arquitecto municipal de la Gerencia Municipal de Fomento del Ayuntamiento de Burgos, Sra. Moran Fernandez en su primer informe técnico de 9 de enero de 2020 desfavorable al primer documento técnico de modificación Puntual del PGOU presentado, como resulta de los folios 50-51 del expediente administrativo.

Y que el propio Ayuntamiento de Burgos entendió que afectaba a la ordenación general y trasladaron dicho informe a la Asociación promotora de la modificación, para que subsanara el documento, habiendo ratificado dicho criterio la Arquitecto municipal en un segundo informe desfavorable de 11 de mayo de 2020, por lo que al afectar la modificación Puntual del PGOU de Burgos a determinaciones de ordenación general la competencia para la aprobación definitiva no sería del Ayuntamiento Pleno, sino de la Administración de la Comunidad Autónoma conforme al artículo 163 del RUCyL, en relación con el artículo 52 y siguientes de la LUCyL y el artículo 154 y siguientes del RUCyL, teniendo en cuenta que el municipio con PGOU adaptado a la LUCyL solamente tendría competencias para la aprobación definitiva de las modificaciones de planeamiento urbanístico que no afectasen a la ordenación general definida en el planeamiento general vigente, conforme los artículos 58.3.a) de la LUCyL y 170 del RUCyL.

Por todo ello el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos impugnado, para establecer una categoría específica de uso Terciario recreativo que contribuya a prevenir los riesgos en la salud del juego patológico, sería nulo de pleno derecho al ser aprobado definitivamente por un órgano incompetente conforme al artículo 47.2 de la Ley 39/2015.

Incumplimiento, por todo ello, del procedimiento establecido en la Ley 5/1999 referido al trámite de aprobación provisional, ya que el Reglamento de la Ley de Urbanismo en su artículo 159 exige en el procedimiento de tramitación de la modificación puntual del PGOU, una aprobación provisional del Pleno del Ayuntamiento y su posterior remisión al órgano competente de la Comunidad Autónoma, por lo que la omisión de dicho trámite de aprobación

Provisional supone que el Acuerdo impugnado sea nulo de pleno derecho al ser aprobado definitivamente por un órgano incompetente conforme la normativa vista, conforme el artículo 47.2 de la ley 39/2015.

3º.-Se invoca la omisión del trámite de evaluación Ambiental estratégica, como consecuencia de modificarse la ordenación general del PGOU, conforme el artículo 157.1 del RUCyL y aun considerándose que solo afectase a la ordenación detallada, dicho instrumento de planeamiento urbanístico debería haberse sometido al menos a evaluación ambiental estratégica simplificada, conforme el artículo 22.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015 que se remite a la Ley 21/2013, que establece una evaluación estratégica simplificada para determinar si produce o no estos efectos significativos sobre el medio ambiente, a los efectos de poder determinar que dichos planes y programas no tendrán efectos significativos sobre el medio ambiente y que la modificación puntual del PGOU de Burgos recurrida se encuentra encuadrada en el artículo 6.2 de la citada Ley 21/2013, siendo la Consejería de Fomento y Medio Ambiente la competente para formular el informe ambiental estratégico, por lo que en ningún caso se puede dar por cumplido el trámite ambiental con un informe del Director General de Calidad y Sostenibilidad Ambiental que obra en el expediente administrativo, al folio 90 del expediente, lo que ha quedado aclarado en dicho informe de 27 de junio de 2019 ante una consulta del Servicio Territorial de Fomento de Valladolid.

Por lo que el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho al no haberse realizado la evaluación ambiental estratégica del instrumento de planeamiento urbanístico, conforme el artículo 47.2 de la ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

4º.- Falta de Avance del Plan urbanístico, como consecuencia de la necesidad de tramitar al menos la evaluación Estratégica Simplificada, conforme al artículo 152 del RUCyL resulta obligatorio la elaboración del Avance del instrumento de planeamiento urbanístico, se invoca la sentencia del TS de 23 de enero de 2003 , por lo que es igualmente nulo el acuerdo impugnado por aplicación del artículo 47.2 de la ley 39/2015.

5º.- Falta Informe preceptivo de la Secretaria General del Pleno, requerido por el art 3 del R.D. 128/2018 de 16 de marzo.

Así como falta de motivación del acuerdo y la procedencia de la anulación del acto por manifiesta desviación de poder, conforme el artículo 48.1 Ley 39/2015, ya que se considera que la justificación que se invoca por el Ayuntamiento para la modificación puntual carece de fundamentación, siendo invasiva de competencias de otras Administraciones, ya que las competencias de regulación del juego son de ámbito autonómico, siendo discriminatoria porque solo se dirige contra la actividad de juego privado presencial y obvia los llamados juegos públicos y parapúblicos, e incurre en un auténtico vicio de Desviación de Poder, pues se está sirviendo de un acto regulado para conseguir un objetivo diferente al que tiene previsto un marco normativo como es un PGOU.

Ya que la citada iniciativa es absolutamente discriminatoria, desconociendo la realidad y evolución del juego en España, ya que se excluye el juego que pueda desarrollarse en un establecimiento por el canal on line o el juego absolutamente lucrativo desarrollado por ONCE y por SELAE y el que se pueda llevar a efecto fuera de establecimientos específicos de juego.

Por lo que se cuestiona que existan datos fidedignos que objetivamente justifiquen, aun desde la perspectiva de la regulación urbanística municipal, la adopción de la modificación adoptada y lo que no procede es que por el Ayuntamiento se produzca una invasión competencial y se pretenda el establecimiento particularizado de un régimen de restricción adicional al de la normativa autonómica, cual es el que se persigue con la modificación del PGOU, estableciendo una nueva categoría para las actividades de juego presencial privado en establecimientos, de forma que se haga incompatible su instalación y funcionamiento en zonas residenciales.

Ya que se considera que no existe argumentación justificativa suficiente de la incidencia de estas actividades en conductas patológicas, desde un punto de vista general, como en términos comparativos con otras actividades de juego, ni existe justificación de que las medidas adoptadas pudieran ser adecuadas a la finalidad pretendida, así mismo partiendo de los

datos sobre la incidencia del juego se extraen de la información proporcionada por la Junta de Castilla y León y de lo que resulta del requerimiento al Ayuntamiento formulado mediante la Orden de 22 de abril de 2021 que se transcribe en la demanda, de lo que resulta que el acuerdo adoptado adolece de falta de motivación, siendo discriminatorio para este sector de la actividad, por lo que la actuación municipal deviene como arbitraria, vulnerando el artículo 25 de la Constitución y ha incurrido en una clara desviación de poder, lo que hace anulable dicho acuerdo.

Vulneración de la Ley 20/2013 de la Garantía de la Unidad de Mercado, ya que si bien la actividad económica del juego no queda incluida en el ámbito de la normativa europea, de acuerdo a la Directiva 2006/123 CE de 12 de diciembre de 2006, pero si está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado, que como principios básicos establece los de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación, en los artículos 3 a 9 y 16 a 18 de dicha Ley.

Por lo que por imperativo de la legislación de Garantía de Unidad de Mercado, en el artículo 18, la Administración municipal no puede imponer el establecimiento de requisitos que impongan un límite a la libre circulación o libre establecimiento, a medio de un instrumento urbanístico innecesario, desproporcionado y discriminatorio.

SEGUNDO.- Argumentos impugnatorios opuestos por la Administración demandada.

Frente a los argumentos de la demanda, la Administración demandada sostiene los siguientes argumentos jurídicos:

1º.- Que el recurso es inadmisibile al amparo del art. 69.b) en relación con el art. 45.2.d) de la LJCA, al no haberse acompañado al escrito de interposición documento que acredite el cumplimiento de los requisitos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación.

En defecto de lo anterior solicita la desestimación del recurso con base en los siguientes argumentos:

1º.- Que la modificación ahora impugnada no afecta a ordenación general contemplada en el PGOU, y que ello es así, de conformidad con lo dictaminado por el Gerente de la Gerencia Municipal de Fomento del Ayuntamiento de Burgos de fecha 18 de mayo de 2020, porque las determinaciones recogidas en la modificación son indudablemente de ordenación detallada por su contenido y alcance, al afectar a las condiciones de edificación y uso y, por tanto, a la calificación urbanística a que se refiere el art. 94 del RUCyL, incluida entre las determinaciones de ordenación detallada del suelo urbano consolidado a que se refiere el art. 92.2.a) del RUCyL; y el hecho de que según el art. 91 del RUCyL una determinación pueda incorporarse como general no significa que necesariamente deba hacerse así. Este criterio de considerar dichas determinaciones como de ordenación detallada coincide con el criterio defendido por el jefe del Servicio de Urbanismo y de la Directora General de la Vivienda, Arquitectura y Urbanismo de fecha 17 de agosto de 2020.

2º.- Que, excluido el carácter de ordenación general de dichas determinaciones, la competencia para aprobar la modificación de forma definitiva corresponde, según el art. 170.1 del RUCyL al Ayuntamiento, tampoco debería someterse dicho trámite a la aprobación provisional por parte del Ayuntamiento y tampoco procedería la Evaluación Ambiental Estratégica exigida para las modificaciones de ordenación general en el art. 157.1 del RUCyL.

3º.- Que de conformidad con lo dictaminado por el Director General de Calidad y Sostenibilidad de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente, obrante al folio 90 del expediente, no es exigible la Evaluación Ambiental simplificada y ello porque no estamos ante una modificación del PGOU que pueda tener efectos significativos sobre el medio ambiente, tal y como resulta del criterio aplicado por esta Sala en sus sentencia nº 133/2020, de 3 de julio, dictada en el P.O. 43/2019 e insiste además en que nada de lo cual ha

acreditado la recurrente y que ni siquiera hace el mínimo esfuerzo por fundamentar,

4º.- Que, no exigiéndose evaluación ambiental estratégica, ni evaluación de impacto ambiental, decae también la necesidad de avance del planeamiento, según resulta del art. 152.4 del RUCyL.

5º.- Se rechaza la alegación referida a la supuesta omisión del informe preceptivo de la Secretaría General del Pleno, por un lado porque consta la existencia de nota de conformidad emitida por el propio Secretario, de conformidad con lo previsto en el art. 3.4 del RD 128/2018 y por otro lado, porque de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto en la STS, Sala 3ª nº 890/2017, de 23 de mayo, dictada en el recurso 853/2016, tampoco procedería la anulabilidad por una supuesta falta de dicho informe, ya que no se ha acreditado, ni esgrimido por la recurrente, que esa supuesta omisión hubiera privado al acto final de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o hubiera producido indefensión.

6º.-Así como se rechaza la existencia de la supuesta desviación procesal, dado el contenido de la Memoria Vinculante, así como también y por los mismos motivos se rechaza a la denuncia de falta de motivación, ya que dicha motivación resulta claramente del contenido de la propia Memoria Vinculante, habiendo sido considerada suficiente y de interés público por la propia Administración Autonómica, desde el momento en que se pretende reducir a través de una intervención urbanística, el riesgo de juego patológico, amén de que la actora no rebate, ni cuestiona los datos y argumentos expuestos en la Memoria Vinculante e igualmente se rechaza la denuncia de discriminación, a la vista del contenido expuesto en la STC nº 191/2020, de 17 de diciembre, referida al principio de igualdad, por cuanto que el Ayuntamiento a través de la presente modificación no puede incidir en el juego on line más allá de lo que se desprenden de las medidas adoptadas en relación con el uso indicado, amén de que el tipo de establecimientos referidos en la nueva categoría 4 incorporada con la modificación no es comparable en cuanto a sus efectos para la salud con el resto de actividades referidas, como lo corrobora que incidencia que este tipo de establecimientos ha tenido en el juego

patológico, apreciándose una clara relación entre el incremento de este tipo de establecimientos y el incremento de número de casos afectados por juego patológico.

7º.- Que se rechaza, por carecer de fundamento, la denuncia de falta de competencia municipal para regular la instalación de establecimientos de juego privados presenciales a través de la modificación del PGOU, y ello por lo siguiente:

Por los propios argumentos que se contienen en el rechazo a idéntica denuncia en vía administrativa, al contestarse las alegaciones presentadas a la propuesta de modificación puntual del PGOU.

Porque la competencia que en materia de urbanismo corresponde a los Ayuntamientos, atribuye, según el art. 42 de la LUCYL, la posibilidad de ordenar el uso del suelo (el juego se enmarca en el uso terciario) mediante la calificación que incide en el ejercicio de actividades; en otro caso se vaciaría de contenido la potestad de planeamiento que en este ámbito se reconoce al Ayuntamiento, por el hecho de que también confluya en relación con el juego la competencia autonómica.

Porque la regulación establecida al respecto por la Comunidad Autónoma mediante la ley 4/1988, de 24 de junio, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León, se ha constreñido a unos aspectos básicos y a una regulación de mínimos, según resulta del art. 4.8 de dicha Ley que, no excluye lo que se pudiera articular en virtud de otros títulos competenciales como es el urbanístico y la potestad de planeamiento, y menos aún impide que los límites mínimos contemplados en dicha Ley puedan ampliarse a través de la ordenación urbanística, de ahí que no se produzca la invasión competencial denunciada por la parte actora

Que la intervención municipal que se apoya en un título competencial distinto del invocado por la Comunidad Autónoma, opera a partir y con respeto a los requisitos de distancias mínimas y máximo de autorizaciones establecidos por la Comunidad Autónoma, en el marco de una regulación básica, no exhaustiva, de la actividad en atención a su título competencial, y se limita a

establecer unas determinaciones de ordenación detallada amparadas en sus competencias urbanísticas.

8º.- Que se rechaza la denuncia de supuesta vulneración de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, no solo porque no se fundamenta dicha denuncia, sino porque además su desestimación resulta del criterio jurisprudencial acogido por la STS, Sala 3º, nº 1550/2020, de 19 de noviembre, dictada en el recurso núm. 5958/2019, y por la sentencia del TSJM (Sala de lo Contencioso Administrativo) nº 13/2021, de 14 de enero, dictada en el recurso núm. 674/2019, desde el momento en que la modificación impugnada cuenta con apoyo en una razón imperiosa de interés general, la salud pública, incluida en el art. 3.11 de la citada Ley 17/2013 y persigue conciliar la actividad económica, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando el juego, a la vez que el derecho a disfrutar de una vivienda emplazada en un entorno urbano adecuado, de manera proporcionada y adoptada por la Administración que mejor conoce la ciudad de Burgos, con justificación en la Memoria de la modificación.

TERCERO.- Sobre los argumentos jurídicos de la contestación a la demanda de la entidad codemandada.

También se oponen a la demanda, la Asociación Burgalesa de Rehabilitación del Juego Patológico -ABAJ-, en su condición de parte codemandada, esgrimiendo los siguientes argumentos:

1º.- Que el Ayuntamiento, al aprobar dicha modificación del PGOU que tiene por objeto establecer una categoría específica de uso terciario recreativo, detallando usos en zonas residenciales que contribuya a prevenir los riesgos en la salud del juego patológico, está actuando en el ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo que le reconoce el art. 25 de la LBRL y no invade las competencias que corresponde a la Junta de Castilla y León, por

cuanto que el Ayuntamiento con dicha modificación no está dictando regulación alguna sobre el juego, como así resulta del informe de 17.8.2020 de la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo de la Junta de Castilla y León.

2º.- Que la modificación aprobada afecta al art. 52 y a la Tabla de compatibilidades de uso en las normas zonales y por tanto solo afecta a determinaciones de ordenación detallada y no de ordenación general, según resulta tanto del art. 42.1.b) de la LUCyL, como del Acuerdo de 11 de marzo de 2016 del Pleno del Ayuntamiento de Burgos relativo a la aprobación definitiva de la modificación puntual del PGOU, en relación con el Anexo I de la normativa: Tabla de compatibilidades de uso en las normas zonales. El no considerar dichas determinaciones como de ordenación general conlleva que deban ser rechazados los demás motivos de impugnación esgrimidos al amparo de dicho argumento, así las relativas a la aprobación provisional, evaluación estratégica y avance del plan.

3º.- Que la denuncia sobre la falta de informe de la Secretaría debe ser rechazada de conformidad con lo argumentado al respecto por la defensa del Ayuntamiento demandado.

4º.- Se rechaza así mismo la denuncia de falta de motivación, de falta de justificación del interés público y de desviación de poder y ello por considerar que del propio contenido del expediente administrativo, en concreto de la documentación acompañada por la entidad promotora de la modificación, resulta acreditada, no solo dicha motivación, sino también la concurrencia de ese interés público que resulta del alcance y problemas que genera el juego y sobre todo el trastorno por juego patológico y que afecta a jugadores, familia y sociedad y además porque cada vez afecta a personas de menor edad, lo que hace necesario prevenir dicha patología también a través del planeamiento urbanístico, mediante la adaptación del PGOU de Burgos a la nueva situación creada con la expansión creciente de locales y casas de apuestas en la ciudad.

5º.- Se rechaza también que la modificación puntual aprobada infrinja la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, ni que introduzca determinaciones discriminatorias, toda vez que la modificación aprobada afecta

solo a las salas de juego presenciales y en la ciudad de Burgos, que es hasta donde alcanza las competencias del Ayuntamiento de Burgos, amén de que la medida adoptada, como medida de prevención de los riesgos para la salud del juego patológico, es una medida proporcional a la finalidad que se pretende conseguir, acreditados como están, los problemas personales y sociales que genera esta actividad, concurriendo por ello imperiosas razones de interés general que permiten establecer unas limitaciones adecuadas y proporcionales al objetivo que se pretende conseguir.

6º.- Que se rechazan las comparaciones y consideraciones que realiza la parte actora entre las salas de juego presenciales, el juego online u otros establecimientos, ya que a esos otros ámbitos del juego, que también generan riesgos evidentes para la salud, no se pueden aplicar usos de suelo en zonas urbanas residenciales.

CUARTO.- Sobre la causa de inadmisibilidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45.2 d) de la LJCA.

Por el Letrado del Ayuntamiento de Burgos, se alega la inadmisibilidad del recurso al amparo del artículo 69.b) de la Ley 29/98, en base a que se incumple por la demandante lo dispuesto en el artículo 45.2.d) de la misma Ley.

Conforme al artículo 45.2.d) de la Ley 9/98, es requisito ineludible para el ejercicio de las acciones ante los Juzgados y Tribunales la presentación del documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones a las personas jurídicas con arreglo a sus normas o estatutos. Y el Tribunal Supremo ha venido a establecer el alcance e interpretación que se debe dar a este precepto; así, en sentencias de fecha 31 de enero de 2008, en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, recurso número 377/2003, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó, cuyo criterio que se reitera en la sentencia de fecha 22 de enero de 2013, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina número 642/2012, ponente: Excmo. Sr. D. Óscar González, así como la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 dictada en el recurso

de casación 1326/2014 de la que fue ponente Excmo. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo, por lo que teniendo en consideración dicha doctrina jurisprudencial, es obvio que consta en las actuaciones la certificación del Secretario de la Asociación recurrente, la aportación de los Estatutos de la misma, así como a requerimiento del Letrado de la Administración de Justicia se aportó certificación de la Junta General Extraordinaria de la Asociación recurrente por la que se adoptaba el acuerdo de interponer el recurso contencioso administrativo respecto de la Modificación Puntual del PGOU publicada en el BOCYL de 30 de marzo de 2021, por lo que atendiendo al contenido de estos estatutos, artículo 19 letra I y atendiendo al acuerdo de la Junta General extraordinaria, se debe concluir que se cumplen las exigencias de legitimación establecidas en el artículo 45.2.d) de la Ley 29/98, rechazándose por ello la causa de inadmisibilidad.

QUINTO.- Sobre la causa formal de impugnación del acuerdo impugnado al amparo de lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 128/2018.

Y a la vista de las alegaciones de las partes, se hace necesario resolver, en primer lugar, alterando el orden de los motivos impugnatorios esgrimidos en la demanda, por tener un carácter formal y referido a la falta de informe previo del secretario del Ayuntamiento al tratarse de un acuerdo que exigía la mayoría del número legal de miembros de dicha Corporación dado que conforme al artículo 47.2 II de la LBRL se requiere para la aprobación de la modificación la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación local para adoptar acuerdos en materia de instrumentos de planeamiento urbanístico, debemos significar, que como pone de relieve el Ayuntamiento en su contestación a la demanda, dicho informe aparece aportado como documento 1 de la contestación, acontecimiento 33.2 del expediente digital y si bien se trata de una Nota de Conformidad al informe emitido por el Gerente de la Gerencia de Fomento, que obra en el expediente, de fecha 18 de Mayo de 2020, ello resulta plenamente conforme a lo

establecido en el artículo 3.4 del Real Decreto 128/2018, que prescribe que la emisión del informe del Secretario podrá consistir en una nota de conformidad en relación con los informes que hayan sido emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento y que figuren como informes jurídicos en el expediente, por lo que procede rechazar el presente motivo de impugnación del acuerdo de aprobación de la Modificación Puntual cuestionada en autos.

SEXTO. - Sobre el objeto de la Modificación de las Normas y sobre la competencia del Ayuntamiento en el ámbito urbanístico.

Y dadas las posturas de las partes, se ha de examinar, en primer lugar, como premisa para la adecuada resolución del presente recurso, si concurre el primer motivo impugnatorio referido a la falta de competencia del Ayuntamiento para regular la instalación de establecimientos de juego privados presenciales a través de un instrumento urbanístico.

Y por ello se ha de significar cual ha sido el objeto y alcance de la presente Modificación Puntual, y así como resulta del acuerdo de aprobación definitiva de la misma, en virtud de dicha Modificación Puntual se procede a:

Establecer una categoría específica de uso Terciario recreativo que contribuya a prevenir los riesgos en la salud del juego patológico, promovida por la Asociación para la rehabilitación del Juego patológico de Burgos, según documento registrado el 4 de diciembre de 2019, junto con las consideraciones incorporadas en fecha 7 de mayo de 2020

Dicha propuesta tiene por objeto modificar parcialmente los artículos 52 y 53, así como la Tabla general de usos en normas zonales del artículo 363 de la normativa del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos y se proyecta de forma concreta sobre los tres aspectos siguientes:

Crear una nueva categoría de Uso Productivo de Terciario Recreativo PR, específica para los establecimientos de juego regulado, de forma que estén separados de otras actividades de naturaleza diferente y que no son susceptibles de causar juego patológico. Con ello se suprimen los establecimientos de juego de la Categoría-I del artículo 52.L de la normativa del PGOU y se establece una nueva Categoría-4, específica para dichos establecimientos de juego regulado, con la denominación "Establecimientos en los que se

pueda practicar juegos y apuestas relacionados con la enfermedad del juego patológico, tal como consta definida en el Catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. OMS CEI-70 y CEI-71" en la que se engloban los casinos de juego, las salas de bingo, los salones de juego, las casas de apuestas, etc.

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

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

No se trata por tanto de cuestionar la competencia municipal para el establecimiento de determinaciones urbanísticas correspondientes al suelo del ámbito municipal de que se trate, sino de acotar si dicha regulación puede realizarse en base a parámetros urbanísticos y con el alcance realizado en la modificación cuestionada, todo ello, en el marco de los derechos y deberes reconocidos en la Ley y el Reglamento de Urbanismo.

Ya que si bien los criterios preventivos de protección de un suelo o de facilitación de acceso a la vivienda en un entorno favorable para el desarrollo de los habitantes de un entorno urbano, procurando el desarrollo de los intereses individuales y generales de los mismos, es siempre susceptible de ser incrementado, también lo es que dicha protección debe realizarse respetando los derechos inherentes al uso del suelo, al ejercicio de las actividades comerciales y en base a los principios de proporcionalidad y coherencia, ya que es respecto de las determinaciones urbanísticas, donde se

enmarca la competencia municipal, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 dictada en el recurso 3754/2015 de la que fue Ponente Don Rafael Fernández Valverde con ocasión de la desestimación de un recurso interpuesto contra una sentencia de esta Sala y en la que, entre otras cosas, se afirmaba que:

Pero esta regulación de las relaciones interadministrativas no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores".

Más recientemente, la STC 204/2006, de 20 de julio ---resolviendo por primera vez un conflicto suscitado en defensa de la autonomía local --- reitera la doctrina contenida en las citadas SSTC 32/1981, F. 4 ; 170/1989, de 19 de octubre, F. 9 ; 40/1998, de 19 de febrero, F. 39; 159/2001, de 5 de julio; 51/2004, de 13 de abril, F. 9; 252/2005, de 11 de octubre, F. 4, señalando, en concreto que

"Para determinar si los preceptos impugnados han vulnerado o no la autonomía municipal ... debemos comenzar recordando nuestra doctrina según la cual la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 39). A efectos del enjuiciamiento a efectuar ahora ha de tenerse presente la consolidada doctrina, sintetizada en la STC 159/2001, de 5 de julio, F. 4 , según la cual la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las Comunidades Autónomas, según el art. 148.1.3 CE, pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada.

Dicho lo cual, en el propio acuerdo de aprobación de la modificación puntual se sostiene, dando respuesta a las alegaciones sobre la competencia del Ayuntamiento para ordenar condiciones determinadas de implantación en la ciudad de establecimientos destinados a salas de juego, que teniendo en cuenta que corresponde a la Administración autonómica la competencia exclusiva en materia de regulación del juego y de apuestas, en cuyo ejercicio se dictó la Ley 4/1998, de 24 de junio, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León con el objeto, de establecer de forma global y sistemática una regulación de esta actividad, por lo que el legislador autonómico titular de la competencia exclusiva en esta materia, no ha considerado que deba incluirse en dicha ley una regulación pormenorizada sobre cuales deben ser las condiciones concretas de ubicación en el territorio de esta actividad, pues sin perjuicio de que el artículo 9 de ese texto legal establece que la planificación de los juegos y apuestas por parte de la Junta de Castilla y León se realizará según criterios de localización y distribución geográfica, en la práctica, el criterio de localización ha consistido únicamente en establecer en el artículo 4.8 de la Ley unas condiciones mínimas de localización de establecimientos destinados al juego en función de la zona de influencia de centros de enseñanza y de la distancia mínima con otros establecimientos existentes de la misma naturaleza, por lo que a juicio del Ayuntamiento de Burgos, el legislador autonómico titular de la competencia exclusiva en materia de casinos, juegos y apuestas, se ha limitado a señalar unas condiciones de localización básicas de los establecimientos destinados a este tipo de actividades, evitando expresamente establecer determinaciones concretas sobre su ubicación, ya que incluso se ha remitido a la normativa urbanística en cuanto a la localización de casinos de juego.

Pues bien, dicho esto es evidente que conforme establece la exposición de Motivos de la Ley 4/1998 de 24 de junio de 1998, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León, la misma tiene por objeto el abordar de una manera global y sistemática la actividad del juego y apuestas, estableciendo las reglas básicas a las que ha de ajustarse la ordenación del sector, por lo que en principio respetando dichas reglas básicas no existiría

obstáculo alguno al ejercicio de competencias en materia urbanística por su titular la Administración local, pero también lo es que el artículo 9 de dicha Ley atribuye en su apartado c) la competencia de la Junta de Castilla y León en cuanto a la planificación de los Juegos y Apuestas de la Comunidad, con arreglo a los siguientes criterios: entre otros, expresamente los de - Localización y distribución geográfica. - La realidad social en el correspondiente ámbito geográfico y - Número de establecimientos afectados.

Y aun cuando en la práctica, como sostiene el Ayuntamiento, dicha planificación, según se invoca en el acuerdo de aprobación de la Modificación Puntual, se haya limitado lo establecido en el artículo 4.8 de la indicada Ley, este precepto se refiere al régimen de otorgamiento de autorizaciones para la instalación de establecimientos específicos de juego en la zona de influencia de centros de enseñanza, que se establece en una distancia mínima de 100 metros y que asimismo, tampoco se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego cuando exista otro establecimiento de la misma naturaleza a menos de 300 metros de la ubicación pretendida.

Pero ello no obsta para la existencia de la competencia recogida en el artículo 9 de la Junta de Castilla y León en cuanto a la planificación de los Juegos y Apuestas de la Comunidad, en cuanto a la localización y distribución geográfica, pero es más en el Decreto 133/2000, de 8 de junio, por el que se aprueba la planificación sobre instalación de casinos de juego en la Comunidad de Castilla y León, en su Disposición Adicional Única, se precisa que:

A los efectos de lo previsto en el art. 4.8 de la Ley 4/1998, de 24 de junio, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León, la zona de influencia en la que no podrán otorgarse autorizaciones de instalación para casinos, vendrá determinada por lo establecido en las normas urbanísticas y de ordenación del territorio.

En defecto de regulación específica, la referida zona de influencia será la comprendida en un radio de acción de cien metros en línea recta, medido sobre plano, partiendo desde el centro de la fachada principal de un centro de enseñanza significativo, hasta el centro de la fachada principal del casino de juego.

Y que se invoca en el acuerdo impugnado como justificativo de la competencia municipal, solo establece la determinación en las normas urbanísticas, lo que ocurre, es que en el presente caso no se trata de

establecer una zona de influencia, sino la imposibilidad de establecimiento en cualquier zona que tenga un uso residencial, lo que implica de facto la imposibilidad de establecimiento en todo el centro urbano, estando confinado su uso a las zonas con uso industrial donde el terciario sea compatible con aquél o a zonas de uso terciario donde no exista uso residencial alguno.

Por lo que ha de tenerse en cuenta lo que se concluye en la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de octubre de 2022 dictada en el recurso 740/2021 de la que ha sido Ponente Don Juan Carlos Zapata Hijar, con referencia expresa a la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, en la que en su Fundamento de Derecho Quinto se argumenta que:

No podemos sin embargo estar de acuerdo con la decisión de desestimación, pues la cuestión atinente al fondo del asunto acaba de ser resuelta por este Tribunal en Sentencias de 1 de septiembre de 2022 (Recursos de apelación 76/2022 y 179/2022) y de 30 de septiembre de 2022 (Apelación 746/2021). Remitiéndonos a lo que decíamos en las aludidas sentencias hemos de anticipar que la Sala no comparte el fundamento de la resolución dictada en la instancia.

En primer lugar, diremos que no se plantea un problema, por otro parte ya resuelto por la Sala Tercera reiteradamente, de indebida o imposible intervención del municipio en el ejercicio de una actividad privada lucrativa, mediante el ejercicio de su potestad de planificación urbanística.

La Sala Tercera, en su sentencia -citada por el Juez a quo- de 1 de junio de 2020, pero ya antes también en la de la sección 3^a de 24 de septiembre de 2019 (rec. 2861/2018), y después, en la de la sección 5^a de 19 de noviembre de 2020 (rec.5958/19), -en particular en ésta última, pues en las de 2019 se hacía referencia a la validez de normativa reglamentaria autonómica a la luz de la Directiva de Servicios-, vino a reconocer la competencia municipal para introducir limitaciones a las V.U.T. en correcto ejercicio de la potestad de ordenación urbanística, por vía de regulación de usos, limitando el número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector; como también puede someter a régimen de autorización este tipo de actividades, cuando se encuentra en juego una imperiosa razón de interés general, como sería el caso de la protección y debida ordenación del derecho a la vivienda (por razón de protección de derechos), así como del medio ambiente y el entorno urbanos. Como decimos, la sentencia de la Sala Tercera de 19 de noviembre de 2020 antes citada, siguiendo la coetánea sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2020 (asunto C-724/18 y C-727/18), lo contempla, bendiciendo en ese caso lo resuelto por la sección 2^a del a Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, a propósito de una modificación del PGOU de Bilbao.

Por consiguiente, asumimos nosotros la posibilidad de intervención de los Ayuntamientos en la regulación de una determinada actividad, cuando se encuentran en juego razones imperiosas de interés general, cuya garantía esté encomendada a la Administración Local, al Ayuntamiento en ejercicio de sus competencias y potestades, en este caso, la potestad de planificación. Cabe incluso la sujeción, como excepción al régimen de declaración responsable, a régimen de autorización para el ejercicio de este tipo de actividades, siempre y cuando encuentre su justificación en alguna de las causas previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, y, en todo caso, los requisitos y presupuestos de la autorización respondan a parámetros de necesidad y proporcionalidad, por referencia al motivo o fundamento de interés general de cuya salvaguarda se trata, en aras del cual se introduce, porque es posible, la correspondiente limitación al libre ejercicio de una actividad que se entiende "de servicios" conforme a la Directiva 123/06.

O como dice la sentencia también de la Sala Tercera, sec. 5ª, de 2 de junio de 2021 (rec. 7477/19) a propósito del Plan Especial Urbanístico para la regulación de viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona: "Un plan de urbanismo como el de autos es un instrumento legítimo para someter a la previa autorización administrativa el ejercicio de una actividad de V.U.T. y que los preceptos del mencionado plan que condiciona la concesión de tal autorización es proporcionada y está suficientemente justificada para la salvaguarda de la razón imperiosa de interés general de facilitar la existencia de viviendas susceptibles de arrendamiento para residencia de los ciudadanos." .

Del mismo modo el Texto Refundido de la Ley de Turismo de Aragón, Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio, a la hora de distribuir competencias en esta materia, dedica el artículo 14 a definir las competencias municipales en esta materia, y de manera particular, el apartado d) les atribuye competencia para "el otorgamiento de las licencias municipales en relación con las empresas y establecimientos turísticos". Asimismo puede conectarse con las competencias que la LRBRL atribuye a los municipios, en materia de planeamiento, artículo 25.2); o en materia de promoción turística -25. h)-, salubridad pública -25.2 j)-....

El municipio, por consiguiente, **puede ordenar usos urbanísticos y, desde la perspectiva de la ordenación y planeamiento urbanístico, puede intervenir en el ejercicio de actividades particulares. En definitiva, no estamos ante un problema de falta de competencia municipal, sino de límites y ejercicio concreto de la misma.**

Por lo que no se trata por tanto de cuestionar la competencia municipal para el establecimiento de estas determinaciones urbanísticas, sino de acotar que dichas determinaciones deben realizarse en base a parámetros

urbanísticos y en el marco de los derechos y deberes reconocidos en la Ley y el Reglamento de Urbanismo, ya que si bien el nivel de protección del suelo es susceptible de incrementar, también lo es que dicha protección debe realizarse respetando los derechos inherentes al uso del suelo y en base a determinaciones urbanísticas, que es donde se enmarca la competencia municipal, por lo que si bien se ha de reconocer, por tanto, la posibilidad de intervención de los Ayuntamientos en la regulación de una determinada actividad, cuando se encuentran en juego razones imperiosas de interés general, cuya garantía esté encomendada a la Administración Local, al Ayuntamiento en ejercicio de sus competencias y potestades, en este caso, la potestad de planificación. Cabe incluso la sujeción, como excepción al régimen de declaración responsable o a un régimen de autorización.

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

competencia exclusiva en materia del Juego le corresponde a la Junta de Castilla y León, por lo que dicha ordenación urbanística no guarda a juicio de esta Sala, los requisitos necesarios de ordenación urbanística que son los de proporcionalidad y coherencia, ya que no se puede pasar por alto respecto a la referida modificación que la misma venga justificada en su Memoria en base a todas las consideraciones que se realizan respecto de la ludopatía o juego patológico y su clasificación desde 1992 como enfermedad por la Organización Mundial de la Salud, incluida en la décima edición del Catálogo Internacional de Enfermedades, Anexo: CIE-10 Capítulo V: Trastornos mentales y del comportamiento, apartado F63.0) Ludopatía patológica, por lo que se concluye que existe un evidente paralelismo entre el incremento de establecimientos de juego regulado, y *el incremento de personas con problemas de juego patológico, aunque lógicamente este último este diferido en el tiempo uno o dos años. Así, el número de casos atendidos por la Asociación Burgalesa para la Rehabilitación del Juego Patológico – ABAJ; que pertenece a FECYLJAR; se ha incrementado de 60 personas a 104; esto supone un incremento del 75% de casos de juego patológico tratados.*

Y que según se expone, el incremento del número de nuevos establecimientos de juego regulado, y de los casos de juego patológico tratados por la asociación, requiere una intervención urgente, que contribuya a la prevención de la enfermedad en la ciudad de Burgos, actuando en varias líneas, y siendo una de ellas la modificación del Plan General de Ordenación Urbana.

Lo que determina que, de las 10 normas zonales existentes, solo se permita el uso en tres de ellas, que son las indicadas anteriormente.

Pero estas conclusiones contrastan con el hecho de que solo tres años antes de la iniciativa de ABAJ que ha determinado la modificación cuestionada, en el año 2016 se procediera por el mismo Ayuntamiento a una modificación de la tabla de compatibilidades de uso en normas zonales, en cuya Memoria se justificara la necesidad de la modificación, por entender que los usos terciarios recreativos señalados, establecimientos de juego de pequeño tamaño, eran perfectamente compatibles con los edificios residenciales y con la intención de

ofrecer una mayor diversidad y variedad de uso, que pueda enriquecer la actividad económica y social de las zonas residenciales, cuando tres años después se sostiene absolutamente lo contrario, pese a que haya existido un incremento de las personas tratadas por ABAJ de 60 personas a 104, lo que si bien puede suponer un incremento del 75% de casos de juego patológico tratados inicialmente indicados, esta Sala no puede compartir la afirmación de que ello determine la existencia de razones imperiosas de interés general, cuya garantía esté encomendada a la Administración Local, máxime a su vez con el hecho evidente de que si bien no cabe desconocer los efectos que para la ludopatía puedan generar dichos salones, dichos efectos son igualmente predicables de otras actividades como el juego online o determinados juegos permitidos legalmente, por lo que esta Sala sin minusvalorar el problema evidente que para la salud pública genera el juego, no solo el de los pequeños salones de juego, sino de dicha actividad en general, no puede considerar, desde el punto estrictamente urbanístico, que dicha modificación responda a los principios de coherencia y proporcionalidad, ni se encuentre justificada por razones imperiosas de interés general, ni puede justificarse en la existencia de un *ius variandi* de la potestad del planificador urbanístico, ya que igualmente esta Sala del TSJ Castilla y León (Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, en nuestra sentencia de 29-07-2016, nº 166/2016, recurso 131/2014, hemos igualmente concluido al respecto que:

...Estamos en un supuesto de "*ius variandi*". Para atender al alcance del "*ius variandi*" procede recoger lo manifestado por nuestro Tribunal Supremo en sentencia de fecha 25 de marzo de 2010, dictada en recurso de casación 1385/2006 :

"Las posibilidades del "*ius variandi*" en el ámbito urbanístico que nos concierne, y los criterios al respecto de la Sala, en relación con el equilibrio necesario en tal operación de cambio, también son sobrada y suficientemente conocidos y reiterados: "ciertamente la ordenación urbanística ha de tratar de conjugar dos principios fundamentales, bien el de estabilidad y seguridad jurídicas, bien de modificación, revisión o incluso nuevo planteamiento, pues si bien es atendible la necesidad de permanencia de los Planes (con vocación de permanencia como señala el artículo 45 de la Ley del Suelo), ello no debe conllevar posiciones y situaciones inmovilistas, en franca contradicción con los requerimientos derivados de las distintas concepciones culturales, sociales, económicas, ideológicas, políticas, entre otras, que

van a manifestarse en orden a nuevas necesidades y conveniencias, y con respecto a las que la normativa urbanística debe dar adecuado cauce y desarrollo, como recoge, a los presentes efectos, el artículo 47 de la Ley del Suelo para la revisión de los Planes Parciales y el artículo 49 para la modificación de los Planes. Y ello es así pues una concepción totalmente estática del urbanismo, en vez de dinámica y respetuosa con las futuras necesidades y conveniencias podría llevar a la negación del mismo, perpetuando ordenaciones obsoletas, erróneas o incluso perjudiciales al interés público y privado. Reconociéndose, por tanto, la potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planeamiento urbanístico, **debe centrarse la cuestión en que la actividad en que se concreta esa potestad debe estar suficientemente justificada, y apoyada en datos objetivos**, para impedir que la impropiedad en el ejercicio de que el ius variandi, atente a los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce".

En cuanto a la justificación y conveniencia de esta modificación, es cierto que reiteradamente nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo una justificación y que esta justificación debe ser mayor, más concretizada, en supuestos de modificaciones de planeamiento, como precisa la sentencia de 23 de enero de 2017, dictada en recurso de casación 3754/2015, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, si bien referida a un supuesto de revisión, en la que se argumenta:

“Esto es, la regla sería que, junto a los supuestos de Modificación puntual, también en los supuestos de Revisión se produciría una mayor exigencia de motivación y explicación de la decisión adoptada, derivada, en estos casos, o consecuencia, de la especificación zonal, de la singularización de la determinación introducida, o del tratamiento diferenciado en relación con el entorno en el que se produce, por cuanto, sólo datos objetivos o finalidades concretas, fácilmente contrastables, podrían servir de soporte a una decisión del planeamiento que, en principio, resultaría discriminatoria comparada con el entorno en el que se adopta. Dicho de otra forma, a mayor diferenciación, o discriminación, se produciría una mayor exigencia de motivación, aun cuando se estuviera ante un supuesto de Revisión, pues el aumento o plus de motivación y explicación también vendría determinada por la intensidad del cambio producido, o la sorpresiva novedad en las determinaciones introducidas en relación con el planeamiento que se sustituye”.

Lo que en este caso no se aprecia a la vista de lo expuesto, ya que si bien recientemente la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia número

1550/2020, de 19 de noviembre, dictada en el recurso 5958/2019, con ocasión del análisis de las políticas urbanísticas en materia de viviendas turísticas, ha concluido que la " intervención normativa municipal, en uso y ejecución de las competencias urbanísticas que le son propias, no puede ofrecer dudas de cara a desarrollar una " actuación normativa municipal de transformación, adaptación y modificación de los usos de determinadas ciudades -en el marco sus propias y genuinas políticas de viviendas- con la finalidad de asimilar las nuevas realidades sociales, consecuencia de la mencionada economía colaborativa...", es evidente que en este caso no se está ante una política en materia del derecho de vivienda, sino sobre la base de un problema de salud pública, limitando el uso terciario de tal forma, que implica de hecho la imposibilidad de regulación en el ámbito de la normativa sectorial concurrente, debiendo además indicarse que el uso urbanístico es una cuestión exclusivamente urbanística y que debe cumplirse con la normativa urbanística y concurrentemente con la normativa sectorial existente, pero no proceder a un regulación urbanística que desplace o haga imposible dicha regulación sectorial.

Lo que ello determina que deba estimarse el motivo de impugnación recogido en la demanda, dado que el alcance de esta modificación implica de facto la exclusión de la competencia exclusiva de la Junta de Castilla y León, al no dejar margen alguno para la posible regulación de la misma en la práctica totalidad del suelo urbano de Burgos, lo que conlleva la falta de competencia del Ayuntamiento, y supone una modificación que no responde a los requisitos de proporcionalidad, ni coherencia, con vulneración de las facultades inherentes al ius variandi en la modificación objeto de este recurso, dado que los datos objetivos aportados en la Memoria no justifican per se la evidente contradicción con la modificación previa aprobada en el 2016, procediendo por todo ello la declaración de nulidad de la misma.

SÉPTIMO.- Sobre la falta de competencia municipal para aprobar la modificación puntual por afectación o no a determinaciones de ordenación general o detallada del planeamiento urbanístico.

Y si bien las anteriores conclusiones, conllevarían que no fuera necesario el examen del resto de los motivos impugnatorios, esta Sala para agotar el examen de la cuestión debatida debe significar, que no puede correr la misma suerte estimatoria, el motivo invocado de falta de competencia para aprobar la modificación por encontrarnos ante una determinación de ordenación general, ya que no nos encontramos ante ninguna determinación de tal tipo, pese a lo que informo la Arquitecta municipal que entendía que por tratarse de determinaciones que afectan a concretas condiciones de edificación como son el dato de los accesos independientes en las zonas en las que se permite su uso o de uso, se trataba de una determinación de ordenación general potestativa del artículo 91 a) 2º del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, pero dicha conclusión no puede ser compartida por esta Sala, como tampoco se compartió, ni por el Gerente de la Gerencia de mayo de Municipal de Fomento del Ayuntamiento de Burgos en su informe de 20 de mayo de 2020, ni por el Jefe de Urbanismo de la Dirección General de la Vivienda, Arquitectura y Urbanismo de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León Don Francisco Pablos Álvarez, quien además de ratificarse en el informe obrante en el expediente administrativo al folio 251 del pdf expediente Pza. I del expediente administrativo remitido a los presentes autos, donde mantenía igual consideración sobre que se trataba de una determinación de ordenación detallada, dado que consistía en la introducción de una nueva categoría de uso en el suelo urbano consolidado, ya que respecto de la tramitación se informaba que se modifica el planeamiento general en cuanto a determinaciones de ordenación detallada, por lo que procedía continuar la tramitación conforme a lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Urbanismo, en relación con el artículo 154 de su Reglamento, siendo además este mismo criterio el considerado en la modificación puntual del 2016 donde se concluía que la modificación afectaba a determinaciones de ordenación detallada, dado que afectaba a la regulación de usos pormenorizados en suelo urbano consolidado, no alterando ninguna determinación de ordenación general, por lo que conforme establece el artículo

92 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, la ordenación detallada del suelo urbano consolidado, comprende en su letra a) la calificación urbanística de dicho suelo, que conforme establece el artículo 94, también en su letra a) supone la asignación de usos pormenorizados y en su letra d) la regulación de cada uno de los usos pormenorizados, parámetros de intensidad de uso y tipologías edificatorias, por lo que no cabe duda de que se trata de una determinación de ordenación detallada, que el PGOU pueda considerar potestativamente conforme al artículo 91 a) del Reglamento de la Ley de Urbanismo como condición de ordenación general, la imposición de condiciones concretas de ordenación, urbanización, edificación o uso, cuando así no se determine no convierte en una ordenación de determinación detallada en general, sino solo cuando el PGOU haya establecido con ese carácter potestativo dicha determinación con el carácter de general, lo que en este caso no acontece decayendo por tanto el criterio que sostenía la Arquitecto municipal y determina por todo ello que no concurra el motivo de nulidad, ni por ello todos los requisitos procedimentales, que del mismo se derivaban como son los de la falta de competencia de la aprobación de la Modificación puntual o de la necesidad de evaluación ambiental estratégica conforme establece el artículo 157.1 del Reglamento de la Ley.

Y sin que tampoco proceda la evaluación ambiental estratégica como postula la parte recurrente, dado que conforme el artículo 6.2 a) de la Ley 21/2013 para que la misma sea necesaria, en cualquiera de sus modalidades se exige que la modificación afectara de forma significativa al medio ambiente, siendo claro en este caso, dado el alcance de la modificación que en modo alguno cabe considerar que pudiera tener efecto alguno sobre el medio ambiente, como así se consideró igualmente en la modificación puntual del 2016 que introdujo el uso terciario recreativo en las cuatro normas zonas de uso residencial y que no fue sometido a dicha evaluación y además se hacía contar expresamente que no tenía incidencia alguna sobre el modelo territorial definido por el PGOU, por lo que no resulta exigible dicha evaluación, como ha concluido esta Sala en el recurso

Ni tampoco la necesidad de Avance del planeamiento, puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.4 del Reglamento de Urbanismo que solo establece dicho Avance con carácter obligatorio para los instrumentos sometidos a evaluación ambiental o de impacto ambiental, por lo que este motivo impugnatorio ha de ser desestimado, tanto en lo que respecta la necesidad de aprobación provisional, como al trámite ambiental o el avance del planeamiento.

Finalmente indicar respecto al resto de los motivos referidos a la motivación de la modificación puntual o de la vulneración de la Ley 20/2013 se encuentran relacionados y examinados con ocasión del examen del motivo impugnatorio referido a la competencia del Ayuntamiento para la ordenación urbanística cuestionada, lo que exime de su examen particularizado, no obstante ha de indicarse que si bien, como reconoce la propia parte actora, las actividades de juego se encuentran excluidas de la Directiva Comunitaria 206/123 CE de 12 de diciembre, si resulta de aplicación la Ley 20/2013 de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado y por ello no podemos dejar de indicar que resultan relevantes las consideraciones que se realizan en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2022, dictada en el recurso de casación nº 8378/2021 y de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy, en la que se concluye que:

Las anteriores consideraciones trascienden al debate de autos en el sentido que la normativa sobre libertad de establecimiento incide en la planificación territorial y urbanística, ahora bien, dada la naturaleza de la potestad de planificación, no es suficiente con centrar el debate en que las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento vulneran dicha libertad porque, como ya hemos dicho, esas limitaciones son consustanciales al planeamiento. Lo que deberá centrar el debate es que la norma, es decir, el Plan, en esas limitaciones, no encuentre justificación razonable ni razonada, conclusión relevante porque relega el debate a esa falta de razonabilidad y, en definitiva, a la motivación que la justifique; motivación que, sabido es, está relegada a 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 se finaliza afirmando que:

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.

Lo que en este caso no concurre, como hemos razonado en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente sentencia, ya que las limitaciones que resultan de la ordenación urbanística establecida en la modificación puntual impugnada implican, en el presente caso, unas restricciones que no están debidamente justificadas desde la perspectiva de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Y tampoco puede compartirse la afirmación del Ayuntamiento para justificar que el ejercicio de su competencia se ha ajustado a las determinaciones legales el hecho de que la Junta de Castilla y León informase sobre el alcance de la motivación esgrimida para la modificación, ya que en dicho informe se limitó a indicar que el documento presentado justificaba la conveniencia de la modificación en los términos recogidos en el mismo y que no se apreciaba que tuviera incidencia sobre el modelo territorial no existiendo inconveniente en que continuara la tramitación, lo que no significa que por la Administración autonómica se hiciera ningún pronunciamiento y entendemos que no podía hacerlo tampoco en ese momento de la tramitación, sobre la conveniencia y procedencia de la motivación en cuanto al fondo de la ordenación urbanística, como hemos concluido en el fundamento precedente, procediendo en base a lo expuesto en el mismo, la estimación del presente recurso y declaración de nulidad de la Modificación Puntual 13/2019.

ULTIMO. - Costas procesales

Dada la estimación del presente recurso y de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, procedería imponer las costas procesales del presente recurso a la parte demandada pero la Sala

considera que concurren las circunstancias previstas en dicho artículo para no proceder a realizar una especial imposición de costas a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

FALLO

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

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

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA, en su redacción dada por la LO 7/2015 de 21 de julio y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.



Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.